

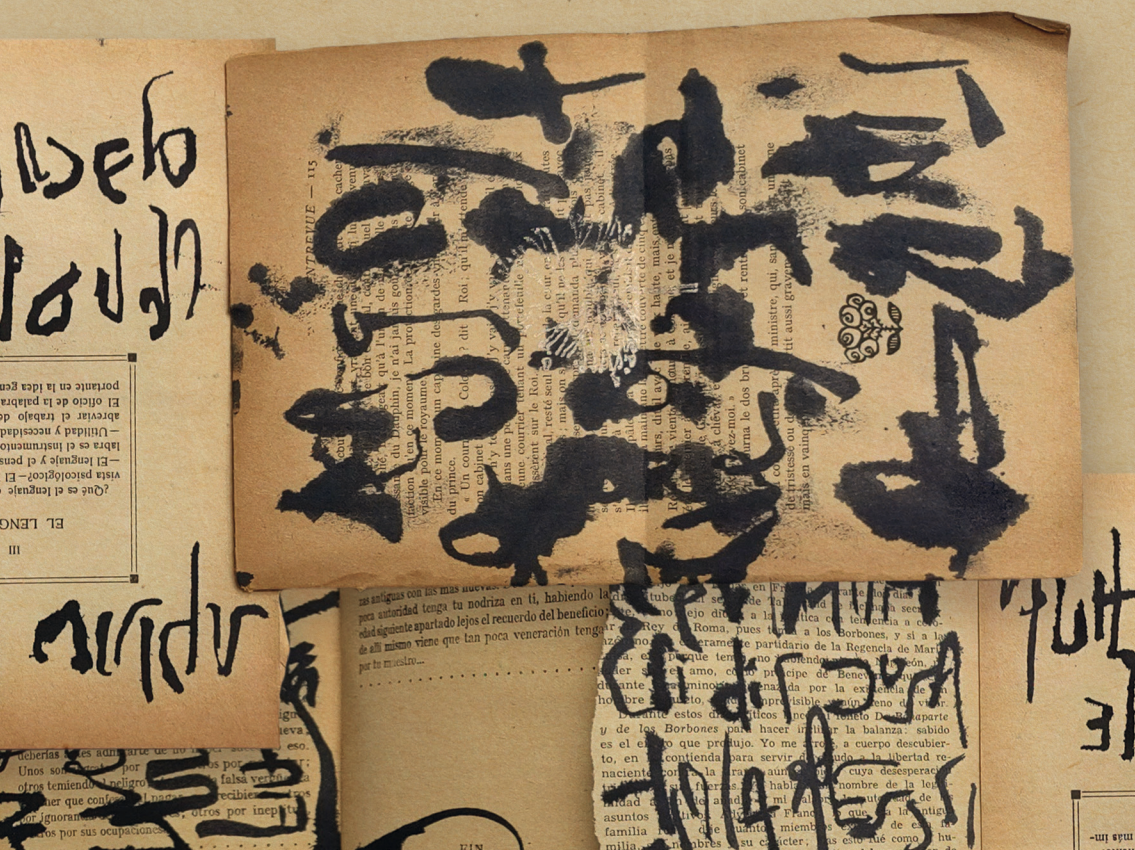
DERECHO COMPARADO

MATERIALES MODERNOS Y POSMODERNOS

DANIEL BONILLA MALDONADO

RALF MICHAELS

(EDICIÓN ACADÉMICA)



DERECHO COMPARADO

MATERIALES MODERNOS
Y POSMODERNOS

COMITÉ EDITORIAL

Carolina Moreno Velásquez,
Facultad de Derecho,
Universidad de los Andes
(directora de la colección)

Diana Quintero Mosquera,
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales,
Universidad ICESI

Esteban Hoyos Ceballos,
Escuela de Derecho, Universidad EAFIT

Jorge González Jácome,
Facultad de Derecho,
Universidad de los Andes

Lina Fernanda Buchely Ibarra,
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales,
Universidad ICESI

María Carolina Olarte Olarte,
Facultad de Derecho,
Universidad de los Andes

Norberto Hernández Jiménez,
Facultad de Derecho,
Pontificia Universidad Javeriana

DERECHO COMPARADO

MATERIALES MODERNOS Y POSMODERNOS

**Daniel Bonilla Maldonado
Ralf Michaels**

(edición académica)

Traducción de Carlos Francisco Morales de Setién Ravina

Nombres: Bonilla Maldonado, Daniel Eduardo, autor; edición académica. | Michaels, Ralf, autor; edición académica. | Morales de Setién Ravina, Carlos Francisco, traductor.

Título: Derecho comparado : materiales modernos y posmodernos / Daniel Bonilla Maldonado, Ralf Michaels (edición académica) ; traducción de Carlos Francisco Morales de Setién Ravina

Descripción: Bogotá : Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2023. | 381 páginas ; 15 x 24 cm.

