

TAMANAHA, Brian (2017): *A Realistic Theory of Law* (Cambridge, Cambridge University Press) 202 pp.

El debate en la jurisprudencia analítica angloamericana contemporánea se ha centrado en la formulación de proposiciones conceptuales acerca de lo que el derecho es a partir de lo que han ofrecido teorías aparentemente rivales: iusnaturalismo y positivismo jurídico. A ello se agrega la participación, no exenta de controversia, del realismo jurídico. La preeminencia del debate por parte de estas teorías no implica que fuera de esas coordenadas —ahistóricas, desconectadas de una filosofía social fuerte y formalistas— no existan otras aproximaciones sobre la naturaleza del derecho en esa misma tradición. Ese es el gap que Tamanaha detecta y del que intenta hacerse cargo a través de un enfoque que denomina *realistic theory of law*. Esta perspectiva hunde raíces en un entendimiento amplio de la jurisprudencia histórica y sociológica además de la adopción de la filosofía pragmatista con el fin de ofrecer un revival de la teoría socio-jurídica.

Metodológicamente, el texto utiliza fuentes teórico-jurídicas tanto de la tradición del *common law* como del derecho continental. Ejemplos de la primera es el rescate de la teoría jurídica de Adam Smith y la utilización bibliográfica de los realistas jurídicos estadounidenses de inicios del siglo XX. Expresiones de la segunda son los elementos teóricos que adopta de autores germanoparlantes tales como Jhering y Ehrlich. A su vez, la filosofía que subyace al entendimiento que Tamanaha tiene del fenómeno jurídico es el pragmatismo estadounidense de autores como Dewey y Peirce. Para esta tradición filosófica, el conocimiento del mundo es inseparable de la agencia de un sujeto dentro de aquél. Así, un agente podría observar empíricamente la existencia jurídica como una continua evolución social a través de las consecuencias intencionales e involuntarias de sus acciones. Bajo dichas circunstancias, el forjar instituciones como el derecho conlleva asumirlo en concreto en la medida que posee contexto e historia.

Se colige que constituye una asunción de Tamanaha su adhesión a un constructivismo epistemológico escéptico de esencialismos y objetivismos. Esto sería así porque la cognoscibilidad de lo jurídico es posible en tanto fenómeno histórico socialmente construido a través de acciones humanas significativas. Esto implica una constante transformación del derecho en la medida que se desarrolla interactivamente en el tejido social durante el transcurso del tiempo —cuestión que pese a sonar como un truismo, parece haberse extraviado tanto del iusnaturalismo como del iuspositivismo. Retoma la senda de autores como Weber y Montesquieu quienes, con matices, adhirieron a un enfoque que se puede denominar holístico para entender y explicar lo jurídico. De ese modo, el derecho “asume diferentes formas y funciones en conexión con los niveles de complejidad social junto con los factores económicos, políticos [...] y culturales que lo rodean. Interconectado con la sociedad [...] debe ser aprehendido holísticamente [...] está enraizado en la historia de la sociedad y es continuamente rehecho en relación con factores sociales [...]” (p. 1).

El capítulo primero ofrece el rescate y reconstrucción de una tradición teórica abandonada: la jurisprudencia sociohistórica. Luego de presentar las teorías contemporáneas del derecho dominantes, a continuación identifica algunos de los varios defectos aquéllas. Enseguida, ofrece razones sobre por qué el enfoque sociohistórico tiene mérito teórico

suficiente para suplir el gap entre iusnaturalismo e iuspositivismo. Aquí, la referencia a la jurisprudencia histórica parece utilizarse en sentido laxo e involucraría tradiciones tan disímiles como incompatibles. Estos irían, indistintamente, desde la Escuela Histórica alemana, la jurisprudencia histórica de Maine, junto con el análisis histórico de autores como Pollock y Maitland. Por otra parte, admite que su contribución es más bien una perspectiva que permite observar y describir la realidad del fenómeno jurídico antes que una teoría del derecho propiamente tal. De hecho, la así llamada “teoría realística” no sería sino el regreso a la perspectiva sociohistórica, la cual, ya desde el Mino (que se atribuye a Platón, aunque disputado), era reconocida como uno de los tres discursos sobre la naturaleza del derecho.

