

Derecho transnacional o la necesidad de superar el monismo y el dualismo en la teoría jurídica

Transnational Law or the Need to Overcome Monism and Dualism in Legal Theory

ISABEL TURÉGANO MANSILLA *

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: El derecho, en un contexto transnacional, pierde los rasgos con los que lo hemos configurado desde la modernidad. Las clásicas distinciones entre lo nacional y lo internacional, lo público y lo privado, lo sustantivo y lo procedimental, lo jurídico y lo político, lo social y lo jurídico abandonan su rigidez en un entramado de normas, órdenes, instituciones y agentes que se entremezclan y superponen de modos diversos y cambiantes. Carecemos de una teoría del derecho capaz de explicar y evaluar esta realidad jurídica desbordante. No es suficiente una reflexión teórica sobre el derecho internacional. Lo transnacional apela a una pluralidad de actores y de espacios jurídicos que interaccionan para crear, interpretar y ejecutar normas con las que se identifican mutuamente. Lo transnacional no se refiere solo a lo global o a lo supranacional, sino a la interdependencia de ambos con lo local y los espacios de tránsito. Ello se traduce en un cambio de enfoque o de perspectiva que se exige a cada operador jurídico: la gestión de la interrelación entre órdenes diversos orientada a la creación de espacios para la aproximación, la contestación y la innovación es una exigencia normativa y debe ser ponderada con el resto de valores jurídicos. A partir de ahí cambia el significado de los conceptos a los que ha de orientar su atención la teoría jurídica. El trabajo se refiere a cuatro de dichos conceptos que considero esenciales: grupo social o comunidad, relaciones entre órdenes e interlegalidad, coerción y diversidad normativa. El modo en que los cambios necesarios tienen cabida en la teoría elaborada desde las grandes tradiciones de la iusfilosofía es abordado en la última parte del trabajo, considerando que lo que tienen en común el positivismo jurídico, la teoría socio-jurídica y el realismo jurídico puede ser una aproximación adecuada para la revisión de nuestra disciplina.

Palabras clave: derecho transnacional, monismo, dualismo, teoría jurídica, transnacionalización, interlegalidad, positivismo jurídico, sociología jurídica, realismo jurídico, constitucionalismo

Abstract: Law in a transnational context loses the features with which it has been configured since modernity. Classic distinctions between national and international, public and private, substantive and procedural, legal and political, social and legal lose their rigidity in a context of norms, orders, institutions and agents that interact and overlap in diverse and changing ways. A legal theory capable of explaining and evaluating this overflowing

* Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca (España). Código ORCID: 0000-0003-1980-4351. Correo electrónico: isabel.turegano@uclm.es

legal reality is lacking. A theoretical reflection on international law is not enough. Transnationalism appeals to a plurality of legal actors and spaces that interact to create, interpret and enforce rules which they mutually identify with. Transnationalism does not only refer to the global or the supranational, but to the interdependence of both with the local and transit spaces. And this translates into a change of focus or perspective that is required of each legal agent: management of the interrelation between diverse orders aimed to create spaces for approach, contestation and innovation is a normative requirement and it must be weighed against other legal values. Concepts to which legal theory must focus its attention change their meaning. The work refers to four of those concepts that I consider essential: social group or community, relations between orders and interlegality, coercion and normative diversity. The last part of the paper addresses the way in which these necessary changes have a place in our theories elaborated from the perspective of the great traditions of legal philosophy. What legal positivism, socio-legal theory and legal realism have in common might be an appropriate approach to the review of our discipline.

Keywords: transnational law, monism, dualism, legal theory, transnationalization, interlegality, legal positivism, legal sociology, legal realism, constitutionalism

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA PERSPECTIVA TRANSNACIONAL COMO SUPERACIÓN DE LA DICOTOMÍA MONISMO/DUALISMO.- III. ALGUNOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES PARA UNA TEORÍA JURÍDICA TRANSNACIONAL.- III.1. GRUPO SOCIAL O COMUNIDAD.- III.2. RELACIONES ENTRE ÓRDENES JURÍDICOS.- III.2.1. INTERLEGALIDAD.- III.2.1.1. DIFUSIÓN.- III.2.1.2. INTEGRACIÓN.- III.2.2. APLICABILIDAD DE NORMAS EXTERNAS.- III.3. COERCIÓN.- III.4. NORMA.- IV. APROXIMACIONES A LA REALIDAD JURÍDICA TRANSNACIONAL DESDE LA IUSFILOSOFÍA.- IV.1. DESDE EL POSITIVISMO JURÍDICO.- IV.2. DESDE UNA TEORÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO.- IV.3. DESDE UNA TEORÍA SOCIO-JURÍDICA.- IV.4. DESDE UNA TEORÍA REALISTA DEL DERECHO.- IV.5. DESDE UNA TEORÍA CONSTITUCIONALISTA DEL DERECHO.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

No es mi pretensión, como es obvio, desarrollar en estas páginas una teoría del derecho transnacional, empresa inabarcable que debería orientar trabajos futuros de nuestra disciplina. Mi objetivo es reflexionar sobre el tipo de cuestiones que tendría que afrontar esa teoría, proponiendo algunos de los conceptos que deberían revisarse como marco para la reformulación de los conceptos básicos del derecho y analizando los modos en que nuestras concepciones tradicionales del derecho deben ser repensadas a la luz de la realidad jurídica contemporánea. En las dos últimas décadas han ido apareciendo estudios que tratan de superar la distancia que existe entre la teoría y la práctica jurídicas, en la medida en que la primera continúa centrada en los sistemas jurídicos nacionales y

la segunda se mueve en coordenadas complejas que conjugan elementos jurídicos que traspasan las fronteras. La teoría jurídica no puede seguir desarrollándose de espaldas a una realidad jurídica compleja y cambiante que se desenvuelve transnacionalmente. De un modo u otro, quienes traen el concepto de derecho transnacional a la teoría jurídica reconocen la necesidad de adaptar la conceptualización del derecho a la práctica socio-jurídica, la cual ha evolucionado como consecuencia de los cambios culturales y sociales. «Para comprender el derecho, necesitamos tener en cuenta su evolución» (Trujillo, 2016, p. 16).

La diversidad jurídica de nuestros días obliga a cada orden jurídico a afrontar la interacción y apertura a otras realidades jurídicas. Una aproximación transnacional, a diferencia del pluralismo jurídico fuerte, tiene la pretensión de evitar el aislamiento de cada orden jurídico respecto de la realidad jurídica circundante y favorecer un proceso de progresiva convergencia normativa que permita encauzar los conflictos sociales que traspasan las fronteras en procesos jurídicos. El «desplome conceptual del monismo jurídico» (Ruiz, 2015, p. 99) que esto supone obliga a revisar conceptos clave de nuestras construcciones iusteóricas. El presente trabajo pretende contribuir a generar un análisis y un debate necesarios acerca de cómo conceptualizar la actual evolución del derecho y la necesidad de someterla a criterios de legitimidad. Se divide en tres partes: la primera introduce el concepto de derecho transnacional como propuesta de superación de la dicotomía entre monismo y dualismo que ha estado presente en el tratamiento de las relaciones entre el derecho nacional y las esferas jurídicas no nacionales. La segunda parte muestra cómo esa idea de transnacionalismo jurídico exige replantear algunos conceptos genéricos a la luz del derecho contemporáneo para configurar el marco en el que se reformulen nuestros conceptos teóricos usuales. Se plantea, en primer lugar, cómo el análisis de un concepto de grupo social o de comunidad es clave para independizar la idea de derecho de la de Estado. En segundo lugar, se reformula la noción de unidad del derecho desde las ideas de mediación e interrelación entre órdenes diversos que puedan superar la exclusión y la fragmentación. En ese contexto, se hará referencia a las nociones de difusión, integración y aplicabilidad de normas externas, nociones centrales para analizar las relaciones entre tales órdenes y buscar la posibilidad de unidad en un sentido más procesal o metodológico. En tercer lugar, se plantea el lugar de la coerción en el concepto de derecho ante la posibilidad de que se articulen normas sobre las ideas de persuasión, autoridad influyente o amenazas de exclusión. Y, en cuarto lugar, se muestra cómo la perspectiva transnacional obliga a plantear cambios cuantitativos o cualitativos en las tipologías normativas teorizadas.

Definido de modo genérico el marco conceptual en el que podría desarrollarse una teoría transnacional del derecho, la segunda parte

225

DERECHO
TRANSNACIONAL
O LA NECESIDAD
DE SUPERAR EL
MONISMO Y EL
DUALISMO EN LA
TEORÍA JURÍDICA

TRANSNATIONAL
LAW OR THE NEED
TO OVERCOME
MONISM AND
DUALISM IN LEGAL
THEORY

del trabajo analiza la posibilidad de incardinar esta tarea en las concepciones habituales del derecho. Me refiero, en concreto, a cinco de las aproximaciones conceptuales a lo jurídico que, desde mi punto de vista, pueden aportar elementos relevantes al análisis del fenómeno jurídico contemporáneo. El trabajo repasa las respuestas que la doctrina iuspositivista, la teoría institucional del derecho, el enfoque socio-jurídico, la teoría realista del derecho y el constitucionalismo pueden ofrecer ante el reto que supone adoptar la perspectiva transnacional como enfoque de aproximación al concepto de derecho. Cada uno de tales enfoques nos aporta elementos relevantes para construir una teoría jurídica transnacional que no debe plantearse como una teoría especial, sino como un replanteamiento de los viejos problemas conceptuales y normativos desde la realidad de nuestros días.

II. LA PERSPECTIVA TRANSNACIONAL COMO SUPERACIÓN DE LA DICOTOMÍA MONISMO/DUALISMO

El concepto de transnacionalismo fue introducido en las ciencias políticas en los años setenta, planteándose como alternativa a la dicotomía nacionalidad/internacionalidad. El derecho transnacional es el derecho más allá de la dicotomía entre orden estatal y orden internacional (Tuori, 2014, p. 17). Es el derecho que se desarrolla en contextos que van más allá o por debajo del derecho estatal y que incluye, además de los sistemas oficiales, una pluralidad de regímenes privados y funcionales. La perspectiva transnacional implica, en primer lugar, superar la tesis monista, tanto en su variante estatista como en su variante internacionalista (Guastini, 2016, p. 329). La primera variante no permite la existencia de ningún derecho al margen del Estado, lo que supone la absoluta autosuficiencia de los órdenes estatales y la negación de cualquier otro orden jurídico. La segunda variante otorga toda la legitimación del poder normativo de los Estados al derecho internacional, desconociendo la compleja red de pretensiones de autoridad jurídica que caracteriza la esfera transnacional. En segundo lugar, el transnacionalismo supone renunciar al dualismo de acuerdo con el cual el orden interno y el internacional deben ser reconstruidos como órdenes recíprocamente independientes, cada cual con su propio sistema de fuentes y su fundamento de validez independiente. El concepto de derecho transnacional se emplea para centrar la atención en las mutuas interrelaciones entre órdenes diversos y los modos complejos de coordinación e integración.

Realmente, la opción entre monismo y dualismo no es una opción conceptual, sino un problema empírico. Será dualista un orden que solo admite como aplicables las normas propias y las normas externas que sean recibidas mediante actos internos. Será monista aquel orden que

admite como directamente aplicables las normas internacionales. Ambas tesis resultan desmentidas por el desarrollo de instituciones y normas jurídicas plurales en nuestros días. Una explicación realista del derecho en el mundo necesita desprenderse de la imagen de Estados soberanos independientes y de la de un único orden global, con el fin de reflejar algo mucho más complejo y más interesante (Twining, 2001, pp. 24, 26; 2002, p. 103). La mayoría de los órdenes que coexisten en la esfera global no son órdenes derivados, sino originarios, pero ello no equivale a que sean ilimitados ni excluyentes: entre ellos existen distintos tipos de relaciones que dan lugar a diversos grados de integración. Dichos grados no se pueden predeterminar en el plano teórico, sino que dependen del modo en que se regulen positivamente (Ferrajoli, 2011, p. 473). El derecho transnacional nos ofrece la imagen de una pluralidad compleja de órdenes autónomos aunque diversamente coordinados o integrados en un contexto de niveles y espacios diversos.

El derecho internacional es solo una parte de la normatividad que ocupa la esfera global en nuestros días y a la que se puede hacer referencia con el término de «derecho transnacional» —algunas de las definiciones más citadas de «derecho transnacional» pueden encontrarse en Jessup (1956, p. 56); Menkel-Meadow (2011, p. 107); o Scott (2009, p. 873)—. Hace algo más de una década, Paul Berman escribía que cada vez es más evidente que «derecho internacional» resulta una categoría restrictiva para describir la complejidad normativa actual y que necesitamos un marco ampliado (Berman, 2005). La expresión «derecho transnacional» puede emplearse con significados diferentes aunque entrelazados. En general, todos ellos se refieren a un derecho que trasciende o cruza las fronteras. En algunos casos se hace referencia al hecho de que la validez o eficacia de las normas o decisiones jurídicas ha de atender fenómenos más allá de las fronteras de los Estados o del contexto de una comunidad o red de relaciones determinada, por lo que extienden su jurisdicción más allá de esas fronteras. En este primer sentido, el problema que se plantea es el de si el derecho, tal y como lo entendemos, puede abarcar esa realidad, o es necesario pensar en otros modelos normativos que no se ajustan al modelo de sistematización jerarquizada y centralizada de los sistemas nacionales. El derecho transnacional supone el potencial creador de derecho de una compleja red de relaciones intercompenetradas que se afectan mutuamente. Si se asume la desnacionalización de las sociedades, el mantenimiento del paradigma nacional de derecho producirá un cambio hacia formas no jurídicas de solución de problemas. El derecho debe encontrar nuevas formas de regulación si no quiere verse reemplazado (Tuori, 2014, p. 18).

En otros casos, la expresión «derecho transnacional» se emplea para referirse a la coexistencia en un mismo espacio social de normas jurídicas oficiales y normas que no se relacionan directamente con

DERECHO
TRANSNACIONAL
O LA NECESIDAD
DE SUPERAR EL
MONISMO Y EL
DUALISMO EN LA
TEORÍA JURÍDICA

TRANSNACIONAL
LAW OR THE NEED
TO OVERCOME
MONISM AND
DUALISM IN LEGAL
THEORY

ningún sistema jurídico oficial, ni nacional ni internacional, pero que cuentan con mecanismos eficaces de control y ejecución, mostrando una imagen plural y compleja de la realidad jurídica. Frente a la pretensión de autoridad universal y exclusiva del modelo tradicional de derecho estatal, el derecho transnacional supone la concurrencia de pretensiones de autoridad no exclusivas y limitadas en un mismo espacio social. Se habla de derecho transnacional para plantear la cuestión de la interrelación entre esos distintos órdenes normativos. La perspectiva transnacional no excluye al Estado, sino que lo presupone y transforma. No implica categorías excluyentes, sino mutuamente incluyentes: lo que existe es un derecho que no es ni nacional ni internacional, ni público ni privado, a la vez que es nacional e internacional, público y privado (Scott, 2009, p. 873). Lo definitorio del derecho transnacional es que una pluralidad de actores y de espacios jurídicos interacciona para crear, interpretar y ejecutar normas con las que dichos actores y espacios se identifican mutuamente (Koh, 1996, pp.183-184; Zumbansen, 2013, p. 49).