Identificadores: ISBN 9789587985498 (rústica) | 9789587985504 (e-book) | 9789587985511 (e-pub)

Materias: Derecho comparado

Clasificación: CDD 340.2-dc23

SBLUA

Primera edición: octubre del 2023

© Daniel Bonilla Maldonado y Ralf Michaels (editores académicos)

© Carlos Francisco Morales de Setién Ravina, por la traducción

© Pierre Legrand, Ran Hirschl, Alan Watson, William Twining, Günter Frankenberg, Pier Giuseppe Monateri, Teemu Ruskola

© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes

Carrera 1.ª n.º 18A-12, bloque Tm

Bogotá, D. C., Colombia

Teléfono: 601 3394949, ext. 2133

<http://ediciones.uniandes.edu.co>

infeduni@uniandes.edu.co

ISBN: 978-958-798-549-8

ISBN e-book: 978-958-798-550-4

ISBN e-pub: 978-958-798-551-1

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.714>

Corrección de estilo: Tatiana Grosch

Diagramación interior: Samantha Sabogal

Diagramación de cubierta: Angélica Ramos

Imagen de cubierta: Natalia Mendieta, "Palabras intangibles" (serie), tinta sobre papel, "El Retorno de una Biblioteca (o la reunión de varias)", LIA Faro, octubre del 2022. Colectivo: Uno, dos o más de dos, Catalina Ortiz, Marcela Medina, Natalia Mendieta

Impresión:

Nomos Impresores

Diagonal 18 Bis n.º 41-17

Teléfono: 601 2086500

Bogotá, D. C., Colombia

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación. Reconocimiento como universidad:

Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964. Reconocimiento de personería jurídica:

Resolución 28 del 23 de febrero de 1949, Minjusticia. Acreditación institucional de alta calidad, 10 años:

Resolución 582 del 9 de enero del 2015, Mineducación.

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	
UN MAPA DE LOS PROBLEMAS CENTRALES DE LA DISCIPLINA	9
Ralf Michaels	
Daniel Bonilla Maldonado	

PARTE I **CONCEPTOS, FINES Y MÉTODOS**

EL MÉTODO FUNCIONALISTA DEL DERECHO COMPARADO	53
Ralf Michaels	
EL DERECHO EXTRANJERO COMO ESTRATEGIA DE AUTODEFINICIÓN DE LA IDENTIDAD DEL JURISTA O <i>SELF-FASHIONING</i>	113
Pierre Legrand	
SOBRE LA MATRIZ METODOLÓGICA DIFUSA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO	169
Ran Hirschl	

PARTE II **LA CIRCULACIÓN DE CONOCIMIENTO JURÍDICO: LOS TRASPLANTES JURÍDICOS**

INTRODUCCIÓN A LOS TRASPLANTES JURÍDICOS	201
Alan Watson	
LAS VIRTUDES DEL DERECHO COMPARADO	213
Alan Watson	

LA IMPOSIBILIDAD DE LOS “TRASPLANTES JURÍDICOS” Pierre Legrand	221
LA DIFUSIÓN DEL DERECHO: UNA PERSPECTIVA GLOBAL William Twining	239
LAS TRANSFERENCIAS CONSTITUCIONALES: LA TEORÍA IKEA REVISADA Günter Frankenberg	275
 PARTE III MIRADAS INTERDISCIPLINARIAS Y CRÍTICAS	
“TODO EL MUNDO ESTÁ HABLANDO”: EL FUTURO DEL DERECHO COMPARADO Pier Giuseppe Monateri	299
ORIENTALISMO JURÍDICO Teemu Ruskola	321
SOBRE LOS AUTORES	383

Introducción

Un mapa de los problemas centrales de la disciplina*

Ralf Michaels
Daniel Bonilla Maldonado

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.715>.

El derecho comparado es una práctica común en los Estados latinoamericanos contemporáneos. Las cortes, los congresos, las administraciones, las firmas de abogados y los profesores de derecho de la región constantemente *hacen* derecho comparado. Este hacer se concreta de manera típica en alguna forma de trasplante jurídico. Las sentencias, las partes motivadas de las leyes, los fundamentos de los decretos, las justificaciones de los conceptos de las firmas de abogados o las investigaciones jurídicas a menudo incluyen secciones sobre derecho comparado que buscan contribuir a solucionar un problema social o jurídico específico por medio de la transferencia de conocimientos legales. Infortunadamente, en muchas ocasiones, estas secciones son solo un listado de reglas jurídicas de sistemas que se escogen azarosamente. No se justifica la elección de los ordenamientos jurídicos a los que pertenecen las reglas que se listan, no se explicita el fin del análisis comparado que se propone, ni se indica el método que se utilizará para examinar las reglas que se escogieron. De hecho, en muchas ocasiones, estos productos jurídicos (sentencias, leyes, decretos, conceptos, investigaciones) ni siquiera comparan las reglas de distintas jurisdicciones que dan forma a sus secciones sobre derecho comparado. El juez, el congresista, el administrador, el abogado practicante o el profesor de derecho no hacen un análisis que muestre las diferencias y semejanzas de las normas, las funciones que cumplen en los sistemas legales a los que pertenecen, la conexión que estas tienen con sus contextos culturales o su eficacia.