El capítulo segundo se titula sugerentemente “¿Qué es el derecho?”. Sostiene que, pese a los múltiples intentos por responder a la pregunta fundamental de la filosofía del derecho, aún no contamos con una respuesta satisfactoria. Sugiere escépticamente que quizá no hay solución alguna. De hecho, precisamente el carácter controversial del concepto podría ser la fuente del estancamiento. Ello sería así porque la complejidad y diversidad sociohistórica de la realidad de los fenómenos jurídicos hacen imposible su singularización definicional. Luego, formula una acabada crítica a ciertas prácticas metodológicas de las teorías analíticas; agrega que en general los conceptos del derecho que han ofrecido suelen basarse en intuiciones y constan de varias combinaciones del dualismo forma y función. Estos esquemas conceptuales inevitablemente conllevan a dos problemas en dichas teorías: infrainclusividad y sobreinclusividad. Ello conduciría a los autores, por una parte, a excluir fenómenos que podrían calificarse como jurídicos; por la otra, a elaborar conceptos tan amplios que hacen indistinguible el derecho de otras normatividades.

El capítulo tercero discute ciertas tendencias metodológicas de las teorías jurídicas *mainstream*. Adoptando un antifundacionalismo fuerte, examina afirmaciones sobre la existencia de supuestas verdades conceptuales universales sobre el derecho respecto de lo cual habría convergencia entre positivistas y no-positivistas. La queja consiste en cuestionar la razón por la cual el arquetipo paradigmático del derecho que se asume de conformidad con la experiencia y razón anglo-eurocéntrica debería ser *el* modelo del derecho en general. Afirma que instituciones sociales como el derecho varían y se desarrollan progresivamente durante la historia en diferentes grupos sociales y contextos. Del mismo modo, critica la forma como distintos juristas han identificado “las propiedades esenciales del derecho” exclusivamente con el derecho estatal. Ante ello, ofrece su propia no-definición del derecho para tratar de eludir el problema de la identificación convencional: “*law is whatever people identify and treat through their social practices as ‘law’*” (p. 73, 194).

El capítulo cuarto presenta un ejercicio de reconstrucción antropológica y genealógica que da soporte empírico a la crítica planteada en el capítulo anterior. Aquí se sientan las bases para el enfoque realístico. Describe distintas expresiones y funciones de lo que se ha reconocido como derecho a lo largo de la historia en diferentes organizaciones sociales (desde sociedades de cazadores-recolectores hasta la forma-estado moderna). El propósito es probar la insuficiencia de la jurisprudencia analítica para explicar los distintos casos que se mencionan. Sugiere que el derecho tendría un carácter mudable que haría imposible su determinación del modo en que lo ha hecho la teoría tradicional. Indica que el derecho posee una continuidad histórica reconocible, donde los cambios vienen dados como consecuen-

cias del progresivo incremento de la complejidad social. El conjunto de relaciones sociales y culturales donde interactúan las viejas formas con las nuevas “da lugar a una multiplicidad de formas jurídicas históricamente arraigadas que coexisten hoy en día” (p. 10).