La mencionada extra-oficialidad podría entenderse en el sentido de que el derecho se desarrolla en la interacción social (*bottom-up*) y no solo como derecho legislado (*top-down*) (Callies & Zumbansen, 2010, p. 125). Desde una concepción sistemática y jerarquizada, ha sido habitual analizar los modos diversos en que el derecho extraoficial depende de los sistemas coercitivos estatales e internacionales. Pero los estudios antropológicos y sociológicos han contribuido a que el pensamiento político-jurídico haya asumido que la influencia entre ambos es bidireccional, reforzándose mutuamente para establecer estructuras normativas. Respecto de la consideración habitual en términos de difusión de los regímenes oficiales en sistemas no oficiales, el planteamiento desde una perspectiva transnacional obliga a asumir que la creación normativa que los agentes privados desarrollan con el objeto de resolver problemas prácticos también influye en el propio desarrollo del derecho oficial. La extraoficialidad también puede interpretarse como una crítica a la hegemonía del Estado frente a grupos infrarrepresentados. La perspectiva transnacional trata de identificar la existencia de modos alternativos de ordenación que hacen posible oportunidades para la contestación o el planteamiento de soluciones alternativas desde posiciones plurales. Estas propuestas ponen de manifiesto que lo transnacional no se refiere solo a lo global o a lo supranacional, sino a la interdependencia de ambos con respecto a lo local (Flores, 2016).

El enfoque del derecho desde la perspectiva transnacional no tiene solo una pretensión descriptiva, sino también normativa. No es solo la consecuencia de los cambios producidos en la realidad jurídica, sino también de dos cambios concretos en el modo en que la situación es

percibida (*cambio de enfoque o de marco de referencia*) (Tamanaha, 2008, pp. 389-390): el primer cambio es el de adoptar el nivel transnacional como punto de partida para el análisis jurídico. La pluralidad de regímenes jurídicos que coexisten y compiten no es una realidad nueva (Marcilla, 2005, p. 245). La novedad consiste en no verla como un complejo de complicados arreglos que deben resolverse y ordenarse, sino como una característica dominante del derecho que debe condicionar su teorización. «El pluralismo jurídico global en cierto sentido es “producido” cuando se toma en serio el ordenamiento jurídico global o transnacional» (Tamanaha, 2008, p. 389). El segundo cambio es el del concepto de derecho, bajo la influencia de las corrientes sociológicas, cambio que produce una profusión de órdenes jurídicos. El cambio se ha venido operando hace décadas desde los estudios socio-jurídicos, la crítica posmoderna o los estudios internacionalistas y ha ido poco a poco impregnando la dogmática y la teoría jurídicas. El concepto de derecho se amplía para incorporar elementos externos al marco westfaliano. Tomar en consideración estos elementos y sus interrelaciones es importante, tanto para reconstruir de modo adecuado lo que se siente y opera como derecho transnacionalmente, como para proponer modos de mejorarlo. Por lo tanto, una teoría del derecho transnacional no entraña solo una tarea descriptiva, sino también una opción de la que se siguen consecuencias normativas en cuanto a las posibilidades de regulación y legitimidad.

229

DERECHO
TRANSNACIONAL
O LA NECESIDAD
DE SUPERAR EL
MONISMO Y EL
DUALISMO EN LA
TEORÍA JURÍDICA

TRANSNATIONAL
LAW OR THE NEED
TO OVERCOME
MONISM AND
DUALISM IN LEGAL
THEORY

III. ALGUNOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES PARA UNA TEORÍA JURÍDICA TRANSNACIONAL

Como ocurre cuando se trata la globalización, hablar del derecho transnacional no es hablar de un fenómeno nuevo, puesto que la difusión de órdenes jurídicos y la mutua influencia entre ellos está en la base histórica de nuestros derechos. No obstante, como en el caso de la globalización, las circunstancias sociales, económicas, culturales y políticas de nuestros días han profundizado, espacial, temporal y materialmente, el proceso. Así, necesitamos actualizar nuestro vocabulario teórico, revisando conceptos ya existentes y formulando otros nuevos que sirvan para describir, analizar, comparar, generalizar y evaluar la realidad jurídica transnacional.

Dada la complejidad de esta realidad, los conceptos generales deben ser «razonablemente inclusivos y sensibles a la diversidad» (Twining, 2009, p. 118). Algunos de los conceptos que vertebran las doctrinas jurídicas que se están elaborando a nivel transnacional asumen la posibilidad de integración de la pluralidad identificando lo común o lo que es susceptible de coordinarse o complementarse. Lejos de la consideración de esas tradiciones como entidades autónomas y cerradas

—consideración que ha colaborado a que se acuse al pluralismo jurídico de ser una concepción estática del derecho—, las tradiciones han sido en ocasiones concebidas, desde los propios estudios comparados, como realidades dinámicas compuestas de elementos diversos e, incluso, contradictorios. Esa diversidad interna hace posible la comunicación y la aproximación entre ellas, en la medida en que no son nunca enteramente incompatibles ni están completamente desconectadas (Glenn, 2004, capítulo 2). Presididas por una lógica polivalente, muchas propuestas no se basan en los modelos tradicionales de normas de conflicto (que determinan si es aplicable uno u otro ordenamiento, norma o decisión), sino en la conciliación o integración que permita la mutua transformación y la inclusión. A continuación, me refiero a algunos conceptos centrales que pueden servir para ese objetivo. No son, propiamente, conceptos básicos, sino ideas o nociones que deberían estar detrás de los conceptos e ideas fundamentales de una teoría del derecho transnacional.

III.1. Grupo social o comunidad

La colectividad básica a la que la teoría y las dogmáticas jurídicas han asociado tradicionalmente el derecho, desde la modernidad, es la nación. Sin embargo, los vínculos sociales que generan normas jurídicas son muy diversos y heterogéneos y atender esa diversidad es relevante para comprender el derecho en su complejidad. Las unidades político-jurídicas sobre las que se ha de construir la teoría jurídica no son delimitables solo en términos territoriales o geográficos, ni son entidades independientes que existan y puedan analizarse separadamente. Por una parte, el concepto de frontera se problematiza y la diversidad de relaciones sociales pasa a un primer plano. Las fronteras son cada vez más cambiantes y porosas, estableciendo categorías diversas de sujetos que generan desigualdad. A la vez que se refuerzan las restricciones de acceso a los Estados más desarrollados, se mantienen fronteras internas que estratifican la sociedad, dejando en los márgenes a los no nacionales que residen en su interior. Además, los sujetos se hallan inmersos en múltiples pertenencias y afiliaciones y las comunidades se solapan. Por otra parte, las sociedades estatales son cada vez más diversas social, étnica y culturalmente y ello favorece la mezcla y las relaciones transfronterizas. Un concepto de interconexiones sociales o de «comunidad» al margen del Estado nación es clave para dar cuenta de la realidad jurídica contemporánea. Dicho concepto debe ser interpretado en un sentido mucho más variado, flexible y fluido de relaciones comunitarias (Cotterrell, 1995; 2012, pp. 514-516). Son los procesos sociales de afinidad y diferenciación los que producen los grupos, por lo que estos no tienen una esencia sustantiva ni son homogéneos ni estables. Ellos pueden entrecruzarse de modo que los sujetos de un grupo comparten caracteres con los de otros grupos (Young, 1990, pp. 47-48).

Por todo ello, las relaciones y afiliaciones con potencial para constituir formas político-jurídicas y para cumplir funciones que el derecho estatal no puede cumplir de forma autónoma deberían concebirse de modo amplio. Incluirían relaciones contractuales o económicas, relaciones centradas en proyectos o intereses comunes o convergentes, relaciones basadas en valores o creencias compartidas, relaciones basadas en afectos o sentimientos o relaciones basadas en el hecho de compartir una localidad, una lengua, una historia o unas costumbres. En este sentido amplio, la idea de grupo o comunidad va más allá de las cuestiones de identidad o afinidad cultural, para abarcar una pluralidad de interconexiones que se multiplican conforme se amplían los procesos de encuentro y las interrelaciones. Los diferentes tipos de vínculos sociales implican necesidades y problemas regulatorios diferentes y pueden tener duración o fuerza dispares. A su vez, la pluralidad de relaciones comunitarias o sociales no supone que estas sean mutuamente excluyentes. Tampoco hay límites o fronteras fijos entre cada contexto de relaciones: se trata de tipos de relaciones sociales que se combinan y recombinan, no son fijas o estáticas. Muchos sujetos viven en una multiplicidad de grupos o ámbitos, a la vez que se sienten especialmente arraigados en algunos de ellos, como consecuencia de procesos de migraciones, desplazamientos y otros fenómenos de desterritorialización.

Cada contexto de relaciones está estructurado conforme a relaciones de poder que se proyectarán en las normas que se creen. Desde una perspectiva económico-liberal, el objetivo básico de la regulación transnacional es crear las condiciones para la confianza y la estabilidad de las relaciones transnacionales. Sin embargo, si se atienden las relaciones de desigualdad y dominación subyacentes, tal regulación ha de servir además para crear condiciones jurídico-políticas más igualitarias. El derecho, empero, no solo debería contribuir a evitar la discriminación generada por la demarcación de un grupo como proceso de exclusión de una categoría de personas y a superar las relaciones de dominación y subordinación internas. El derecho debería también aspirar a favorecer múltiples relaciones sociales cuando estas ayudan a capacitar a los individuos. Las solidaridades informales son especialmente relevantes para los sujetos peor situados en las comunidades hegemónicas, pues proporcionan oportunidades para resolver sus problemas prácticos y luchar contra la exclusión de modo colectivo.

De lo anterior deriva la insuficiencia de las delimitaciones tradicionales de los distintos sistemas jurídicos, pues los límites se han vuelto flexibles y permeables. El reto principal, a cuya superación tiene que contribuir el derecho, reside en las posibilidades de establecer nexos y aproximaciones entre esos espacios semiautónomos con el fin de crear espacios y solidaridades progresivamente ampliadas que puedan resultar inclusivas.

231

DERECHO
TRANSNACIONAL
O LA NECESIDAD
DE SUPERAR EL
MONISMO Y EL
DUALISMO EN LA
TEORÍA JURÍDICA

TRANSNATIONAL
LAW OR THE NEED
TO OVERCOME
MONISM AND
DUALISM IN LEGAL
THEORY

III.2. Relaciones entre órdenes jurídicos

En el contexto transnacional existe una pluralidad normativa que coexiste sin estar centralizada u organizada en relaciones jerárquicas. Las relaciones entre regímenes jurídicos diversos pueden ser muy variadas: los órdenes pueden converger, cooperar, asimilarse, fusionarse, subordinarse, competir, etcétera. Asimismo, esas relaciones no son estables sino cambiantes. Neil Walker reconoce la dificultad de captar la riqueza de estas interacciones e interconexiones con una simple taxonomía, pero propone la siguiente: incorporación institucional, reconocimiento por el sistema, coordinación normativa, superposición de entornos y consideración comprensiva (2008, pp. 378-385).

Los análisis teóricos acerca de las relaciones entre órdenes jurídicos oscilan entre aquellos que ponen el énfasis en la idea de fragmentación y aquellos que subrayan la creciente interconexión entre ámbitos jurídicos. De fragmentación del derecho transnacional se puede hablar en varios sentidos: a) la derivada de interpretaciones antagónicas de un derecho general; b) la resultante de la aparición de un derecho especial como excepción al derecho general (regímenes autónomos: autorregulación, órdenes privados —transacciones comerciales, internet, deportes—); c) la dimanante de un conflicto entre diferentes tipos de derecho especial sin que exista un derecho general. Quienes aprecian, por el contrario, que la tendencia en el ámbito transnacional es hacia una creciente interconexión plantean la posibilidad de una armonización progresiva, capaz de encauzar hacia principios genéricos ámbitos o ramas de diversos órdenes jurídicos.

En ambos casos se asume que el sistema jurídico estatal no se puede considerar por más tiempo autónomo y excluyente. Según Luigi Ferrajoli, el ordenamiento internacional se puede concebir como un ordenamiento pluralista, compuesto por varios ordenamientos conectados entre sí por diversos grados de integración. La imagen más adecuada, señala el autor, es la de un pluralismo de ordenamientos como una «red compleja y diversamente integrada por instituciones y sistemas jurídicos, articulada en distintos niveles normativos» (2011, p. 475). Esta metáfora de la red, como opuesta a la de la pirámide, entraña un modelo de derecho policéntrico, producido por una heterogeneidad de actores, que convive con el derecho estructurado conforme al modelo piramidal (Ost & van de Kerchove, 2002). La imagen de la pirámide ha sido la base de dos grandes avances del pasado siglo: la justicia constitucional y la visión pacifista del derecho internacional. Sin embargo, el hecho de que haya sido una teoría que ha servido de fundamento teórico adecuado para el derecho de su tiempo no supone que sirva para explicar de modo completo el derecho de nuestro tiempo. La idea de red muestra que los órdenes plurales no son mutuamente irrelevantes y, por lo tanto, se comunican e interactúan entre ellos. Esta figura ofrece una imagen

de los órdenes jurídicos como conjuntos abiertos, pero difícilmente separables de otros órdenes jurídicos.

No obstante, suele considerarse que la imagen de la red no capta por sí sola la realidad jurídica en su complejidad (Losano, 2005). No es suficiente, en primer lugar, para referirse a la ubicación de la pluralidad normativa en diversos niveles. Los distintos órdenes operan en contextos distintos que muchas veces se identifican con criterios geográficos. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el derecho transnacional no supone solo una distribución geográfica de competencias jurídicas. Junto a órdenes subestatales, estatales y supraestatales conviven órdenes comunales o no estatales, cuyos límites no pueden identificarse en términos territoriales. En segundo lugar, la idea de red es considerada en sí misma insuficiente por quienes aspiran a una mayor coherencia normativa. La red no puede generar una noción de orden capaz de resolver fundadamente los conflictos entre sistemas. La coherencia podría ser posible sustantivamente sobre la base de principios y derechos constitutivos de un globalismo jurídico que englobara a todos los agentes públicos y privados que operan en el ámbito transnacional. Esta alternativa resulta problemática debido a que esa estructura institucional presupone una idea de universalidad de los derechos que, muchas veces, asume la posibilidad de su promoción de modo suficiente por instituciones meramente de garantía, sin necesidad de instituciones de gobierno. Quienes critican esa idea sobre la base de su carácter hegemónico e ideológico insisten en el carácter contextual y abierto de los derechos y en la necesidad de su concreción en procesos histórico-jurídicos dotados de legitimidad política.