Estas formas de hacer derecho comparado, en suma, no se sustentan en un diseño de investigación sólido, no ofrecen un análisis comparativo o no presentan uno que sea suficientemente rico y complejo. La práctica del derecho comparado, en este tipo de ejercicio, está separada de la teoría del derecho comparado. En esta forma de hacer derecho comparado, que está ampliamente extendida tanto en el Norte Global como en el Sur Global, las razones que justifican el análisis comparativo se asumen como evidentes, solucionar problemas sociales comunes, y el método como obvio,

encontrar diferencias y semejanzas entre reglas jurídicas. El marco teórico y las metodologías se interpretan como no problemáticos o como un asunto menor frente a la importancia de hacer derecho comparado para enfrentar los problemas sociales o jurídicos que afectan a la región. Las razones que explican este divorcio entre la teoría, el método y la práctica del derecho comparado son de diverso tipo. Por un lado, la muy amplia y variada literatura transnacional sobre la teoría y el método del derecho comparado no circula con la fluidez y la eficiencia con que debería hacerlo dentro de los círculos jurídicos no especializados. Por el otro lado, la teoría y el método del derecho comparado no ocupan un espacio muy amplio dentro de los currículos de las facultades de derecho o dentro de los debates teórico-metodológicos que inquietan a sus profesores. Finalmente, una parte importante de la literatura sobre la teoría y el método del derecho comparado se producen en inglés y se publica en revistas o editoriales norteamericanas o europeas, lo que dificulta su acceso en comunidades jurídicas en las que el uso de esta lengua no está extendido o en las que el acceso a las bases de datos electrónicas tiene que sobrepasar múltiples obstáculos, principalmente de orden financiero.

Este libro tiene como objetivo contribuir a cerrar la brecha entre el hacer y el teorizar sobre el derecho comparado en América Latina. El libro se divide en tres partes: (1) conceptos, fines y métodos, (2) trasplantes jurídicos y (3) perspectivas críticas. Cada una de estas secciones reúne textos alrededor de los cuales han girado los debates de las comparatistas sobre estos problemas clave de la disciplina o que desde nuestra perspectiva resultan útiles para comprenderlos. Estos escritos, además, no están disponibles en español o sus traducciones no son de fácil acceso para una buena parte de la audiencia latinoamericana. La primera parte reúne artículos de Ralf Michaels sobre el funcionalismo, Pierre Legrand sobre el expresivismo y Ran Hirschl sobre los métodos de la disciplina. La segunda parte recoge textos de Alan Watson, Pierre Legrand, William Twining y Günter Frankenberg que han sido importantes en la discusión sobre los trasplantes jurídicos. En la tercera parte se publica un texto de P. A. Monateri y uno de Teemu Ruskola que iluminan algunos de los problemas centrales que le preocupan al derecho comparado crítico.

En lo que queda de esta introducción, y con el objetivo de poner en contexto las traducciones de los nueve artículos que componen este libro, presentaremos un mapa de los principales problemas y debates alrededor de los cuales se estructuran cada una de sus secciones. Para cumplir con este fin, la introducción está dividida en tres partes. En la primera parte, que estuvo a cargo de Michaels, examinamos las principales discusiones relacionadas con los conceptos, fines y método tradicionales del derecho comparado; en la segunda, que también estuvo a cargo de Michaels, analizamos la estructura básica del debate en torno a los trasplantes jurídicos. En la tercera y última parte, que estuvo a cargo de Bonilla Maldonado,

exploramos las dimensiones crítica y normativa del derecho comparado crítico. En una introducción es imposible dar cuenta de todos los elementos que componen el mapa conceptual en el que se localizan los escritos que se reúnen en este volumen. No obstante, nuestra aspiración es que el lector pueda encontrar en este texto la estructura básica de estos debates y que pueda luego profundizar en sus contenidos con la lectura de los artículos que se publican en el libro y, ojalá, con la lectura de la bibliografía que ellos referencian.

Enfoques tradicionales del derecho comparado

Se ha vertido mucha tinta en discusiones sobre qué es el derecho comparado y cuáles son sus usos¹. Estos asuntos tienen un valor analítico limitado. No sirve de mucho prescribir, de antemano, lo que puede y no puede contar como derecho comparado, o definir cuáles son sus posibles usos. Lo que resulta valioso es, por el contrario, observar lo que se hace realmente bajo el rótulo de derecho comparado, y qué usos se le da y se le ha dado realmente, en el pasado y en el presente. Esto puede permitir que la disciplina del derecho comparado se entienda no como una empresa teórica abstracta e independiente, sino como una praxis concreta que se desarrolla a lo largo del tiempo y en estrecha interrelación con las circunstancias políticas, económicas y sociales de su época. Para esto, es útil recordar desde el principio que el derecho comparado como disciplina, tal y como se entiende no solo en el Norte Global sino también en otras partes del mundo, fue, hasta finales del siglo xx, una disciplina completamente eurocéntrica y, en sentido amplio, moderna —William Twining habla, en broma, de la tradición “Country and Western”²—. Esto no quiere decir en absoluto que no existiera el derecho comparado antes de la modernidad³. Tampoco debe entenderse que no haya habido siempre derecho comparado en (y entre) culturas y tradiciones jurídicas no europeas⁴. Más bien, esos enfoques y tradiciones premodernos y no europeos fueron