El capítulo quinto traslada al lector al análisis del derecho en las organizaciones pertenecientes a sociedades complejas en el capitalismo avanzado. Sostiene que las teorías como la de Hart y Fuller, al presentar el derecho moderno como un sistema de reglas que organizan una sociedad, son incapaces de dar cuenta de la multiplicidad de formas en las que se puede expresar lo jurídico más allá del paradigma sistemático del derecho-como-reglas y la unidad del derecho estadocéntrico. Guía el análisis la distinción entre dos orientaciones que tendría el derecho en estas sociedades las cuales interactúan entre sí: i) reglas de fondo que norman las relaciones sociales, que poseerían una continuidad histórica visible ya en sociedades primitivas; ii) usos políticos instrumentales para la consecución de objetivos gubernamentales, cuya consolidación vino dada con el advenimiento del estado administrativo moderno. Señala que la combinación de estas orientaciones ha creado “una fábrica jurídica” (p. 139-142), que insinúa, aunque no lo desarrolla, lo que podría calificarse como una forma de reificación de la normatividad jurídica.

Al igual que otras obras generales sobre el derecho, el capítulo sexto trata la teoría del derecho internacional (DI). Traza su origen y desarrollo como un producto sociohistórico contextualmente europeo derivado de la tradición jurídica cristiana que posteriormente se extendió mediante un uso instrumental impulsado por el imperialismo de las potencias occidentales. Efectúa distinciones conceptuales y analíticas respecto de ciertas derivaciones del DI acaecidas en el siglo XXI: derecho administrativo global, derecho económico internacional y pluralismo jurídico global. Igualmente, sostiene que derecho nacional y DI no son sistemas separados ni categorías paralelas. Contra Hart y Kelsen, afirma que el DI constituye una tradición jurídica específica en tanto complejo de doctrinas e instituciones que operan dentro y fuera del derecho estatal (p. 193). En suma, el DI sería un orden normativo de carácter jurídico que, dentro de la pluralidad normativa, competiría con otras normatividades.

A lo largo del libro, la provocación es dirigida principalmente al iuspositivismo. De ese modo, autores como Hart, Raz o Shapiro son escrutados ampliamente, aunque no queda inmune el no-positivismo de Fuller o Finnis. Con todo, no desconoce ni reduce la contribución de dichos autores al debate. Al contrario, lo que pretende es, mediante la integración de los aportes antropológicos, sociológicos e históricos, expandir el alcance de la jurisprudencia analítica a nuevos fenómenos, aun tímidamente investigados, y que han sido evidenciados por la teoría del pluralismo jurídico. En efecto, reconoce que comparte el arsenal teórico que ofrece Hart en *The Concept of Law*, en especial, la idea del reconocimiento convencional del derecho como prácticas sociales. Empero, considera que el enfoque sociohistórico y pluralista que ofrece su teoría realística entrega la posibilidad de explicar la heterogeneidad de normatividades jurídicas estatales y no-estatales que Hart desconsideró en su momento y contexto (pp. 149, 150).

Como comentario general cabe decir que, aun cuando el autor se esfuerza por criticar el fundacionalismo de gran parte de las teorías dominantes, en varios pasajes del texto parece incurrir también en una forma de esencialismo. Esto es así porque insinúa que la

propiedad definitoria del derecho es su mutabilidad socialmente forjada y continuamente transformada. Por otra parte, como ya se ve venir, inmediatamente emerge la duda respecto al alcance del escepticismo sobre los alegatos universalistas: aplicaría a todos salvo a quien emite la crítica. Ello podría constituir un ejercicio de autorefutación o, a lo menos, una contradicción, pues la objeción no se condice con el propio discurso de quien enarbola el antifundacionalismo.

El libro presenta un enfoque novedoso elaborado desde y contra una tradición que desde Hart no muestra grandes sobresaltos ni variaciones pero que ha ejercido notoria supremacía en el debate. La nota distintiva es la lograda combinación de fuentes basadas tanto en teoría social como en antecedentes históricos para ofrecer una comprensión más completa del derecho. Demuestra que la jurisprudencia analítica también puede hacerse cargo de la relevancia de las relaciones sociales y el desenvolvimiento histórico sin renunciar a su pretensión de claridad conceptual ni abandonando sus presupuestos epistémicos.

EDUARDO CHIA
Goethe-Universität Frankfurt am Main