El derecho evoluciona conforme los grupos e individuos diversos luchan por reinterpretar, transformar y ampliar los derechos en un proceso jurídico-político amplio. Como escribía Bobbio, la afirmación de los derechos en textos normativos es el punto de partida, no de llegada, para su realización efectiva y su universalización. «Los derechos humanos son derechos históricos, que surgen gradualmente de las luchas que el hombre combate por su emancipación y de la transformación de las condiciones de vida que estas luchas producen» (Bobbio, 1991, p. 70). Esto supone que la función del derecho transnacional no es solo la de institucionalizar las garantías de los derechos reconocidos en los textos internacionales, sino también la de proporcionar los instrumentos y vías para perfeccionar continuamente el contenido e interpretación de esos textos. En este sentido, el derecho transnacional tiene que ser pensado como orden plural movido por una lógica polivalente que permita participar desde posiciones heterogéneas en la reinterpretación y expansión de los derechos. Ello supone no solo instituciones de garantía, sino también instituciones de decisión capaces de canalizar las reivindicaciones. Un área esencial de investigación teórica es la de

233

DERECHO
TRANSNACIONAL
O LA NECESIDAD
DE SUPERAR EL
MONISMO Y EL
DUALISMO EN LA
TEORÍA JURÍDICA
TRANSNACIONAL
LAW OR THE NEED
TO OVERCOME
MONISM AND
DUALISM IN LEGAL
THEORY

analizar propuestas de traducción de las luchas sociales en procesos jurídicos. Es necesario hacer posible y ampliar la capacidad de acción jurídica y abrir posibilidades de cooperación y aproximación. Desde esta perspectiva, el orden o unidad se formula y reformula en ese proceso nunca concluido hacia modelos jurídicos nuevos e integradores (Beck & Grande, 2006, pp. 168-169, 196).

III.2.1. Interlegalidad

En general, se recurre al concepto de «interlegalidad» para hacer referencia de modo amplio a las relaciones positivas —de cooperación, diálogo transfronterizo, influencia mutua, superposición e interpenetración— que existen entre órdenes o regímenes jurídicos diferenciados y que nos permiten hablar de una cierta identidad o continuidad entre ellos. En este sentido, la interlegalidad ofrece una alternativa a la absoluta separación e independencia entre órdenes que asumiría un pluralismo radical (Tuori, 2014, p. 41). Las interrelaciones pueden ser tan variadas en sus instrumentos y consecuencias que cualquier generalización es limitada (Von Benda-Beckmann, 2002, pp. 70–71). La visión del derecho que deriva de la interlegalidad es la de una realidad en movimiento que plantea una reflexión crítica constante acerca del contenido del derecho desde otros sistemas y perspectivas.

La interlegalidad obedece a la lógica polivalente o no excluyente del «no solo sino también», conforme a la que los elementos se complementan y entrelazan (Beck & Grande, 2006, p. 55). En el pensamiento de Boaventura de Sousa Santos, la interlegalidad asume que existen diversos espacios jurídicos que se superponen e interpenetran y nos obligan a constantes transiciones y traspasos en nuestro pensamiento y en nuestras acciones (de Sousa Santos, 1987, pp. 297-298; 2009, p. 73). Para este autor, la interlegalidad hace referencia a una dimensión intersubjetiva del pluralismo jurídico, esto es, al «impacto de la pluralidad jurídica en las experiencias, percepción y consciencia jurídicas de los individuos y los grupos sociales que viven bajo condiciones de pluralidad jurídica» (2002, p. 97).

No pretendo elaborar aquí un aparato conceptual suficiente para dar contenido a esa idea de interlegalidad desde la perspectiva de la teoría jurídica. Me limito a continuación a plantear algunos problemas en torno a dos conceptos que considero centrales para aludir a la mutua interacción entre órdenes jurídicos: la difusión y la integración. Conviene aclarar antes que el reconocimiento de la relevancia de la idea de interlegalidad para avanzar en la conformación de un derecho transnacional no implica asumir que el estado actual de su evolución sea suficiente para satisfacer las exigencias del principio de legalidad (Nickel, 2015, p. 210).

III.2.1.1. Difusión

Los debates clásicos sobre la recepción de un derecho hegemónico o de imposición de estructuras colonizadoras reviven en nuestros días en relación con cuestiones relativas a la armonización jurídica de órdenes que integran un sistema común, los programas de ajuste estructural o la reconstrucción de Estados en transición. Twining propone el concepto de difusión para aludir fundamentalmente a la importación de una normativa o cuerpo de doctrina jurídica a una o varias comunidades o a grupos distintos de aquel en que se originó. En principio, se ha considerado mayoritariamente que la difusión del derecho implica relaciones entre sistemas jurídicos estatales mediante la acción de los gobiernos. Twining, sin embargo, utiliza el término en un sentido amplio y complejo para referirse a procesos diversos de expansión, trasplante, transferencia o imposición del derecho. Estos procesos no implican necesariamente que se produzca una armonización o unificación de normas (2009, capítulo 9). La complejidad de los procesos puede obedecer, según el autor, a múltiples factores relativos a las fuentes de la recepción, el contexto de pluralismo y multiplicidad de niveles, la posibilidad de influencias recíprocas, los modos formales o informales de producción, la variedad de fenómenos que pueden difundirse, la pluralidad de agentes, la continuidad en el tiempo, las condiciones locales, las formas diversas de resistencia, la opacidad y pluralidad de fines y valores o la complejidad de la evaluación de las consecuencias.

Tratando de reconstruir el aparato conceptual de los estudios de derecho comparado en un sentido más fluido y multifacético, algunos estudios han propuesto el empleo del término «migración», puesto que expresaría «mayor flexibilidad, redes más amplias de relaciones, conexiones más complejas entre puntos de origen y puntos de destino que ocurren en el mundo de las ideas jurídicas» (Scheppelle, 2006, p. 349). En relación con las constituciones, Schauer (2004/2005) afirma que, aunque en nuestros días raramente son impuestas o trasplantadas desde otro sistema, tampoco pueden considerarse completamente autóctonas. Concebir la producción del derecho solo en términos de si este es autóctono o trasplantado resulta sustancialmente inconsistente con el carácter transnacional de su desarrollo en un contexto de influencias complejas entre una pluralidad de agentes. Los procesos de difusión no deben, pues, concebirse solo en términos formales, sino como procesos complejos de interrelaciones e influencias que traspasan fronteras y en los que se configuran e interpretan los significados jurídicos tanto desde las instituciones como desde la propia sociedad.

III.2.1.2. Integración

El concepto de integración constituye el núcleo de la reflexión sobre el derecho transnacional, en la medida en que el modo en que sea

concebido determina la concepción de derecho transnacional que se adopte. El transnacionalismo supone en gran parte un proceso social y político de progresiva integración de la acción colectiva que viene desarrollándose en múltiples espacios. Si en un primer momento la lógica que mueve a la integración es fundamentalmente la resolución del problema de la acción colectiva ante riesgos comunes, su progreso depende de una actitud crítica y reflexiva, capaz de ir generando las condiciones para instaurar entidades político-jurídicas ampliadas y hacerlas vinculantes.

En general, la integración supone la incorporación de un agente o entidad a otra entidad más amplia de la que pasa a formar parte. En el ámbito jurídico, la integración se ha entendido como la transferencia de competencias por entidades políticas territoriales a instituciones supraordenadas mediante actos jurídico-formales. Sin embargo, fundamentalmente en el debate sobre Europa, el término tiene un sentido político más amplio. Conforme al mismo, la integración se concibe como un fenómeno complejo y abierto mediante el que los diversos operadores jurídicos tratan de ajustar sus normas y decisiones a las de autoridades normativas de otros órdenes, confirmando con su actuación su participación en la creación de un orden jurídico ampliado. La integración, en este sentido, es un proyecto dinámico y cooperativo en el que se constituye una entidad común mediante la mutua adaptación. En él, tanto los actores locales como los transnacionales promueven, desde la coordinación voluntaria, la progresiva expansión de sus poderes (Bickerton, Hodson & Puetter, 2015).

Para esta concepción de la integración, resulta central la idea de desacuerdo o diferenciación. El objetivo de la integración es coordinar perspectivas plurales y mediar entre opciones diversas sin disolver la diferencia. Ello supone rechazar un modelo de integración impuesto, rígido y homogéneo, tendente a fomentar la uniformidad desde condiciones previamente establecidas. En este otro modelo de integración, que podríamos denominar «integración uniforme», las normas de los sistemas convergentes habrían de ser «armonizadas», sustituyéndolas por normas uniformes. En realidad, la armonización solo es posible cuando se limita a codificar convergencias normativas que han ocurrido ya a lo largo del tiempo. La armonización suele ir a la zaga de los cambios sociales y económicos (Berman, 2007, p. 1191).

La integración no debe suponer la reducción de la complejidad, sino la posibilidad de encauzarla hacia la producción de nuevas instituciones y normas o nuevos significados distintos a los ya existentes. En este sentido, los procesos de integración son transformativos (Delanty & Rumford, 2005, pp. 10ss.). El proceso de integración debe estar guiado por una actitud crítica y reflexiva de contestación y transformación

a partir de la cual se replantean las instituciones y normas vigentes y se avanza hacia normas e instituciones que trascienden las propias (Eriksen, 2005). La integración uniforme causa tres tipos de problemas en la transnacionalización (Beck & Grande, 2006, pp. 332-333): primero, el problema de la sobreintegración —los imperativos de la integración conducen a la unificación de ámbitos y reglas en espacios o comunidades en que dicha unificación no es oportuna—; segundo, el problema de la integración deformada —la necesidad de consenso hace que muchas veces únicamente sea posible ponerse de acuerdo sobre políticas subóptimas—; y, tercero, el problema de la subintegración —en los ámbitos en que algunas comunidades no quieren o no pueden adoptar políticas o normas comunes uniformes, se corre el riesgo de no aprovechar otras posibilidades de cooperación—.

Una «integración diferenciada» tiene la doble faz de una integración respetuosa de la diferencia, desarrollada desde principios e instrumentos que toleren e incorporen las particularidades; y una diferenciación respetuosa de la integración, rebajándose la exigencia de integración plena desde el punto de vista espacial, temporal y objetivo (Beck & Grande, 2006, p. 336). Solo esta integración es capaz de producir nuevos espacios político-jurídicos que no se cierren al exterior, espacios de acción transnacional capaces de superar el riesgo de nuevas versiones del nacionalismo y políticas excluyentes.

Si la integración uniforme se fundamenta en la creencia en la posibilidad de normas universales o, más pragmáticamente, en la garantía de la seguridad de las transacciones y relaciones transnacionales, la integración diferenciada busca la aproximación de planteamientos normativos diversos para canalizar institucionalmente las diferentes posiciones. Desde esta perspectiva, se consideran preferibles al modelo de armonización otros procesos, instituciones o prácticas que tratan de adaptar o aproximar modelos normativos diversos sin pretender unificarlos en un modelo único. La superación de un pluralismo particularista —que se limita a la comparación, la convergencia o la intersección entre los distintos sistemas— tendrá lugar a partir de la posibilidad de que las interacciones produzcan la transformación de cada una de las esferas que participan y del espacio común en el que interactúan. La pluralidad de fenómenos jurídicos del contexto transnacional obliga en muchos casos a los juristas a tener que considerar, junto al resto de criterios relevantes, qué instrumento o interpretación proporciona espacio a la particularidad y la iteración iusgenerativa. Esto supone que la gestión de la interrelación entre órdenes diversos orientada a la creación de espacios para la aproximación, la contestación y la innovación es una exigencia normativa a favor de la cual deben trabajar los operadores jurídicos y que debe ponderarse con el resto de

237

DERECHO
TRANSNACIONAL
O LA NECESIDAD
DE SUPERAR EL
MONISMO Y EL
DUALISMO EN LA
TEORÍA JURÍDICA
TRANSNACIONAL
LAW OR THE NEED
TO OVERCOME
MONISM AND
DUALISM IN LEGAL
THEORY

valores jurídicos (Berman, 2007, p. 1235). Entre los instrumentos que se orientan a ese fin, se pueden mencionar los siguientes:

- 1) Instrumentos institucionales o interpretativos que dejen espacio para las variaciones locales, facilitando la deferencia y la complementariedad sobre la imposición y la unificación. Tal sería la orientación de la doctrina de la protección equivalente de derechos, el margen de apreciación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el reconocimiento condicionado de ámbitos de autonomía para regímenes normativos distintos del hegemónico o regímenes de subsidiariedad, proporcionalidad o complementariedad.
- 2) Constitución híbrida de los cuerpos legislativos, ejecutivos o judiciales que operan en los distintos niveles, tales como los tribunales híbridos constituidos para procesos de transición o la composición mixta de órganos encargados de gestionar planes o proyectos técnicos, económicos o sociales de alcance transnacional. En general, la transnacionalización del derecho supone la hibridación no solo de normas, conceptos o decisiones individuales, sino también de órdenes jurídicos que se resisten a la dicotomía entre derecho nacional e internacional y presentan al mismo tiempo rasgos de constitucionalización y premisas internacionalistas. Esto es evidente en el orden jurídico de la Unión Europea o en el régimen de la Organización Mundial del Comercio (Tuori, 2014, pp. 17-23).
- 3) Redes o interacciones dialécticas y de cooperación y reconocimiento entre órganos regulativos, ejecutivos o judiciales. Por una parte, cooperación regulativa o ejecutiva: el enorme desarrollo de redes de órganos regulativos de diversa índole ha sido analizado en torno a la idea de la transformación desde el gobierno hacia la gobernanza. Esta última supone la satisfacción de los fines sociales por una pluralidad de agentes que opera de modo descentralizado y coordinado, haciendo que las instituciones oficiales ya no monopolicen ni la articulación de las decisiones públicas ni el control de su ejecución. Cada vez más, los Estados adoptan políticas al margen de los procedimientos legislativos o conjuntamente con los actores privados, promoviendo sistemas de autorregulación, delegando competencias regulativas o cooperando con ellos en la regulación. Un mecanismo esencial de esa gobernanza global es la cooperación regulatoria transnacional: redes de funcionarios o burócratas dedicados a las mismas tareas generales en sus contextos respectivos, los cuales trabajan juntos para superar los obstáculos derivados de las diferencias nacionales, coordinar políticas nacionales, intercambiar información y

desarrollar estrategias comunes frente a problemas regulatorios (Slaughter, 2001, 2003). La creación de normas jurídicas mediante estos procesos es uno de los rasgos que caracterizan la transnacionalización del derecho. La teoría jurídica debería aproximarse a esta realidad normativa no solo para explicarla y conceptualizarla, sino también proponer criterios de legitimidad democrática adaptados a la misma (Mercado, 2012).