- 1 Véase, para resúmenes recientes, Mathias Reimann, “Comparative Law - An Overview of the Discipline”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. II cap. 4 (2019), pp. 3 y ss., 158 y ss.; Uwe Kischel, *Comparative Law* (Oxford: Oxford University Press, 2019), pp. 1 y ss., 45 y ss.
- 2 William Twining, “Comparative Law and Legal Theory: The Country and Western Tradition”, en Ian Edge (ed.), *Comparative Law in Global Perspective* (Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff, 2001), pp. 21 y ss.
- 3 Charles Donahue, “Comparative Law Before the Code Napoléon”, en Mathias Reimann y Reinhard Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford: Oxford University Press, 2019), pp. 3-28; Heinz Mohnhaupt, *Rechtsvergleichung als Erkenntnis-methode: Historische Perspektiven vom Spätmittelalter bis ins 19. Jahrhundert* (Fráncfort: Verlag Vittorio Klosterman, 2022).
- 4 Véase, por ejemplo, Lena Salaymeh, “‘Comparing’ Jewish and Islamic Legal Traditions: Entre la disciplinariedad y la jurisprudencia histórica crítica”, *Critical Analysis of Law* 2, n.º 1 (2015), pp. 153-172; Zhaoxing Liu y Jinyuan Su, “Comparative Law in China: Over 30 Years’ Development and Paradigm Shift in Research”, *The Chinese Journal of Comparative Law* 1, n.º 1 (2013), pp. 158, 159.

desplazados por una disciplina eurocéntrica con ambiciones universales. Cuando hablamos de derecho comparado desde aproximadamente la década que comienza en 1990 nos referimos, casi inevitablemente, a esa particular disciplina moderna y eurocéntrica. Es imposible entender o trascender las limitaciones y los prejuicios de la disciplina sin que tengamos esto en cuenta.

Una disciplina moderna y eurocéntrica aplicará, como es lógico, conceptos, objetivos y métodos modernos y eurocéntricos. Estos han cambiado a lo largo del tiempo, en sintonía con los conceptos cambiantes del derecho y de la ciencia en general, y con cambios en las constelaciones globales. Quizás no sea una generalización excesiva identificar tres paradigmas diferentes del derecho comparado: un paradigma culturalista, uno formalista y uno funcionalista. Estos paradigmas, si se les puede llamar así⁵, fueron prominentes en diferentes momentos, y su presentación aquí es, por tanto, más o menos secuencial. Empero, los paradigmas posteriores nunca sustituyeron a los anteriores y, de hecho, hoy en día todavía podemos ver que los tres coexisten o incluso se amalgaman, a menudo de manera irreflexiva.

El derecho comparado culturalista

Cuando el derecho comparado surgió como una disciplina europea moderna, hacia mediados del siglo XIX⁶, lo hizo dentro de una forma particular de comprender la sociedad y de una forma particular de comprender el derecho. La comprensión de la sociedad estaba profundamente imbricada con un concepto de cultura: las sociedades se caracterizaban por las diferentes culturas (homogéneas) que incluían y representaban, y las diferencias entre ellas eran esencialmente diferencias culturales. Esta comprensión de la cultura tenía paralelos en la lingüística comparada (posiblemente la primera disciplina comparativa moderna) y en los estudios comparados de las religiones, y tenía, no pocas veces, matices racistas. Esta concepción culturalista de la sociedad vino acompañada de una comprensión culturalista del derecho. El derecho de una sociedad se entendía como fruto de su cultura (o *Volksgeist*, por citar una influyente formulación alemana). Por supuesto, había legislación (aunque no, hasta muy tarde, en el ámbito del derecho privado). Pero dicha legislación se consideraba accidental; no representaba, ni podía sustituir, la profunda esencia cultural del derecho, que se consideraba que seguía siendo, en general, la misma a pesar de

5 A favor; Balázs Fekete, *Paradigms in Modern European Comparative Law - A History* (Oxford: Hart Publishing, 2021).

6 El siglo XIX se considera con frecuencia como el inicio del derecho comparado moderno. Para historias recientes véase, por ejemplo, Reimann, "Comparative Law - An Overview of the Discipline", *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. II cap. 4 (2020), pp. 28 y ss.

los cambios que el legislador pudiera hacer aquí o allá. Esta concepción culturalista del derecho era, por lo tanto, de naturaleza conservadora: el derecho podía cambiar, pero ese cambio tenía que ser, por necesidad, evolutivo y experimental, y cualquier intento de cambio radical, como ocurrió sobre todo con la codificación del derecho privado tras la Revolución francesa de 1789, estaba destinado a tener un éxito limitado. Además, esta concepción culturalista permitía tener en cuenta todas las tradiciones jurídicas del mundo. Las obras de derecho comparado de la época contienen frecuentes alusiones al derecho chino, al derecho indio, al derecho de los indígenas de las Américas, a pesar del escaso conocimiento y comprensión que a menudo se tenía de estos sistemas normativos o de las sociedades que los habían creado. Estos ordenamientos jurídicos esencialmente inmutables eran, claro, esencialmente diferentes entre sí. Diferentes sociedades tenían diferentes derechos, y todas ellas se desarrollarían dentro de las formas particulares que las caracterizaban. Como Montesquieu había expuesto en su obra *Del espíritu de las leyes*⁷, diferentes climas, diferentes geografías, diferentes hábitos crean derechos diferentes, y sería inútil intentar tratarlos a todos de la misma manera. El derecho como cultura era un concepto que enfatizaba en la diferencia esencializada. Estos derechos diferentes, al igual que las sociedades que los habían creado, estaban estratificados: estaba claro que los derechos europeos, basados en los principios cristianos, se encontraban en la cima de la pirámide, y que los derechos de otras sociedades eran de menor valor. Esta concepción esencialista de los diferentes ordenamientos jurídicos se combinaba a menudo con una comprensión evolutiva del derecho⁸. Se pensaba que todas las sociedades seguían trayectorias comparables hacia el progreso y la racionalidad, aunque estuvieran en etapas diferentes. Las sociedades europeas eran las más avanzadas en esta trayectoria; las demás sociedades se evaluaban en función de su retraso, y de si realmente se estaban desarrollando o tenían la posibilidad de hacerlo (recordemos la infame afirmación de Hegel de que África no tiene historia). Asimismo, las sociedades menos avanzadas podían beneficiarse de la ayuda benévola de los europeos en su camino hacia la modernización. Una de las muchas justificaciones de la colonización, la afirmación de que haría progresar a los colonizados, estaba relacionada con las reformas legales. A veces, esas reformas consistían en la introducción en la colonia de las normas jurídicas del colonizador: la modernización francesa de sus colonias se basaba a menudo en la imposición de leyes francesas en estos territorios. Otras veces, las reformas se hacían, supuestamente, a la medida de

7 Véase Robert Launay, "Montesquieu: El espectro del despotismo y los orígenes del derecho comparado", en Annelise Riles (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law* (Oxford: Hart Publishing, 2001), pp. 22-38.

8 Henry Sumner Maine, *Ancient Law* (Londres: John Murray, 1861).

las culturas extranjeras. Los británicos, que rechazaban la codificación del derecho en su país, desarrollaron activamente tales codificaciones para las colonias indias, asumiendo que los indios no eran lo suficientemente sofisticados para el derecho consuetudinario —un ejemplo de lo que Chatterjee llamó la “regla de la diferencia colonial” —⁹. A veces, la regla de la diferencia colonial sugería que la modernización de las leyes no europeas tenía que producirse en los términos de esas sociedades, lo que significaba, en un contexto colonial, que las diferencias jerárquicas persistirían. En la medida en que representan el racismo y el darwinismo del siglo XIX, estas ideas ya no se defienden. Sin embargo, todavía existen restos de estas en el derecho comparado contemporáneo. Así, la idea de que las distintas sociedades tienen un cierto “espíritu” innato que se refleja en sus derechos subyace, aunque en distinto grado, en los volúmenes de la serie *Espíritus del Derecho*, que incluye volúmenes sobre derecho no occidental escritos por autores occidentales¹⁰. También se pueden ver, con frecuencia, perspectivas que esencializan las diferencias que existen dentro de la llamada tradición jurídica occidental, especialmente entre el derecho civil continental y el derecho consuetudinario de Inglaterra y la comunidad de naciones (*Commonwealth*)¹¹. Estas diferencias reaparecieron con fuerza en el proyecto “Legal Origins”, en el que los economistas intentaron demostrar, basándose en pruebas empíricas relacionadas con la colonización, la superioridad inherente del derecho consuetudinario sobre el derecho civil, combinando así la esencialización cultural (del derecho consuetudinario y del derecho civil, respectivamente), por un lado, con la idea de que el derecho es un instrumento que hace infinitamente maleables a las culturas (en las colonias), por el otro¹². La idea de las “trayectorias de desarrollo” persiste en el concepto “países en desarrollo”. A veces, el derecho de esos países se considera un objeto inadecuado de comparación, porque, se dice, solo pueden compararse fructíferamente sistemas jurídicos que tengan el mismo nivel de desarrollo¹³. Asimismo, sigue existiendo la idea de que la transferencia del derecho del Norte Global puede, por sí misma, ayudar a los países en desarrollo a avanzar más rápidamente en su

9 Elizabeth Kolsky, “Codification and the Rule of Colonial Difference: Criminal Procedure in British India”, *Law and History Review* 23, n.º 3 (otoño, 2005), pp. 631-683.

10 John Owen Haley, *The Spirit of Japanese Law* (Athens y Londres: University of Georgia Press, 2006); Bernard G. Weiss, *The Spirit of Islamic Law* (Athens y Londres: University of Georgia Press, 2006); Geoffrey MacCormack, *The Spirit of Traditional Chinese Law* (Athens y Londres: University of Georgia Press, 2019).

11 Por ejemplo, Pierre Legrand, “European Legal Systems are Not Converging”, *The International and Comparative Law Quarterly* 45, n.º 1 (ene., 1996), pp. 52-81.