Por otra parte, es necesario considerar la cooperación de órganos judiciales. En muchos niveles no existe una organización jurisdiccional propiamente jerárquica, sino que los diversos tribunales participan en un proceso de mutua adaptación informal e interpretativa para mantener un equilibrio entre uniformidad y desacuerdos (Berman, 2007, p. 1199). Los tribunales de diversas jurisdicciones han de valorar las pretensiones de autoridad y las argumentaciones de instancias pertenecientes a otros órdenes, favoreciendo el desarrollo de una cultura jurídica transnacional que rompa con la exclusividad de una cultura propia (Tuori, 2014, pp. 47-48). La práctica del diálogo judicial tiene especialmente sentido desde una concepción de los derechos como conjunto de razones diversas, cuyas relaciones recíprocas no son de naturaleza lógico-deductiva, sino meramente argumentativa y cuya interpretación se desarrolla en un proceso histórico-positivo continuado que no produce jerarquías estables (Barberis, 2008, pp. 181-185).

- 4) La inclusión de argumentos tendentes a la integración desde las decisiones judiciales. En este sentido, el *soft law* puede verse como un poderoso instrumento de integración que ha demostrado ser capaz de producir de modo indirecto efectos de coordinación deseables. En ausencia de un deber respaldado por la fuerza, el deber de una interpretación consistente solo se puede explicar sobre la base de la lealtad institucional de los jueces y su compromiso con la construcción de un marco jurídico común (Trujillo, 2016, pp. 23-24). Del mismo modo, los tribunales tienen el deber de interpretar las normas internas de acuerdo con las convenciones internacionales. En este sentido, un importante instrumento de integración es el denominado «control de convencionalidad».

III.2.2. Aplicabilidad de normas externas

Una perspectiva particularmente interesante para analizar el impacto del derecho transnacional es la que aporta la cuestión de la determinación de la norma aplicable. Conforme avanza la transnacionalización jurídica se produce una tendencia creciente en la educación, la dogmática y la

práctica jurídicas a referirse a fuentes externas (Twining, 2009, p. 243). Aun cuando estas fuentes no sean aplicables conforme a los criterios habituales de elección de la norma aplicable, eso no significa que los operadores jurídicos se mantengan ajenos a aquellas fuentes en todos los casos. El papel de cualquier orden normativo respecto del resto de órdenes se define en su relación mutua.

Ralf Michaels habla de cuatro posibles tratamientos que un orden normativo puede dar a las normas de otros órdenes: rechazo o restricción del derecho aplicable al derecho interno; incorporación o transformación del derecho externo en derecho interno; deferencia o transformación del derecho externo en hechos, esto es, respeto de su regulación sin reconocimiento como derecho; y delegación o transformación del derecho externo en derecho subordinado (2005, pp. 1228-1237). La elección de alguno de estos tratamientos es contingente y depende de la práctica jurídica de los agentes de los distintos órdenes implicados. La transnacionalización implica un cambio en la actitud y la perspectiva de estos agentes que va en dirección al reconocimiento de la existencia de otros órdenes, planteándose críticamente la posibilidad y conveniencia de la mutua comparación y cooperación.

El transnacionalismo puede concebirse en ocasiones como una cuestión de concurrencia de normas en la resolución de un mismo supuesto de hecho: existen dos o más normas irreconciliables aplicables en un mismo espacio jurídico pero pertenecientes a distintos órdenes; dos o más tribunales se han pronunciado de modo diferente, sin que haya un tribunal que tenga jurisdicción para decidir qué solución es válida o correcta; o dos órdenes normativos de distinto nivel o especialización funcional se solapan sin que ninguno de ellos sea competente para resolver cuál prevalece. Podría hablarse en estos casos de «antinomias externas» (Itzcovich, 2012, p. 383), las cuales surgen inexorablemente desde una aproximación pluralista débil que requiere de los tribunales que consideren la variedad normativa con posibles vínculos con el caso particular (Berman, 2007, pp. 1228-1234). A diferencia del pluralismo jurídico, hablar de derecho transnacional supone asumir que las normas de distintos órdenes no son incommensurables y deben ser comparadas y ponderadas con las de otros órdenes. El peso de una fuente autoritativa debería ser ponderado con el de otras fuentes posiblemente más adecuadas. «Los argumentos jurídicos formales exclusivamente internos no son ya suficientes» (Itzcovich, 2012, pp. 373-374). Las fuentes externas pueden, asimismo, ser un instrumento para colmar lagunas internas o elegir entre interpretaciones posibles, permitiendo recurrir a la norma o a la interpretación de otro sistema jurídico —*lex alius loci*— (della Cananea, 2014). Esta visión del problema de la aplicabilidad del derecho externo permite salirse de un esquema monista hacia una percepción en términos de transnacionalidad.

III.3. Coerción

Las ideas sobre la articulación informal de normas jurídicas, las redes de afiliación que generan compromisos vinculantes o el papel de la persuasión impregnan los estudios sobre el derecho transnacional. La coerción no se considera en ocasiones un elemento definitorio del derecho, ni del concepto de soberanía —el cual, más allá de su sentido tradicional, tiende a identificarse en mayor medida con la idea de responsabilidad, antes que con las ideas de supremacía o independencia (Turégano, 2013)—. El transnacionalismo implica en muchas ocasiones la posibilidad de que se articulen normas jurídicas incluso sin el poder coercitivo capaz de hacer que se cumplan. Las interrelaciones entre órdenes distintos y entre variedades de normas más o menos vinculantes permiten formas de «autoridad influyente» ejercida por normas no directamente aplicables (Moran, 2006). El fundamento de su autoridad o, más precisamente, *authoritativeness* (Itzcovich, 2012), el vínculo o la complementariedad entre las recomendaciones o guías y el derecho imperativo o los diferentes efectos jurídicos que son capaces de producir son cuestiones que no puede eludir una teoría jurídica en nuestros días.

El debate sobre la relación entre fuerza y derecho vuelve a cobrar vigor. Frente al esfuerzo de Frederick Schauer (2015) por refundar un concepto general de derecho sobre la idea de fuerza, son muchas las propuestas que replantean la cuestión de los instrumentos o modos de realización o ejecución del derecho desde conceptos que amplían el ámbito de lo jurídico. Diversas propuestas pasan de la idea de imposición estatal a otros modos de ejecución. La resolución *ex post* de los conflictos se reemplaza por mecanismos que evitan las disputas a partir de la confianza y la reputación (Smits, 2014). Hathaway y Shapiro (2011) han argumentado que la imposición del derecho no tiene por qué depender de la amenaza de la violencia, ya que puede depender de la amenaza de la exclusión o de la marginación (*outcasting*). La marginación no es violenta, no depende de organizaciones burocráticas que emplean la fuerza física, sino que se basa en negar a los que no cumplen las normas los beneficios de la cooperación social y la pertenencia. Propiamente, lo que se propone es que la teoría jurídica no se centre tanto en los medios sino en los fines que persigue el derecho. El derecho puede conseguir el cumplimiento en virtud de las razones que ofrece para la acción desde una perspectiva cooperativa pluralista. Las sanciones de las normas no impuestas coercitivamente consisten en la pérdida de agencia cooperativa en términos de exclusión de la comunidad de agentes que cooperan (Trujillo, 2016).

Una concepción débil de la coerción jurídica suele estar ligada a modelos de autorregulación que desconfían de la utilidad de la imposición externa. La existencia de redes o de múltiples niveles, de órganos ejecutivos o judiciales y de agentes privados favorece que la persuasión

sea mayor. Las redes aumentan en rapidez y extensión la capacidad de movilización de grupos de presión. En este sentido, la autorregulación se basa en un tipo de coerción distinta de la coerción estatal que se genera en la propia estructura interna de la red de relaciones (Cotterrell, 2012, p. 520). Sin embargo, Hathaway y Shapiro proponen un modelo externalizado de imposición que admite conceptualmente la posibilidad de considerar jurídico un régimen normativo que no disponga de instrumentos internos coercitivos de imposición de sus reglas. «En lugar de confiar en mecanismos internos de imposición, los sistemas jurídicos pueden utilizar agentes no miembros del régimen para ejercer coerción contra quienes violan las reglas» (2011, p. 300). Creo que este es un esquema más adecuado para plantear la cuestión de la coerción en el ámbito transnacional. En este, los Estados retienen una importante capacidad coercitiva que puede articularse para garantizar la efectividad de normas no estatales; al mismo tiempo, están dotados de instrumentos de legitimación para el uso de dicha capacidad dentro de ciertos límites. Si esto es así, creo que no debemos abandonar tan rápidamente el papel de la coerción, la cual sigue desempeñando un papel secundario o indirecto en todos los ámbitos del derecho transnacional.

III.4. Norma

Si el Estado constitucional reclama una tipología de normas jurídicas más amplia que la propia del Estado liberal legislativo, el contexto transnacional obliga a repensar la necesidad de incorporar nuevos tipos de normas a la teoría o meramente cambios cuantitativos o cualitativos en las concepciones de la normatividad ya teorizadas.

Forma parte del derecho transnacional, en primer lugar, todo el conjunto de normas legisladas y judiciales producidas en el marco de sistemas jurídicos oficiales y extraoficiales. Se trata de normas emanadas de órganos formales, ejecutadas y aplicadas en el marco de un aparato institucionalizado que coexiste, de modo coordinado o descoordinado, con otros aparatos. En efecto, los sistemas jurídicos oficiales coexisten con otros sistemas de modo coordinado o descoordinado. Junto con las instituciones públicas locales, nacionales, regionales e internacionales conviven, en el contexto transnacional, una pluralidad de instituciones sociales con funciones regulatorias propias, a falta de instituciones públicas más allá de los Estados o en virtud de su mejor capacidad de gestión de sectores o actividades sociales particulares (desde internet, ámbitos deportivos o religiosos, hasta organizaciones no gubernamentales o agencias como las organizaciones de estandarización). En cada entramado institucional existen mecanismos internos de producción y ejecución normativas. Tales sistemas tienen cierto grado de autonomía en la ejecución del objetivo para el que fueron constituidas, pero interactúan de modos diversos con los sistemas oficiales. También estos sistemas suelen tener agencias propias de solución de conflictos.

La ley y, en general, los tipos normativos dotados de generalidad y abstracción se han visto desplazados por formas contractuales de producción jurídica, con las que se buscan instrumentos útiles para fines específicos en el corto plazo, así como por el derecho jurisdiccional, en cuanto modelo más adecuado para la conciliación y el equilibrio de intereses. Ambas formas de producción jurídica se han vuelto cruciales en el mundo actual por su capacidad para adaptarse a la tendencia hacia la privatización (Ferrarese, 2014, p. 54).

En segundo lugar, han venido recobrando eficacia jurídica modalidades normativas basadas en lo fáctico, en el derecho no escrito. Se habla de derecho consuetudinario tanto en el sentido de un sistema autónomo como en el de una fuente jurídica que compite con otras fuentes en un mismo sistema. El primer caso se emplea para referirse a los sistemas de normas e instituciones que se originan e interpretan en una práctica social al margen de las instituciones jurídicas y que se afirman frente a otros sistemas normativos que son hegemónicos. En el segundo caso, las normas consuetudinarias son fuentes de los diversos sistemas oficiales y la validez y la posición de estas normas en el sistema vienen determinadas dentro del mismo. Los ordenamientos estatales o internacionales intentan, cada vez más, adaptar su normativa a la realidad jurídica que es vivida en los grupos sociales e interpretarla conforme a su comprensión común en esos grupos.

Son también usos y convenciones gran parte de las normas que rigen las relaciones privadas económicas en el ámbito transnacional, interactuando con otras normas de sistemas oficiales y no oficiales (entre estas últimas, encontramos reglas, procedimientos, cláusulas interpretativas, estándares contractuales, o códigos de buenas prácticas; elementos que suelen vincularse a instituciones propias de resolución de conflictos). Los que participan en tales relaciones identifican esas normas consuetudinarias como derecho con independencia de que sean así reconocidas por un orden jurídico oficial. Esto las dota de autonomía respecto de los sistemas oficiales, constituyendo, junto con el resto de elementos normativos e institucionales con los que actúan, sistemas normativos extra-oficiales o funcionales.

En tercer lugar, uno de los tipos de norma que ha experimentado mayor desarrollo en el contexto actual ha sido el de las normas de fin. Estas orientan hacia la consecución de objetivos o la realización de fines y valores sociales por órganos que, en su cumplimiento y aplicación, deben desarrollar un razonamiento práctico complejo que supone mayores márgenes de discrecionalidad (Calvo, 2012). En este modelo, la función del derecho no es tanto la de prescribir (ordenar la conducta), cuanto la de facilitar formas de acción. «El derecho tiende, lógicamente, a verse menos como el producto de una voluntad política y, por el

contrario, adquiere más importancia una visión del derecho como un medio para obtener ciertos fines, como un mecanismo de construcción social» (Atienza, 2010, p. 13). La expansión de este modelo normativo ha determinado el creciente papel que desempeñan, en el derecho actual, burócratas encargados de ejecutar las normas en el día a día. El derecho se convierte en una compleja estructura de relaciones entre agentes que desempeñan tareas públicas, desde funcionarios, agencias o corporaciones. «[E]stos burócratas determinan en gran medida cómo opera realmente una norma dada sobre el terreno, de modos que pueden apoyar, suplementar, contradecir o suplantar los requerimientos formales de esa norma» (Berman, 2005, p. 499).

En muchos casos, la definición y la ejecución de los objetivos regulatorios de los órganos administrativos requieren una pluralidad de decisiones coordinadas. Existen en distintos niveles normas y decisiones técnicas y administrativas derivadas de la acción colectiva de redes de cooperación entre reguladores públicos o entre estos y actores privados. Es el caso de los convenios para el mutuo reconocimiento de estándares regulatorios o procedimientos de conformidad y otras formas de coordinación regulatoria. El «método abierto de coordinación» de la Unión Europea tiene el objetivo de lograr la convergencia entre las políticas nacionales para realizar objetivos comunes. Los Estados miembro conservan las competencias en diversos ámbitos, pero definen en el ámbito europeo objetivos y principios generales de orientación que han de alcanzarse mediante instrumentos nacionales flexibles, evaluando la actuación del resto como proceso de aprendizaje mutuo.