12 Edward L. Glaeser y Andrei Shleifer, “Legal Origins”, *The Quarterly Journal of Economics* 117, n.º 4 (2002), pp. 1193-1229. Los autores cambiaron posteriormente el derecho por la política como variable relevante: Rafael La Porta, Florencio López-de-Silanes y Andrei Shleifer, “The Economic Consequences of Legal Origins”, *Journal of Economic Literature* 46, n.º 2 (2008), pp. 285-332.

13 Véase la crítica desde una perspectiva africana en W. J. Kamba, “Comparative Law: A Theoretical Framework”, *The International and Comparative Law Quarterly* 23, n.º 3 (jul., 1974), pp. 485-519, 506 y ss.

camino hacia el progreso; el proyecto *Doing Business* del Banco Mundial es un ejemplo destacado de esta perspectiva¹⁴.

No siempre estuvo claro, ni está, lo que se entendía por cultura. A veces, cuando los académicos hablan de cultura, en realidad quieren decir valores¹⁵. Friedman habla de ideas, actitudes, suposiciones, expectativas y puntos de vista sobre el derecho; distingue la cultura jurídica interna (la de los actores jurídicos) de la cultura jurídica externa (el papel que tiene el derecho en la sociedad en general)¹⁶. Los críticos hablan en cambio de ideología¹⁷ o de conciencia jurídica¹⁸. Un término más legalista recoge muchos elementos intralegales, por ejemplo, los conceptos de derecho, las teorías de las fuentes jurídicas válidas, las metodologías del derecho, las teorías de la argumentación y de la legitimación y las ideologías básicas comunes¹⁹. Sin embargo, nuestra comprensión de la cultura ha madurado considerablemente. Cuando los enfoques culturalistas volvieron al derecho comparado en la segunda mitad del siglo xx, junto con lo que a veces se llama el “giro cultural”, y a menudo como reacción directa a los enfoques formalistas y funcionalistas, lo hicieron con una comprensión mucho más refinada de la cultura²⁰. Es posible yuxtaponer el concepto monista y esencialista de la cultura de antaño con un concepto pluralista y antiesencialista de la cultura²¹. Este concepto pluralista de la cultura la considera más como un proceso que como una esencia²². Este proceso permite, de hecho, la contestación interna. El derecho en sí mismo es visto como cultura, no como su consecuencia, ni como su causa. Además, no es inmutable: Sally Merry habla de un “repertorio de acciones, prácticas y creencias que son

14 Véase también Kenneth Dam, *The Law-Growth Nexus: The Rule of Law and Economic Development* (Washington D. C.: Brookings Institution Press, 2006).

15 Por ejemplo, Oscar Chase, “American Exceptionalism and Comparative Procedure”, *American Journal of Comparative Law* 50 (2002), pp. 277 y ss.; James Q. Whitman, “The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty”, *Yale Law Journal* 113 (2004), pp. 1151-1221.

16 Lawrence Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective* (Nueva York: Russell Sage Foundation, 1975).

17 Roger Cotterell, *Law's Community* (Oxford: Clarendon Press, 1997).

18 Susan S. Silbey, “Legal culture and cultures of legality”, en John R. Jall, Laura Grindstaff y Ming-Cheng Lo (eds.), *Handbook of Cultural Sociology* (Nueva York: Routledge, 2010), pp. 470-479.

19 Mark van Hoecke y Mark Warrington, “Legal Cultures, Legal Paradigms, and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law”, *International and Comparative Law Quarterly* 47 (1998), pp. 495, 514f.

20 Para una visión general véase David Nelken, “Comparative Legal Research and Legal Culture: Facts, Approaches and Values”, *Annual Review of Law and Social Science* 12 (2016), pp. 45-62; Roger Cotterell, “Comparative Law and Legal Culture”, en Mathias Reimann y Reinhard Zimmermann (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford: Oxford University Press, 2019), pp. 710-733.

21 Daniel Bonilla Maldonado, “El concepto de cultura y los estudios culturales del derecho”, *Una Revista de Derecho* 3 (2018).

22 Véase Annelise Riles, “A New Agenda for the Cultural Study of Law: Taking on the Technicalities”, *Buffalo Law Review* 53 (2005-2006), pp. 973-1033, y la crítica de Ko Hasegawa, “How Can Law Hold Hope in Cultural Complexity? - Critical Comments on Prof. Annelise Riles' View of Law and Culture” (2011), <https://ssrn.com/abstract=2472538>

relativamente flexibles y que están abiertas al cambio”²³. Esta perspectiva permite una comprensión más rica del derecho que la que permiten los enfoques formalistas: las normas e instituciones jurídicas pueden entenderse como insertadas en un complejo marco de relaciones sociales y, al mismo tiempo, como portadoras de valores y representantes de visiones del mundo. Este enfoque tiende a priorizar la diferencia sobre la igualdad²⁴, pero esa diferencia no se esencializa. Otro aspecto destacado por los nuevos enfoques culturalistas del derecho comparado se refiere a la posición de la comparatista misma. Ya no se la entiende como una observadora neutral que podría ser objetiva. En su lugar, la comparatista es vista como una participante de su propia cultura cuyo acceso a una cultura jurídica extranjera nunca podría ser el mismo que el que tiene una participante de esa cultura. Llevado al extremo, este enfoque “neorromántico”²⁵ haría imposible el derecho comparado, pero los comparatistas culturalistas no suelen ir tan lejos. Más bien, el comparatista, consciente de su propia posición, creará un significado que no es, de hecho no puede ser, similar al significado producido localmente, pero que no por eso deja de tener importancia. De este modo, el insuperable carácter local del derecho se mantiene y se trasciende al mismo tiempo. Basándose en la hermenéutica, los comparatistas culturalistas utilizan hoy en día el análisis literario para comprender el derecho extranjero²⁶. El derecho comparado se convierte en interpretación y traducción; la comprensión se convierte en el centro del proceso de comparación²⁷.

El derecho comparado formalista

La concepción culturalista y esencialista del derecho comparado se vio confrontada por la aparición del positivismo en el siglo XIX. Al girar hacia los hechos, y centrarse en ellos, las anteriores concepciones de la sociedad y el derecho que giraban en torno a las ideas cayeron en desgracia. El positivismo sociológico sustituyó las ideas culturalistas de la sociedad por comprensiones basadas en observaciones. El positivismo jurídico sustituyó el concepto del derecho como cultura e ideas por una comprensión del derecho como reglas e instituciones. Este énfasis en las reglas jurídicas se

23 Sally E. Merry, “¿Qué es la cultura jurídica?: An Anthropological Perspective”, *Journal of Comparative Law* 5 (2010), p. 40.

24 Pierre Legrand, “The Same and the Different”, en Pierre Legrand y Roderick Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), pp. 240-311.

25 James Q. Whitman, “The neo-Romantic turn”, en Pierre Legrand y Roderick Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), pp. 312-344.

26 Por ejemplo, Mitchell de S.-O.-L.E. Lasser, “The Question of Understanding”, en Pierre Legrand y Roderick Munday (eds.), *Traditions and Transitions* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), pp. 197-240.

27 Legrand, en este volumen.

concretó en la creación, en 1869 y en Francia, de la sociedad de “*législation comparée*”, que centraba su trabajo en la comparación de los productos del legislador: las normas jurídicas²⁸.

Este énfasis en las normas jurídicas permite un nivel de precisión mucho mayor con respecto a respuestas muy concretas a cuestiones específicas, lo que hoy llamamos microcomparación. La comparación de las normas jurídicas permite comparar sistemas legales con respecto a detalles minúsculos: la duración de la prescripción de un contrato de venta, los derechos específicos que tiene un acreedor hipotecario, etc. Asimismo, es posible determinar si la propiedad se transfiere como consecuencia directa de un contrato de venta o si se requiere la transferencia de la posesión, o si la responsabilidad del producto es estricta o depende de la negligencia. Esta mayor precisión en el plano de las normas tiene grandes costos. El primero es que el objeto de comparación, las normas formales, representa solo una parte muy pequeña y, se puede argumentar, en muchos aspectos relativamente insignificante del derecho y del lugar que este ocupa dentro de la sociedad. Las normas jurídicas se aíslan, parcial o totalmente, de la sociedad, y se les da prioridad. Este movimiento hacia las normas como objeto de estudio principal, incluso único, no se limitó al derecho comparado; también caracterizó a una perspectiva más general de los estudios jurídicos que se limitaba a la interpretación de dichas reglas, lo que se denominó en Francia la *école d'exégèse* (escuela exegética)²⁹. Esta perspectiva se fundamentaba en los principios de separación de poderes y de la prioridad del legislador. Al mismo tiempo, incluso para esta escuela comprometida con el textualismo, estaba claro que el proceso de interpretación (o exégesis) era crucial, que sin él las normas jurídicas daban relativamente poca información sobre el contenido del derecho. Lo que podía compararse, de este modo, era el derecho en los libros, pero no el derecho en acción, siguiendo la influyente formulación de Roscoe Pound. Esto, claro, genera otra consecuencia desafortunada. Mientras que el derecho comparado culturalista había encontrado un espacio, aunque jerárquicamente inferior, para las tradiciones de los derechos no escritos, la escuela formalista es incapaz de dar cuenta de ellos. La jerarquía, con el derecho europeo en la cima, se mantiene, aunque ahora se base en el derecho escrito, que se entiende como el nivel más alto de racionalidad (formal) al que puede aspirar el derecho. La jerarquía, además, genera un quiebre entre el

28 Véase Léon Aucoc, *Les études de législation comparée en France* (1889); Paul Goulé, “La société de législation comparée”, en *Recueil d'études l'honneur de E. Lambert* (1938), vol. 1, pp. 696 y ss.; Dominique Foussard, “Les fondateurs de la Société de législation compare”, en Bénédicte Fauvarque-Cosson (ed.), *Le droit compare au xxe siècle-enjeux et défis* (París: Société de Législation Comparée, 2015), pp. 51-68.