El caso extremo sería aquel en el que «no hay una fuente conocida de las pautas de regulación de la actividad, sino pautas reticulares autónomas cuyo origen no puede ser determinado ni controlado con precisión». En un caso así, no se puede hablar propiamente de un gobierno ejercido desde las normas, sino de una «gobernanza». No hay tanto un gobierno que se ejerce mediante normas que habilitan decisiones discrecionales, sino redes de órganos con considerable autonomía. Las relaciones, en este caso, se describen o bien en términos de coordinación o composición de intereses o bien en términos de orientación débil de la actividad. Ello implica que las normas no imponen fines u objetivos, sino que las medidas se adoptan en procesos de negociación entre una pluralidad de agentes públicos y privados guiados por diferentes metas (Laporta, 2014, pp. 49ss.).

En cuarto lugar, algunas de las ideas que he señalado se solapan en el concepto de *soft law*. En general, este término se refiere a un tipo de normas regulativas que tiene efectos jurídicos y que, sin embargo, contrasta con el *hard law* por el hecho de que carece de fuerza vinculante, no está incorporado a las fuentes formales del derecho, no

tiene garantías formales que aseguren su cumplimiento o no logra, por todo lo anterior, los objetivos que pretende. A pesar de ello, impone deberes *prima facie* y tiene la pretensión de generar una regularidad de comportamientos que funde ciertas expectativas. El esclarecimiento de las muchas cuestiones teóricas que plantea este concepto es esencial para una teoría jurídica transnacional. Entre dichas cuestiones se pueden mencionar las siguientes: quién es la autoridad normativa del *soft law*, si es por definición una autoridad pública o cabe hablar de *soft law* en el ámbito de la autorregulación; en qué sentido se considera derecho no vinculante, expresión que es susceptible de referirse a cuestiones tan diversas y problemáticas como su carácter orientador o persuasivo, la ausencia de sanción, su no justiciabilidad, su carácter abierto e indeterminado que demanda un desarrollo posterior, su falta de consideración como fuente del derecho o la incompetencia del sujeto del que emana (Escudero, 2012). Los caracteres del *soft law*, en todo caso, no configuran una categoría cerrada e independiente de otros tipos de normas. Más bien, el concepto alude a un *continuum* que se presenta en la realidad en grados diversos y que está más o menos próximo a otros modelos normativos, como las normas de fin o los principios, o ciertos instrumentos de integración o interpretación. El concepto puede cumplir una función en el análisis del derecho transnacional contemporáneo. Sin embargo, no debe dejarse de lado el riesgo de que la aceptación de ciertas categorías de análisis acabe suponiendo rebajar en exceso las garantías de la legalidad y produciendo lo que se ha calificado como una «revolución *blanda*», con graves consecuencias políticas y jurídicas (Ferrarese, 2014).

IV. APROXIMACIONES A LA REALIDAD JURÍDICA TRANSNACIONAL DESDE LA IUSFILOSOFÍA

La nueva realidad normativa transnacional obliga a modificar nuestras categorías conceptuales teórico-jurídicas. Sin embargo, no se trata de construir una teoría jurídica transnacional como tema de una «jurisprudencia especial», sino de replantear los presupuestos conceptuales y normativos de la teoría jurídica desde la realidad jurídica de nuestros días (Besson & Tasioulas, 2010, pp. 7-8), cuestionándonos si ignorar la realidad jurídica en este contexto «socava todo el castillo de naipes teórico-jurídico que los filósofos han construido» (Cotterrell, 2012, p. 504). Considerando, como afirma Frederick Schauer (2005), que el concepto de derecho se construye y reconstruye socialmente conforme evolucionan los fenómenos jurídicos, planteo a continuación cómo se han reinterpretado algunas de las concepciones del derecho heredadas a la luz de la transnacionalidad jurídica.

245

DERECHO
TRANSNACIONAL
O LA NECESIDAD
DE SUPERAR EL
MONISMO Y EL
DUALISMO EN LA
TEORÍA JURÍDICA
TRANSNACIONAL
LAW OR THE NEED
TO OVERCOME
MONISM AND
DUALISM IN LEGAL
THEORY

IV.1. Desde el positivismo jurídico

Las reinterpretaciones de la jurisprudencia analítica anglosajona, central en la tradición positivista, han sido en gran parte la vía a través de la que se ha tratado de adaptar la teoría del derecho a la realidad jurídica contemporánea. Frente a la imagen jerarquizada del derecho basada en las nociones austinianas de soberanía y mandato, Hart centró su concepción normativa del derecho en la práctica de aceptación y reconocimiento de reglas, más apta para dar cuenta de la pluralidad normativa (Waldron, 2008). En algún caso, esa adaptación se ha hecho a costa de prescindir de la relevancia de las reglas secundarias en la identificación de lo jurídico, asumiendo la posibilidad de distinguir entre regímenes jurídicos y sistemas jurídicos, siendo estos segundos los que resultan institucionalizados por las reglas secundarias. Un modelo de derecho basado en el concepto más genérico de régimen jurídico permitiría dar cuenta de la realidad jurídica en el contexto transnacional. Detlef von Daniels (2010) considera que en los textos de Hart pueden encontrarse criterios de diferenciación de las reglas jurídicas primarias respecto de otras reglas sociales, sin necesidad de aludir a reglas secundarias ni al concepto de funcionarios.

Inspirado en las distinciones que Hart efectúa en relación con las reglas de etiqueta (1990, pp. 107-109), las reglas morales (1990, capítulo VIII) y las normas internacionales (1990, capítulo X), von Daniels caracteriza las reglas jurídicas primarias del siguiente modo: en primer lugar, como multilaterales, esto es, que dependen de un compromiso recíproco por parte de una mayoría preponderante de los miembros del grupo social; en segundo lugar, aptas para la justicia, en cuanto que son reglas que tratan problemas de distribución y compensación de cargas y beneficios conforme a convicciones comunes; y, en tercer lugar, decisivas, en el sentido de que solo las reglas jurídicas pueden guiar cualquier comportamiento y solventar las dudas e imprecisiones, especialmente en aquellos casos en que el comportamiento correcto no puede ser determinado por la moralidad por sí sola (por ejemplo, en relación con la compensación adecuada por daños). En el contexto transnacional interaccionan una diversidad de sistemas jurídicos, en la medida en que la anterior reconstrucción permite reconocer que diferentes grupos sociales pueden regirse por normas jurídicas. La regla de reconocimiento hartiana permite dar cuenta de esa diversidad y de los posibles conflictos entre dichos sistemas. En el contexto transnacional, es evidente que no existe una única regla de reconocimiento básica que una los distintos regímenes jurídicos en un sistema jurídico coherente. Según Hart, la regla de reconocimiento es una regla última, si bien su existencia puede asumir una enorme variedad de formas, simples y complejas (1990, pp. 132, 117), y puede establecer normas para el posible conflicto entre los criterios de validez (1990, p. 118).

Sin embargo, la regla de reconocimiento contiene los criterios últimos solo *dentro* de un sistema. La propia concepción de la regla como práctica presupone unas limitaciones implícitas. En primer lugar, la regla de reconocimiento está limitada en su *ámbito de aplicación* al grupo de personas sujetas al sistema jurídico. En segundo lugar, la regla está siempre limitada en su *ámbito de poder* (von Daniels, 2010, p. 132). Estas dos limitaciones permiten afirmar que siempre hay algo fuera o más allá de una regla de reconocimiento dada. Hart asume que es posible afirmar la existencia de diferentes sistemas jurídicos estatales sin tener que presuponer necesariamente, como supuso Kelsen, la existencia de una regla superior a la que están subordinados ambos sistemas (Hart, 1983). Sin embargo, también otros sistemas normativos distintos del estatal pueden satisfacer los caracteres de la regla de reconocimiento definida por Hart.

La teoría hartiana permitiría, por tanto, dar cuenta de una realidad jurídica como la realidad transnacional, en la que existe una diversidad de regímenes jurídicos que se organizan de modos diversos. En su esquema no existiría una única regla de reconocimiento que unifique el derecho transnacional, sino una variedad de reglas de reconocimiento, cada una de las cuales, sin embargo, solo organiza las reglas que pertenecen a su sistema. Pese a ello, el problema del derecho transnacional no es solo el de la existencia de una pluralidad de normas y sistemas, sino el de la posibilidad de contradicción entre normas pertenecientes a distintos sistemas que regulan los mismos supuestos de hecho (Waldron, 2008; Barber, 2006). Además, lo relevante es el hecho de que esa contradicción no está resuelta por el derecho en la medida en que existen pretensiones de validez y autoridad en competencia y los operadores jurídicos disienten acerca de quién tiene la última palabra. En este contexto, existe una nueva realidad jurídica en la que las jurisdicciones se solapan (Walker, 2003) y no existe un acuerdo último en relación con el reparto competencial (Maduro, 2003, p. 95).

El positivismo jurídico ha sido criticado por su incapacidad para dar cuenta de la posibilidad de hablar del derecho como conjunto de órdenes descentralizado y heterogéneo¹. Sin embargo, el positivismo jurídico contiene una aportación esencial para dar cuenta de la diversidad jurídica: la consideración del derecho como hecho social y la relevancia del punto de vista externo. La cuestión de la perspectiva es importante para aproximarse a la conceptualización del derecho transnacional en tres sentidos. En primer lugar, es posible que la misma realidad jurídica

1 Debe señalarse, sin embargo, que el positivismo jurídico es una corriente amplia que no contiene un tratamiento uniforme del problema de la unidad de los sistemas jurídicos. Si bien es cierto que la concepción unitaria y jerarquizada de Kelsen y Hart son consideradas representativas de esta corriente, otras propuestas, como de la Joseph Raz, han planteado una concepción más flexible de los sistemas jurídicos que abre la teorización a órdenes plurales (Raz, 1979, 1980). Véase, en este sentido, Letsas (2012, pp. 88-91).

plural sea percibida de modo distinto por quienes intervienen en ella y aceptan reglas de reconocimiento diferentes que conciben diversamente la autoridad jurídica última. Sin embargo, la visión plural está implícita en una perspectiva externa, la cual no excluye que, desde el punto de vista interno, cada participante acepte una única regla de reconocimiento conforme a la que los diversos órdenes aparezcan supraordenados, estando esta asunción en conflicto con la que se adopta desde otros puntos de vista internos (Bayón, 2007, p. 122; Krisch, 2005, p. 323).

En segundo lugar, esa perspectiva externa sirve también para poner de manifiesto la insuficiencia de una norma última para dar cuenta de toda la realidad jurídica. No solo existen múltiples sistemas sino también espacios jurídicos híbridos en los que más de un régimen jurídico ocupa el mismo ámbito social e interacciona con el resto (Berman, 2007, p. 1158). No se trata solo de una mera tolerancia constitucional (Weiler, 2003), sino de una interacción reflexiva en la que se producen transformaciones mutuas. Sin embargo, esta no es solo una realidad jurídica sino política. La función que desempeñan los operadores jurídicos tiene esa dimensión política en cuanto que, desde su propio orden o sistema, deben tener en cuenta las consecuencias de sus decisiones e interpretaciones respecto de los otros órdenes (MacCormick, 1999, pp. 119-120), de modo que se vayan articulando conjuntamente nuevos significados y relaciones. Las contradicciones que tienen que afrontar los operadores jurídicos no pueden ser ni identificadas ni resueltas por ninguna de las reglas de reconocimiento que opera en cada régimen jurídico. Tratar de adaptar la realidad jurídica transnacional, o los casos más avanzados de derecho supranacional, a una regla de reconocimiento compleja con numerosos subcriterios supone deformarla para adaptarla a categorías que son insuficientes. No existe una práctica convergente acerca de esos criterios y su organización; sino que ambos aspectos están en continua renegociación.

En tercer lugar, es necesario reconocer una diversidad de puntos de vista sobre el reconocimiento o integración de normas de otros sistemas, pudiendo existir posiciones contradictorias dentro de cada sistema jurídico en conflicto. En este caso, el punto de vista interno de los participantes en uno de esos sistemas captura solo una parte de la realidad (von Daniels, 2010, pp. 163-164). Las normas que establecen esas relaciones de complementación o reconocimiento de normas externas, a las que von Daniels denomina «reglas de enlace (*linkage rules*)» tienen una doble faz: son reglas de un sistema que se refieren a la práctica de algún otro sistema jurídico. Sin embargo, las reglas no tienen por qué ser recíprocas: pueden no encontrar una regla correlativa en el otro sistema (2010, pp. 166, 164). Describir esta realidad dual y contradictoria exige un punto de vista externo.

IV.2. Desde una teoría institucional del derecho

Frente a la anterior reinterpretación de la tradición positivista anglosajona, otra fuente de adaptación de la teoría jurídica a la realidad jurídica contemporánea ha sido la idea de institucionalización. La teoría institucional del derecho, inspirada fundamentalmente en los trabajos de Neil MacCormick, concibe el derecho como un orden normativo institucional (MacCormick & Weinberger, 1986; MacCormick, 2007). Ello supone, en primer lugar, que una parte importante del derecho está formada por instituciones como el contrato, la hipoteca o el matrimonio, instituciones que constituyen entramados de fines, principios y reglas que se van sistematizando y reconstruyendo en la práctica institucional. En segundo lugar, supone también que algunas de esas instituciones, igualmente conformadas por normas, constituyen órganos generadores, administradores y aplicadores de derecho. Y, en tercer lugar, implica que las normas, conceptos y órdenes normativos son y generan hechos institucionales, los cuales no se reducen a contenidos semióticos abstractos, sino que se conciben también como hechos sociales (Pintore, 1991).

Tanto la tradición iusteórica que enfatiza la relevancia de las reglas secundarias o constitutivas como la tradición socio-científica de Weber o Hoebel permiten asumir teóricamente la pluralidad jurídica. El concepto institucional del derecho se ha considerado idóneo para representar la complejidad jurídica contemporánea. En efecto, el concepto institucional prescinde de la necesidad conceptual del Estado para definir lo jurídico, asumiendo la posibilidad de que coexistan varios ordenamientos normativos con distintos grados de institucionalización. Y, por otra parte, da prioridad al uso de las normas, antes que a su producción por una autoridad dada. Todo orden normativo es siempre una realidad social en cuanto que acontece cuando la vida social se desarrolla de un modo predecible e inteligible, conforme a normas que los sujetos usan para guiar su comportamiento y criticar las desviaciones (Bengoetxea, 2015b, p. 63).

Siguiendo estas premisas, Keith Culver y Michael Giudice (2010) han propuesto una teoría interinstitucional de la legalidad que permite adaptar la tradición jurídica analítica a la pluralidad normativa de nuestros días sin renunciar a una cierta noción de orden. Estos autores critican la concepción hartiana de las fronteras de la legalidad a partir de la práctica de los funcionarios del sistema, dada la incapacidad de la teoría jurídica de proporcionar una concepción de «*official*» sin incurrir en circularidad o indeterminación. Así, emplean la idea de normas como razones perentorias, independientes del contenido, en un contexto de instituciones mutuamente referentes que detentan poderes normativos y les reconocen de modo variable algún grado de «intensidad» o «fuerza institucional». En los sistemas jurídicos estatales, la fuerza institucional,

249

DERECHO
TRANSNACIONAL
O LA NECESIDAD
DE SUPERAR EL
MONISMO Y EL
DUALISMO EN LA
TEORÍA JURÍDICATRANSNATIONAL
LAW OR THE NEED
TO OVERCOME
MONISM AND
DUALISM IN LEGAL
THEORY

o capacidad de resistir el efecto de otras normas en competencia, depende de la estructura jerarquizada de normas e instituciones jurídicas. Culver y Giudice consideran, sin embargo, que también en ausencia de relaciones de jerarquía las instituciones jurídicas pertenecientes a distintos órdenes normativos pueden referirse a la fuerza institucional de las decisiones mutuas. Las discrepancias y contradicciones a las que este modo de operar puede dar lugar no exigen necesariamente, en opinión de los autores, la organización de tales jerarquías, sino prácticas dialógicas y de mutuo compromiso. Las mutuas referencias y la fuerza en un contexto institucional tienen el efecto, con el paso del tiempo, de difuminar los límites entre el derecho y el no-derecho (Patterson, 2016, p. 64). La realidad institucional es cada vez más compleja y sus múltiples interacciones desbordan los conceptos de la teoría jurídica elaborada en el marco del Estado nación.

Desde premisas socio-jurídicas, se alerta de que la visión institucionalista que permite dar cuenta del pluralismo jurídico no logra distinguir el derecho de otras formas de normas institucionalizadas. Dicha distinción requiere un elemento adicional de carácter convencional. Determinar que el producto de ciertas instituciones es derecho es una cuestión de cuáles son los usos o convenciones generales. «Un funcionario “jurídico” es quienquiera que, como cuestión de práctica social, los miembros del grupo (incluyendo los propios funcionarios) identifican y tratan como funcionarios “jurídicos”» (Tamanaha, 2001b, p. 9).

IV.3. Desde una teoría socio-jurídica

Desde una perspectiva socio-jurídica, solo tiene sentido seguir discutiendo acerca de la conceptualización de lo jurídico en la medida en que ello favorece nuestra capacidad para describir, comprender y evaluar los fenómenos jurídicos. Las teorías jurídicas dominantes son insuficientes en cuanto que presentan algunos fenómenos jurídicos relevantes de nuestros días como ejemplos imperfectos de derecho. La teorización que requiere el derecho transnacional no debe orientarse a averiguar «qué es realmente el derecho en algún sentido intemporal», sino a proporcionar un modelo provisional de derecho para facilitar el análisis empírico y ayudar a orientar la práctica jurídica, esto es, un mapa de un terreno que necesita ser explorado (Cotterrell, 2012, p. 505).

Una aproximación sociológica a los fenómenos normativos en el contexto transnacional puede llegar a ampliar tanto el concepto de lo jurídico que este se vuelva prácticamente indistinguible del aspecto normativo presente en gran parte de las relaciones sociales. Como se preguntaba hace ya bastantes años Sally Engle Merry, «¿dónde dejamos de hablar de derecho y nos encontramos simplemente describiendo la vida social?» (1988, p. 878). Brian Tamanaha (2001a) considera que es posible evitar

la expansión ilimitada de lo jurídico si lo consideramos un hecho del que puede darse cuenta en términos convencionales: derecho es lo que los miembros de grupos sociales han llegado a ver e identificar como «derecho». El derecho es todo aquello a lo que atribuimos la etiqueta de derecho (Tamanaha, 2001b, p. 18). La incorporación de esta dimensión social a la teoría jurídica evita que nuestra disciplina quede anclada en una perspectiva alejada de la praxis y el contexto institucional en el que se desenvuelve (Calvo, 2012). Esta concepción convencionalista permite concebir como derecho diversas manifestaciones normativas, en la medida en que en un mismo contexto social compitan grupos con iguales pretensiones de constituir el derecho. Los respectivos sistemas normativos que coexisten forman parte del entorno de los otros, debiendo tenerlos en cuenta y confrontarlos (Tamanaha, 2001a, p. 233).

La aproximación socio-jurídica aporta elementos esenciales para comprender el derecho transnacional. No obstante, es cierto que se presenta como una teoría descriptiva, pero contiene premisas implícitas e incurre en circularidad. Presupone que el concepto de derecho que se elija debería «facilitar la comprensión de los fenómenos jurídicos entendidos en un sentido amplio y plural» (Calvo, 2012, p. 46).

Una aportación esencial que plantea la continuidad de los problemas empíricos, por un lado, y las cuestiones conceptuales y normativas, por el otro, es la de William Twining. Este es un autor fundamental en la revisión de la tradición de nuestra disciplina en la línea que asume este escrito. Declarado iuspositivista, vuelve a la raíz de una concepción del derecho que se construye sobre una visión social del derecho. Así, trata de hacer generalizaciones fundadas sobre el mismo sin renunciar a la importancia de las cuestiones morales como criterio de evaluación crítica desde el punto de vista externo. Twining insiste en la necesidad de actualizar la teoría jurídica que, construida sobre el paradigma del derecho estatal, ha sido incapaz de mostrar la realidad jurídica global. Considera que el análisis conceptual es una parte necesaria del estudio del derecho, pero que ese análisis necesita ser sensible a los avances del conocimiento empírico del mundo real.

Su propuesta de una jurisprudencia «general» o «cosmopolita» consiste en una teorización conceptual, normativa y empírica que permita apreciar de modo comprensivo el derecho en el mundo. La generalización no supone que el análisis teórico se reduzca a una estructura conceptual presente en todo sistema jurídico y que permita hablar de una homogeneización global. Este enfoque, según Twining, tiene un enorme riesgo de ser superficial e interesado, al considerar el derecho como una realidad autónoma de las condiciones sociales, económicas, institucionales, ideológicas e históricas del contexto en el que se desarrolla (2001, pp. 27ss.). Adoptar una perspectiva teórica

251

DERECHO
TRANSNACIONAL
O LA NECESIDAD
DE SUPERAR EL
MONISMO Y EL
DUALISMO EN LA
TEORÍA JURÍDICA

TRANSNATIONAL
LAW OR THE NEED
TO OVERCOME
MONISM AND
DUALISM IN LEGAL
THEORY

global puede favorecer tendencias reduccionistas que pretendan construir grandes teorías generales, buscando universales y enfatizando las semejanzas sobre las diferencias, dejando de lado la riqueza, el pluralismo y la complejidad de la herencia teórica global (2009, p. 17). En este sentido, la pretensión de una teoría jurídica universal y general debe ser considerada como problemática (p. 20).

Twining propone una jurisprudencia general como estudio teórico de las ideas y fenómenos jurídicos de dos o más tradiciones, órdenes o niveles, interpretándolos, analizándolos, comparándolos y haciendo generalizaciones. El núcleo de su propuesta es la necesidad de plantearse en qué grado es factible y deseable generalizar acerca de fenómenos jurídicos que atraviesan dos o más tradiciones o culturas jurídicas. Los conceptos y generalizaciones jurídicos solo pueden ser comprendidos en el contexto institucional y práctico en el que son empleados. Por ello, los conceptos abstractos pueden ser generalizaciones inadecuadas si no se tiene en cuenta las diferencias contextuales. La extensión en la que esos factores contextuales son similares o uniformes en varios ámbitos o niveles es una cuestión empírica (2009, p. 59).

IV.4. Desde una teoría realista del derecho

La evidente continuidad entre los estudios socio-jurídicos y la teoría jurídica realista sería razón suficiente para que no tuviera sentido un apartado diferente. Sin embargo, creo que el realismo jurídico merece una consideración propia por la especial aportación que puede hacer al análisis del derecho transnacional. La teoría jurídica realista ha insistido especialmente en la separación entre el derecho sobre el papel y el derecho en acción. Esta distinción pretende, entre otras cosas, mostrar la necesidad de analizar y describir la práctica jurídica para comprender el derecho, en la medida en que estudiar las reglas no es suficiente. Una concepción realista del derecho transnacional ha de construirse sobre la base de una tradición jurisprudencial que cuestiona cómo se determina realmente lo que es derecho, cómo se desarrolla en la práctica, qué efectos sociales produce y cómo cambia en el tiempo a partir de un contexto social determinado. De acuerdo con Brian Leiter (2007), los realistas jurídicos están especialmente interesados en desarrollar una teoría descriptiva acerca de cómo opera el derecho.

En el contexto actual, este planteamiento empírico y pragmático presenta especial interés como aproximación a la realidad transnacional. Los cambios jurídicos requieren, en primer lugar, un análisis empírico que ponga de manifiesto los modos complejos en que opera el derecho, y, en segundo lugar, un cambio en la percepción de los problemas jurídicos por parte de los juristas, de modo tal que pasen a ser vistos como cuestiones transnacionales (Shaffer, 2015, p. 197). Por una parte,

conocer el modo en el que el derecho transnacional puede producir efectos y atender problemas sociales exige un conocimiento empírico previo acerca del contexto social y de las consecuencias potenciales de la acción jurídica. Las condiciones del espacio transnacional exigen una adaptación constante del derecho en un mundo cambiante.

Por otra parte, el realismo jurídico ha centrado su concepción del derecho en el papel que desempeñan las instituciones y los actores en la atribución de significados jurídicos, la resolución de problemas prácticos y la evolución del derecho. En el contexto actual, esa actuación de los actores jurídicos exige atender sus interrelaciones con una multiplicidad de actores públicos y privados en espacios plurales. La propia percepción de muchos problemas socio-jurídicos como problemas transnacionales condiciona el tratamiento que les proporcionan los juristas. Las posibilidades en las que las disposiciones normativas pueden interpretarse de modos diferentes se multiplican en un contexto en el que se amplían las fuentes y el número de actores que hacen elecciones interpretativas y se incrementan las interrelaciones entre ámbitos normativos hasta ahora independientes.

El realismo jurídico permite conceptualizar el derecho en términos de práctica y de dinámica procesal; en dichos términos, el derecho evoluciona a partir de la interacción de instituciones y actores. Y esta perspectiva práctica permite adoptar un concepto amplio de fuentes del derecho como conjunto de normas al que recurren los tribunales y otros órganos de decisión para adoptar sus decisiones. Si bien el universo jurídico de los realistas ha sido más limitado, son ellos los «más propensos, entre los teóricos del derecho, a mostrar alguna sensibilidad o receptividad» a la «complejidad y diversidad de las leyes posiblemente aplicables y la interacción y la cooperación entre las jurisdicciones pertinentes en todos los niveles» (Bengoetxea, 2015a, p. 174). Esa concepción práctica y abierta de las fuentes permite dar cuenta de la invocación que hacen los operadores jurídicos a normas de otros órdenes jurídicos o decisiones de otras jurisdicciones, o incluso a materiales jurídicos que no tienen carácter imperativo. Karl Llewellyn no pensaba que existiera un universo ideal de formas jurídicas y creó nuevos términos, como el de «*law stuff*», para referirse de modo inclusivo a cualquier fenómeno en una cultura que se relacione de modo discernible con lo jurídico (Llewellyn, 1940, pp. 1358-1359). El término incluye también aquello que se manifiesta como material jurídico incipiente, lo que permite dar cuenta del *soft law*, el cual puede ser considerado como un material jurídico que configura o determina el significado presente o futuro del derecho imperativo en procesos sociales complejos (Shaffer, 2015, p. 204).

253

DERECHO
TRANSNACIONAL
O LA NECESIDAD
DE SUPERAR EL
MONISMO Y EL
DUALISMO EN LA
TEORÍA JURÍDICA
TRANSNACIONAL
LAW OR THE NEED
TO OVERCOME
MONISM AND
DUALISM IN LEGAL
THEORY

IV.5. Desde una teoría constitucionalista del derecho

Entiendo por teoría constitucionalista del derecho aquella que se centra en el sistema jurídico constitucional como paradigma de lo jurídico. La característica de la esfera transnacional de nuestros días no es la ausencia de derecho, sino la falta de adecuación del derecho existente a lo que dicho paradigma exige. De ahí la necesidad de estructurar el derecho del mundo globalizado a partir de principios jurídicos universales. Es función del jurista operar con el derecho como medio esencial para satisfacer esa necesidad (Atienza, 2010). En la teoría y la práctica jurídicas internacionales tiene un peso indudable la concepción interpretativa del derecho *a lo Dworkin* como base para dar cuenta del relevante papel de los jueces en el desarrollo de un orden jurídico internacional descentralizado que realice un sistema de fines y valores (Besson, 2011, p. 576).

En general, esta posición implica una aproximación monista al derecho transnacional, favorable a la configuración de un orden jurídico global. Esta tesis no se considera necesariamente vinculada a la existencia de un gobierno mundial, sino que se vincula, en primer lugar, a la constitucionalización de las relaciones supraestatales, como único modo de asegurar la paz y los derechos a escala global. Y, en segundo lugar, se asocia a la posibilidad de una comunicación jurídica global, desde tradiciones distintas, mediante el razonamiento basado en principios y fines compartidos. Conforme a una concepción de la integración como integridad, una vez que un operador jurídico de cualquiera de los órdenes que concurren ha establecido una interpretación particular de los principios y fines comunes, otros operadores tienen una razón para seguirla, no en virtud de su autoridad, sino por las razones morales que la fundan. De este modo, no existe un conflicto dramático entre los distintos órdenes, sino que todos sus operadores cooperan para desarrollar, en la mayor medida posible, una visión coherente de los derechos humanos (Letsas, 2012, pp. 102, 107). A diferencia del positivismo, desde esta concepción no tiene sentido hablar de pretensiones rivales de supremacía si atendemos a los principios que mejor justifican las prácticas jurídicas existentes. La pregunta relevante, en este caso, sería la relativa a cuál es la mejor interpretación de la relación entre normas de distintos órdenes dadas las exigencias normativas que justifican la práctica jurídica transnacional como un todo (Kumm, 2005, p. 287).

Creo que en la conformación de una teoría del constitucionalismo global, el pensamiento de dos autores que no se adscriben propiamente a concepciones pospositivistas es esencial. Por una parte, la construcción de Jürgen Habermas supone una aportación fundamental. Este autor considera que existe una conexión natural entre la teoría jurídica y la teoría normativa, en la medida en que es necesario recurrir a ella para disponer de un marco que haga posible en cada caso preservar la

coherencia de los principios jurídicamente válidos. Una comprensión de la constitución en términos de principios es relevante para juristas teóricos y prácticos porque, en los modelos institucionales constitucionales, la autoridad política depende de un tipo de legitimación inmanente, interna al propio sistema jurídico. «La aplicación y especificación del derecho válido requiere —especialmente en los casos difíciles— un razonamiento normativo, esto es, un tipo de razonamiento que esté guiado por aquellos principios que confieren legitimidad al sistema jurídico como un todo» (2013, p. 13).

Habermas considera que su propuesta de la necesidad de integrar la dimensión sociológica y filosófica de la teoría jurídica planteada en *Facticidad y validez* puede y debe guiar también el análisis del derecho internacional. Sin embargo, dado el estado de desarrollo del mismo, la tarea de la filosofía y la política es todavía mayor que la de la sociología y la doctrina jurídicas. Los mismos principios sobre los que se construye la legitimidad de los sistemas estatales han de inspirar la transformación del derecho por encima de ellos, pero su traducción institucional ha de ser distinta y puede implicar cambios en el peso relativo de los componentes fáctico y normativo del derecho. Un sistema supranacional puede ser reconocido como legítimo y no disponer por sí mismo de poder coercitivo.

Por tanto, la cuestión de la legitimidad del derecho en la esfera transnacional se convierte en una cuestión central. Habermas considera que existen algunos signos de racionalización de la sustancia del poder político en las distintas esferas, fundamentalmente reflejados en la pérdida de autonomía de los grandes poderes tradicionales. Sin embargo, evitar que el desarrollo de organizaciones internacionales tenga lugar de modo paralelo a la expansión de regímenes tecnocráticos, en detrimento de la legitimación de la esfera transnacional, supone encontrar fuentes para su fundamentación democrática. La propuesta de Habermas es concebir la comunidad internacional como compuesta tanto por los Estados —entendidos en el sentido de pueblos que se han constituido como comunidad política— como por los ciudadanos. Los Estados miembros de una posible organización mundial retendrían el papel soberano de poderes constituyentes, pero compartiendo este papel con todos los ciudadanos de todos los Estados, como otro poder constituyente. La reforma legislativa de las organizaciones internacionales debería orientarse conforme a esta premisa.

La comunidad internacional así organizada tendría solo una función de supervisión del cumplimiento de las funciones de otros niveles en relación con la convivencia pacífica y la garantía de los derechos de los ciudadanos en su doble capacidad de miembros de la comunidad política y sujetos cosmopolitas (Habermas, 2008a). No corresponde a una organización mundial jerárquica la inmensa tarea de una política

255

DERECHO
TRANSNACIONAL
O LA NECESIDAD
DE SUPERAR EL
MONISMO Y EL
DUALISMO EN LA
TEORÍA JURÍDICATRANSNATIONAL
LAW OR THE NEED
TO OVERCOME
MONISM AND
DUALISM IN LEGAL
THEORY

interior global que atienda problemas distributivos y de reconocimiento. Algunas de estas funciones, aquellas más técnicas, pueden abordarse desde la coordinación y negociación entre una diversidad de redes transnacionales de actores colectivos independientes. Sin embargo, las que implican intereses políticos requerirían marcos regionales multilaterales con poderes legislativos y ejecutivos que deben ejercerse de acuerdo con los principios de la constitución cosmopolita (Habermas, 2008b). Es esa constitución la que unifica el orden jurídico global.

La defensa de la constitucionalización de la esfera transnacional de Luigi Ferrajoli no asume, en cambio, la justicia de la legalidad democrática vigente y denuncia la divergencia entre la realidad jurídica y las exigencias de un modelo normativo. La moral se mantiene siempre crítica del derecho y externa a él. Por ello, su teoría formal y axiomática se completa con una teoría normativa que lo aleja de la actitud complaciente del puro formalismo y evidencia y critica aquella divergencia. Fruto de esta crítica es la consideración del constitucionalismo como un proyecto inacabado que debe extenderse a todos los niveles y poderes de la esfera transnacional como requisito necesario para la supervivencia y legitimación de los sistemas democráticos nacionales. La constitucionalización de esa esfera es la vía para cambiar la naturaleza de las relaciones transnacionales y es la empresa ineludible en la que deben embarcarse la filosofía y la política contemporáneas.

En la realidad, el constitucionalismo mundial sigue siendo una «promesa no mantenida», puesto que —aunque los derechos han sido formulados en cartas constitucionales de distintos niveles y pueden, por tanto, ser considerados como derecho vigente—, los acontecimientos recientes convierten gran parte del orden internacional en una «sustancial anomia» (2008, pp. 310-311 y 343; 2011, p. 482). Los derechos no han sido realizados mediante la introducción del adecuado sistema de garantías ni a través del desarrollo de una cultura jurídica y política que tenga no solo una función cognoscitiva, sino también constitutiva y performativa, capaz de denunciar y superar las evidentes antinomias entre los principios normativos y la práctica jurídico-política y las lagunas de garantías capaces de asegurar la efectividad del paradigma constitucionalista. La subsanación de este problema requiere un cosmopolitismo jurídico pluralista, basado en la distinción entre funciones de gobierno que, en cuanto legitimadas por su representatividad política, deberían ser ejercidas por instituciones estatales o infraestatales, y funciones de garantía que solo pueden ser ejercidas adecuadamente por instituciones supraestatales. La organización de esta esfera pública plural habrá de desarrollarse conforme al paradigma federal, mediante una distribución multinivel de fuentes y competencias, correspondiendo al plano federal fundamentalmente la defensa de la paz y la garantía igualitaria de los derechos fundamentales.

La realidad jurídica parece ir en otra dirección. La teoría constitucionalista no sirve como teoría descriptiva, aunque tampoco pretende serlo. Los ejemplos más avanzados de regímenes jurídicos transnacionales no pueden ser concebidos como precursores de una futura constitucionalización y federalización. Así ha sido en el caso de la Unión Europea, ejemplo más avanzado de transnacionalización jurídica, que no se ha desarrollado en la dirección de una constitución con un sistema cerrado de fuentes jurídicas creadoras de normas con fuerza vinculante y un sistema de ejecución jerarquizado. Más bien, el resultado ha sido un modelo con instrumentos y principios que favorecen la flexibilidad en la creación y desarrollo de las normas de la Unión.

Sin embargo, la teoría constitucionalista no falla por no corresponder con la realidad. La teoría dworkiniana del derecho no es capaz de proporcionarnos las bases para comprender la interrelación de órdenes jurídicos. No nos proporciona una perspectiva desde la que dar cuenta de la variedad de sistemas jurídicos y sus respectivas concepciones de la justicia e implica un cierto imperialismo moral desde el que se pretende interpretar otros sistemas desde criterios y valores internos (von Daniels, 2010, pp. 138, 163). El positivismo jurídico y las teorías socio-jurídicas y realistas están más preparados para dar cuenta de la variedad normativa del contexto transnacional, en la medida en que pretenden describirla y analizarla sin considerar el mayor valor moral de determinados modelos de regulación ni se limitan a la aspiración de constitucionalizar la esfera global desde valores universales abstractos. «En lugar de presentar una historia global de progreso moral guiada por una constitucionalización ininterrumpida, la perspectiva de la teoría jurídica nos insta a adoptar una aproximación fragmentaria y considerar los diversos vínculos entre sistemas jurídicos y sus funciones y valores específicos» (von Daniels, 2010, p. 171).

La superación del monismo jurídico es deseable como fuente de perspectivas alternativas que creen oportunidades para los sujetos y grupos peor situados, a la vez que favorezcan el cambio y la innovación. Por ello, son necesarios espacios para gestionar el conflicto y para la hibridación jurídica. La dificultad del consenso en normas sustantivas no impide que pueda haber «acuerdo en los mecanismos procedimentales, instituciones y prácticas que tomen en serio la hibridación, en lugar de ignorarla mediante la reivindicación de un poder de base territorial o disolverla a través de imperativos universalistas» (Berman, 2007, p. 1164). El derecho es un importante instrumento para configurar las plurales relaciones sociales desde una perspectiva reflexiva y crítica. Debe facilitar intervenciones creativas hechas desde una pluralidad de posiciones a través de un proceso político y jurídico inacabado. Desde esta perspectiva, puede contribuir a lo que Seyla Benhabib denomina «política iusgenerativa» (2006), la cual, mediante prácticas,

257

DERECHO
TRANSNACIONAL
O LA NECESIDAD
DE SUPERAR EL
MONISMO Y EL
DUALISMO EN LA
TEORÍA JURÍDICATRANSNATIONAL
LAW OR THE NEED
TO OVERCOME
MONISM AND
DUALISM IN LEGAL
THEORY

instituciones y procesos plurales y superpuestos, haga posible y canalice la reapropiación y la reinterpretación de los principios normativos desde una pluralidad de posiciones.

V. CONCLUSIONES

El concepto de derecho transnacional es un concepto ambiguo pero necesario para dar cuenta de cómo el derecho está evolucionando en nuestros días. Supone la superación de la dicotomía monismo/dualismo que había servido de base para la conceptualización de las relaciones entre los derechos nacionales y el derecho internacional. Una teoría del derecho transnacional permite plantear el reto que supone afrontar jurídicamente fenómenos que traspasan las fronteras estatales, superando los modelos jerarquizados de ordenación. Supone, además, la concurrencia de pretensiones de autoridad no exclusivas y limitadas en un mismo espacio social. Lo transnacional no se refiere solo a lo global, lo internacional o lo supranacional, sino a la interdependencia de esos ámbitos con lo local. Una teoría jurídica transnacional supone, por último, un cambio de enfoque que amplía el ámbito de lo jurídico no solo desde premisas empíricas y metodológicas, sino también normativas. La transnacionalización jurídica se está produciendo en una pluralidad de procesos descentralizados de cooperación e interpenetración de fenómenos jurídicos que desmienten los modelos teórico-jurídicos centrados en el Estado. En su dimensión normativa, este cambio debería orientarse a elaborar modelos justos de integración de la diversidad normativa, capaces de lograr la inclusión de todos los individuos en órdenes jurídicos estables y legitimados.

El hilo que da alguna coherencia al conjunto de ideas contenidas en este trabajo es una propuesta de interpretación de la continuidad de la transnacionalidad jurídica como conversación continua para la superación de la fragmentación. Ello supone la posibilidad de procesos y acuerdos que permitan salvar la distancia entre las perspectivas de diferentes comunidades o sujetos jurídicos. Abordar esta tarea supone analizar algunos conceptos básicos. Me he referido brevemente a cuatro de los que considero esenciales: grupo social, relaciones entre órdenes, coerción y normas. El concepto de *grupo social o comunidad* es central para comprender la realidad jurídica contemporánea, en la medida en que permite dar cuenta de la complejidad de relaciones y ordenaciones que fluyen al margen del Estado. Los conceptos que tratan de ordenar las *relaciones entre órdenes* son esenciales para la idea de un derecho transnacional. En la idea de interlegalidad se acomodan fenómenos plurales, de los que se puede dar cuenta en torno a los conceptos de difusión, integración y aplicabilidad de normas externas. El concepto alude, en general, a la necesidad de plantear la teoría jurídica desde una lógica polivalente conforme a la cual cada agente

jurídico se plantee críticamente el contenido del derecho desde otros órdenes y perspectivas y, de esta forma, avance hacia formas jurídicas más inclusivas. No creo que el papel que en esa integración pueden desempeñar instrumentos normativos no *coercitivos* —de los que se viene dando cuenta en términos de persuasión, compromiso, autoridad influyente, amenaza de exclusión, etcétera— pueda dar por superado el concepto del derecho como fuerza. Lo que se requiere, más bien, es analizar las formas complejas en que cada tipo de norma o sistema se relaciona con el uso de la coerción, la cual, en gran medida, sigue siendo monopolio de los Estados. El tratamiento teórico del derecho transnacional reclama, por último, un planteamiento de los tipos de normas jurídicas cuya importancia cuantitativa y cualitativa se ha visto profundamente alterada en las actuales circunstancias sociales.

El eterno debate sobre el concepto de lo jurídico adquiere nueva dimensión y sentido cuando se replantea en el ámbito transnacional. He tratado de mostrar lo que algunas concepciones centrales del derecho pueden aportar al intento de comprender y evaluar el derecho de nuestros días. Considero que lo que tienen en común el positivismo jurídico, la teoría socio-jurídica y el realismo jurídico puede ser una aproximación adecuada para abordar la revisión de nuestra disciplina: la consideración del derecho como hecho social, el cual no puede comprenderse al margen de la evolución de la realidad y la práctica social; los límites de nuestras generalizaciones; la relevancia del punto de vista externo para comprender, en su integridad, la diversidad; y la necesidad de traducir la transnacionalidad en una actitud o perspectiva de los operadores jurídicos. La teoría constitucionalista introduce el elemento normativo que debe incorporar una teoría del derecho transnacional. No creo que pueda pensarse en una teoría tal al margen de una teoría de la justicia global. Ello no es así ni siquiera desde posiciones positivistas o sociológicas que derivan, en gran parte, de preocupaciones morales, en la línea del positivismo benthamita, que, como afirma Twining, «distinguía el “ser” del “deber ser” en favor del deber ser —con el fin de criticar y construir» (Twining, 2009, p. 126). Sin embargo, tampoco creo que una teoría de la justicia global suponga necesariamente la constitucionalización del orden global. Desde mi punto de vista, las exigencias normativas derivadas de un modelo global de justicia implican la prioridad política de la conversación desde contextos plurales para tratar de definir juntos la universalidad (Turégano, 2016). La teorización del derecho más allá del Estado no se puede limitar a analizar y evaluar la progresiva institucionalización de instrumentos de garantía de derechos reconocidos en textos internacionales, sino que también debe analizar y evaluar críticamente los instrumentos, las prácticas y los mecanismos procesales para la producción, la interpretación y la transformación de las normas jurídicas desde contextos plurales comunicados y flexibles.

259

DERECHO
TRANSNACIONAL
O LA NECESIDAD
DE SUPERAR EL
MONISMO Y EL
DUALISMO EN LA
TEORÍA JURÍDICA

TRANSNATIONAL
LAW OR THE NEED
TO OVERCOME
MONISM AND
DUALISM IN LEGAL
THEORY

REFERENCIAS

- Atienza, M. (2010). Constitucionalismo, globalización y derecho. En M. Carbonell y L. García Jaramillo (coords.), *El canon neoconstitucional* (pp. 264-284). Madrid: Trotta.
- Barber, N.W. (2006). Legal Pluralism and the European Union. *European Law Journal*, 12, 306-329. doi: 10.1111/j.1468-0386.2006.00319.x
- Barberis, M. (2008). *Europa del diritto. Sull'identità giuridica europea*. Bolonia: Il Mulino.
- Bayón, J.C. (2007). Ciudadanía, soberanía y democracia en el proceso de integración europea. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 24, 111-137.
- Beck, U. & Grande, E. (2006). *La Europa cosmopolita. Sociedad y política en la segunda modernidad*. Barcelona: Paidós.
- Bengoetxea, J. (2015a) Diálogos judiciales e interdisciplinarios en el derecho europeo. *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio-Legal Studies*, 7(1), 160-183. Recuperado de <http://opo.iisj.net/index.php/sortuz/article/viewFile/664/696>
- Bengoetxea, J. (2015b). *Neil MacCormick y la razón práctica institucional*. Lima: Grijley
- Benhabib, S. (2006). *Another Cosmopolitanism*. Oxford: Oxford University Press.
- Berman, P.S. (2005). From International Law to Law and Globalization. *Columbia Journal of Transitional Law*, 43, 485-556.
- Berman, P.S. (2007). Global Legal Pluralism. *Southern California Law Review*, 80, 1155-1237.
- Besson, S. (2011). How to Theorise Law in a Transnational Context. *Transnational Legal Theory*, 2(4), 573-579. doi: 10.5235/TLT2.4.573
- Besson, S. & Tasioulas, J. (2010). Introduction. En S. Besson y J. Tasioulas (eds.), *The Philosophy of International Law* (pp. 1-27). Oxford: Oxford University Press.
- Bickerton, C., Hodson, D. & Puetter, U. (2015). The New Intergovernmentalism: European Integration in the Post-Maastricht Era. *Journal of Common Market Studies*, 53(4), 703-722.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema.
- Calliess, G.-P. & Zumbasen, P. (2010). *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*. Oxford: Hart Publishing.
- Calvo, M. (2012). Transformaciones jurídicas y teoría del derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 28, 33-53.
- Cotterrell, R. (1995). *Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective*. Oxford: Oxford University Press.
- Cotterrell, R. (2006). *Law, Culture and Society. Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*. Hampshire: Ashgate.

Cotterrell, R. (2012). What is Transnational Law? *Law & Social Inquiry*, 37(2), 500–524. doi: 10.1111/j.1747-4469.2012.01306.x

Culver, K. & Giudice, M. (2010). *Legality's Borders. An Essay in General Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press. De Sousa Santos, Boaventura (1987). Law. A Map of Misreading: Toward a Post-Modern Conception of Law. *Journal of Law and Society*, 14(3), 279-302. doi: 10.2307/1410186

De Sousa Santos, Boaventura (2002). *Toward a New Legal Common Sense. Law, Globalization, and Emancipation*. 2da ed. Londres: Butterworths.

De Sousa Santos, Boaventura (2009). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*. Madrid: Trotta.

Della Cananea, G. (2014). Transnational Public Law in Europe. Beyond the *lex alius loci*. En M. Maduro, K. Tuori y S. Sankari, *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking* (pp. 321-345). Cambridge: Cambridge University Press.

Eriksen, E.O. (2005). Reflexive Integration in Europe. En E. Eriksen (ed.), *Making The European Polity. Reflexive integration in the EU* (pp. 9-29). Londres: Routledge.

Escudero, R. (2012). El concepto de *soft law*. En J.J. Moreso y J.L. Martí (eds.), *Contribuciones a la filosofía del derecho* (pp. 127-148). Madrid: Marcial Pons.

Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2011). *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta.

Ferrarese, M.R. (2014). Governance: a Soft Revolution with Hard Political and Legal Effects. *Soft Power*, 1 (1), 35-56. Recuperado de <http://www.softpowerjournal.com/web/wp-content/uploads/2014/09/articulo-3-governance.pdf>

Flores, I.B. (2016). Hacia un derecho «glocal» o «transnacional» y una jurisprudencia «glocal(izada)» o «transnacional(izada)»: repensar el derecho a la luz de la «globalización» o «gobernanza global». En J.M. Serna (ed.), *Gobernanza global y cambio estructural del sistema jurídico mexicano* (pp. 91-103). México: UNAM.

Glenn, H.P. (2004). *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*. 2da ed. Oxford: Oxford University Press.

Guastini, R. (2016). *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Habermas, J. (2008a). A Political Constitution for the Pluralist World Society. En J. Habermas, *Between Naturalism and Religion*. Cambridge: Polity.

Habermas, J. (2008b). The Constitutionalization of International Law and the Legitimation Problems of a Constitution for World Society. *Constellations*, 15(4), 444-455. doi: 10.1111/j.1467-8675.2008.00510.x

Habermas, J. (2013). Discourse Theory and International Law: An Interview with Jürgen Habermas. *European Society of International Law*. Recuperado de <http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/2013InterviewHabermas.pdf>

Hart, H.L.A. (1983). Kelsen's Doctrine of the Unity of Law. En H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.

Hart, H.L.A. (1990). *El concepto de derecho*. 2da ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Hathaway, O.A. y Shapiro, S.J. (2011). Outcasting: Enforcement in Domestic and International Law. *Faculty Scholarship Series (Yale Law School)*. Paper 3850, 252-349. Recuperado de http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4846&context=fss_papers

Itzcovich, G. (2012). Legal Order, Legal Pluralism, Fundamental Principles. Europe and Its Law in Three Concepts. *European Law Journal*, 18(3), 358-384. doi: 10.1111/j.1468-0386.2012.00604.x

Jessup, P.C. (1956). *Transnational Law*. New Haven: Yale University Press.

Kennedy, D. (2007). One, Two, Three, Many Legal Orders: Legal Pluralism and the Cosmopolitan Dream. *New York University Review of Law and Social Change*, 31, 641-659.

Koh, H.H. (1996). Transnational Legal Process. *Nebraska Law Review*, 75, 181-207.

Krisch, N. (2005). Europe's Constitutional Monstrosity. *Oxford Journal of Legal Studies*, 25, 321-334. doi: 10.1093/ojls/gqi016

Kumm, M. (2005). The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty. *European Law Journal*, 11(3), 262-307. doi: 10.1111/j.1468-0386.2005.00260.x

Laporta, F. (2014). Gobernanza y *soft law*: nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional. En A. Ruiz Miguel (ed.), *Entre Estado y Cosmopolis. Derecho y justicia en un mundo global* (pp. 41-82). Madrid: Trotta.

Leiter, B. (2007). *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.

Letsas, G. (2012). Harmonic Law: The Case against Pluralism. En J. Dickinson y P. Eleftheriadis (eds.), *Philosophical Foundations of European Union Law* (77-108). Oxford: Oxford University Press.

Llewellyn, K. (1940). The Normative, The Legal, and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method. *Yale Law Journal*, 49(8), 1355-1400. doi: 10.2307/792545

Losano, M.G. (2005). Derecho turbulento. En busca de nuevos paradigmas en las relaciones entre derechos nacionales y normativas supraestatales. *Doxa*, 28, 159-182.

MacCormick, N. (1999). *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*. Oxford: Oxford University Press.

MacCormick, N. (2007). *Institutions of Law*. Oxford: Oxford University Press.

MacCormick, N. & Weinberger, O. (1986). *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht: Reidel.

Maduro, L.M.P. (2003). Europe and the Constitution: What if this is as Good as it Gets? En M. Wind y J. Weiler (eds.), *European Constitutionalism Beyond the State* (pp. 74-102). Cambridge: Cambridge University Press.

Marcilla, G. (2005). Desregulación, Estado social y proceso de globalización. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 239-263. doi: 10.14198/DOXA2005.28.16

Menkel-Meadow, C. (2011). Why and How to Study Transnational Law. *University of California Irvine Law Review*, 1(1), 97-129.

Mercado, P. (2012). Experimentalismo democrático, nuevas formas de regulación y legitimación del Derecho. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 46, 37-68. Recuperado de <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/viewFile/483/570>

Merry, S.E. (1988). Legal Pluralism. *Law & Society Review*, 22(5), 869-896. doi: 10.2307/3053638

Michaels, R. (2005). The Re-Statement of Non-State Law: the State, Choice of Law, and the Challenge form Global Legal Pluralism. *Wayne Law Review*, 51, 1209-1259.

Moran, M. (2006). Inimical to Constitutional Values: Complex Migrations of Constitutional Rights. En S. Choudhry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas* (pp. 233-255). Cambridge: Cambridge University Press.

Nickel, R. (2015). Interlegalidad. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 8, 205-211

Ost, F. & van de Kerchove, M. (2002). *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruselas: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis.

Patterson, D. (2016). Transnational Lawmaking. En C. Brölmann y Y. Radi (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking* (56-65). Cheltenham: Edward Elgar.

Pintore, A. (1991). Law as Fact? MacCormick's Institutional Theory of Law: Between Legal Positivism and Sociological Jurisprudence. *International Journal for the Semiotics of Law*, 4(3), 233-253. doi: 10.1007/BF01099555

Raz, J. (1979). The Identity of Legal Systems. En J. Raz, *The Authority of Law* (pp. 78-102). Oxford: Oxford University Press.

Raz, J. (1980). *The Concept of a Legal System*. 2da ed. Oxford: Oxford University Press.

Ruiz, M. (2015). Sociedades multiculturales y sistemas jurídicos: intersecciones y confrontaciones. *Derechos y libertades*, 32, 79-105. doi: 10.14679/1003

Schauer, F. (2004/2005). On the Migration of Constitutional Ideas. *Connecticut Law Review*, 37, 907-919.

263

DERECHO
TRANSNACIONAL
O LA NECESIDAD
DE SUPERAR EL
MONISMO Y EL
DUALISMO EN LA
TEORÍA JURÍDICA
TRANSNACIONAL
LAW OR THE NEED
TO OVERCOME
MONISM AND
DUALISM IN LEGAL
THEORY

Schauer, F. (2005). The Social Construction of the Concept of Law: A Reply to Julie Dickson. *Oxford Journal of Legal Studies*, 25(3), 493-501. doi: 10.1093/ojls/gqi024

Schauer, F. (2015). *The Force of Law*. Cambridge: Harvard University Press.

Scott, C. (2009). 'Transnational Law' as Proto-Concept: Three Conceptions. *German Law Journal*, 10(7), 859-876. doi: 10.2139/ssrn.1488245

Scheppele, K.L. The Migration of Anti-Constitutional Ideas: the Post-9/11 Globalization of Public Law and the International State of Emergency. En S. Choudhry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas* (pp. 347-373). Cambridge: Cambridge University Press.

Shaffer, G. (2015). The New Legal Realist Approach to International Law. *Leiden Journal of International Law*, 28(2), 189-210. doi: 10.1017/S0922156515000035

Slaughter, A.M. (2001). Agencies on the Loose? Holding Government Networks Accountable. En G. Bermann, M. Herdegen y P. Lindseth (eds.), *Transatlantic Regulatory Cooperation, Legal Problems and Political Prospects* (pp. 521-546). Oxford: Oxford University Press.

Slaughter, A.M. (2003). Global Government Networks, Global Information Agencies, and Disaggregated Democracy. *Michigan Journal of International Law*, 24, 1041-1075.

Smits, J.M. (2014). Private Law in a Post-National Society: From *ex post* to *ex ante* Governance. En M. Maduro, K. Tuori y S. Sankari (eds.), *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking* (pp. 307-320). Cambridge: Cambridge University Press.

Tamanaha, B. (2001a). *A General Jurisprudence of Law and Society*. Oxford: Oxford University Press.

Tamanaha, B. (2001b). Socio-Legal Positivism and a General Jurisprudence. *Oxford Journal of Legal Studies*, 21(1), 1-32. doi: 10.1093/ojls/21.1.1

Tamanaha, B. (2008). Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global. *Sydney Law Review*, 30, 375-411.

Trujillo, I. (2016). Coercion and non-state law. *Società e diritti*, 1, 11-30. Recuperado de: <https://riviste.unimi.it/index.php/SED/search/authors/view?firstName=Isabel&middleName=&lastName=Trujillo&affiliation=&country=>

Tuori, K. (2014). Transnational Law. On Legal Hybrids and Perspectivism. En M. Maduro, K. Tuori y S. Sankari (eds.), *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking* (pp. 11-57). Cambridge: Cambridge University Press.

Turégano, I. (2013). Soberanía. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 4, 154-162.

Turégano, I. (2016). Distinguiendo los fundamentos de las responsabilidades globales: la prioridad de la inclusión democrática. En F. Arcos (ed.), *La justicia y los derechos en un mundo globalizado* (pp. 15-47). Madrid: Dykinson.

Twining, W. (2001). A Cosmopolitan Discipline? Some Implications of «Globalisation» for Legal Education. *International Journal of the Legal Profession*, 8(1), 23-36. doi: 10.1080/14760400108522885

Twining, W. (2002). Cosmopolitan Legal Studies. *International Journal of the Legal Profession*, 9(2), 99-108. doi: 10.1080/0969595022000019256

Twining, W. (2009). *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press.

Von Benda-Beckmann, F. (2002). Who's Afraid of Legal Pluralism? *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 34, 37-82. doi: 10.1080/07329113.2002.10756563

Von Daniels, D. (2010). *The Concept of Law from a Transnational Perspective*. Surrey: Ashgate.

Waldron, J. (2008). No Barking: Legal Pluralism and the Contrast between Hart's Jurisprudence and Fuller's. *Colloquium: The Hart-Fuller Debate 50 Years On. Australian National University College of Law*. Recuperado de: <https://law.anu.edu.au/sites/all/files/waldron.pdf>

Walker, N. (2003). Postnational Constitutionalism and the Problems of Translation. En J.H. Weiler y M. Wind (eds.), *European Constitutionalism Beyond the State* (pp. 27-54). Cambridge: Cambridge University Press.

Walker, N. (2008). Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders. *International Journal of Constitutional Law*, 6(3/4), 373-396. doi: 10.1093/icon/mon016

Weiler, J.H. (2003). In defence of the Status Quo: Europe's Constitutional *Sonderweg*. En J.H. Weiler y M. Wind (eds.), *European Constitutionalism Beyond the State* (pp. 7-23). Cambridge: Cambridge University Press.

Young, I.M. (1990). *Justice and the Politics of Difference*. Princeton: Princeton University Press.

Zumbansen, P. (2013). Law and Legal Pluralism: Hybridity and Transnational Governance. En P. Kjaer, P. Jurcys y R. Yatsunami (eds.), *Regulatory Hybridization in the Transnational Sphere* (pp. 49-70). La Haya: Brill.

Recibido: 31/07/17
Aprobado: 02/10/17

265

DERECHO
TRANSNACIONAL
O LA NECESIDAD
DE SUPERAR EL
MONISMO Y EL
DUALISMO EN LA
TEORÍA JURÍDICA

TRANSNATIONAL
LAW OR THE NEED
TO OVERCOME
MONISM AND
DUALISM IN LEGAL
THEORY