29 Julien Bonnet, *L'école de l'exégèse en droit civil* (París: E. de Boccard, 1924); véase también Philippe Rémy, “Eloge de l'exégèse”, *Droits* 1, n.º 8 (1985), 1985, p. 115; Marie-Claire Belleau, “The 'Juristes Inquiets': Legal classicism and Criticism in Early Twentieth Century France”, *Utah Law Review* 379 (1997), p. 379.

derecho escrito y el no escrito y desplaza este último fuera del ámbito del derecho comparado y hacia otros campos, por ejemplo, la etnología. En consecuencia, la comparación adecuada, que es comparación de normas, solo es posible entre los derechos (relativamente similares) de la llamada tradición civilista, es decir, los sistemas jurídicos europeos que se derivan en gran parte del derecho romano. La comparación con el derecho de las colonias o antiguas colonias europeas se perturba seriamente. Se limita al nivel superficial en el que dichas colonias adoptan codificaciones y leyes de estilo europeo, e ignora tanto el derecho local no escrito como las maneras en que las reglas formales de la metrópolis funcionan en sus nuevos entornos. El extraño resultado es que se presume que el derecho de las colonias tiene más similitudes con el de sus respectivos colonizadores que entre sí. La comparación con el derecho consuetudinario, finalmente, se hizo difícil, lo que creó un problema particular: era más complicado pensar que el derecho consuetudinario era inferior que pensar que el derecho de los países no europeos lo era. Hoy en día, esa comparación formalista, centrada en las normas, se encuentra en una curiosa situación. Metodológicamente, se rechaza de forma casi universal. El llamamiento a centrarse en el derecho en acción y no en el derecho en los libros se ha convertido en algo casi universal, aunque a menudo se preste poca atención a lo que significa realmente el derecho en acción y en qué se diferencia este de aquel. Todo el mundo está de acuerdo en que la cultura es importante, incluso si la cultura, para los formalistas, es a menudo poco más que un concepto omnicomprendido cuyos contenidos no se especifican. Alan Watson, el famoso investigador de los trasplantes legales, puede haber sido el último académico en defender, sin disculparse, un enfoque que tiene a las normas legales como objeto de comparación, basado en la convicción de que tales normas, al menos en el derecho privado, son relativamente autónomas con respecto a la sociedad, y que a pesar de este aislamiento (¿o a causa de él?) estas reglas merecían atención académica³⁰. Michael Bogdan, en su defensa de un enfoque centrado en las normas, adopta en gran medida una perspectiva funcionalista, no formalista³¹. A pesar de este rechazo en el ámbito teórico, en la práctica, la comparación formalista sigue siendo la manera más extendida de hacer derecho comparado entre los académicos del derecho. La gran mayoría de los trabajos académicos de derecho comparado se centra principalmente, a veces exclusivamente, en el contenido de las reglas y en su comparación. Este énfasis en las normas formales puede tener un valor limitado cuando el objetivo es la unificación jurídica, en la medida en que dicha unificación tiene que hacerse realidad mediante reglas. Pero en el derecho comparado, este enfoque formalista asigna una

30 Alan Watson, *Society and Legal Change* (Edimburgo: Scottish Academic Press, 1977).

31 Michael Bogdan, "On the value and method of rule-comparison in comparative law", en Heinz P. Mansel et al. (eds.), *Festschrift für Erik Jayme*, vol. II (Múnich: Sellier, 2004), pp. 1233-1242.

importancia excesiva a la mera existencia de las reglas, como si estas tuvieran una realidad material, independientemente de su aplicación. Se ha intentado defender un enfoque centrado en las normas y en las doctrinas en el derecho comparado apelando a un fundamento diferente: no porque las reglas representen el derecho de alguna manera objetiva, sino porque el énfasis en las reglas y las doctrinas hace parte de la práctica del derecho, del derecho como técnica. Una descripción del derecho como práctica debe tomar en serio las normas y la doctrina que hacen parte de ella³². Esto también permite que la comparatista se tome en serio el instrumentalismo de los abogados practicantes, la manera como usan el derecho, sin necesidad de que ella adopte esa perspectiva. Asimismo, permite comparar el énfasis (occidental) en las normas y en las doctrinas con otras tradiciones que pueden hacer énfasis en áreas diferentes del derecho.

El derecho comparado funcionalista

El tercer gran enfoque que se abordará en este texto es el funcionalismo, posiblemente el método dominante después de la Segunda Guerra Mundial, aunque más en la teoría que en la práctica. Articulado a principios del siglo xx, posiblemente por los problemas prácticos relacionados con la caracterización del derecho internacional privado³³, el método funcional se basa en un concepto del derecho diferente al que defienden los otros dos enfoques que se examinaron anteriormente. Las reglas jurídicas no se entienden como expresiones de la identidad cultural y los valores de una sociedad, ni como meras reglas formales sin conexión con la sociedad, sino como respuestas de la sociedad a problemas concretos. El método, tal y como fue desarrollado especialmente por Ernst Rabel y formalizado de forma destacada por Konrad Zweigert³⁴, se basaba en cierta medida en los enfoques sociológicos del funcionalismo, aunque las diferencias entre estas perspectivas (el funcionalismo sociológico y el funcionalismo jurídico) no deben subestimarse. Los comparatistas funcionalistas, a pesar de sus diferencias, coinciden en algunos elementos importantes³⁵: en primer lugar, el derecho comparado funcionalista no es doctrinal en la medida en que no se centra en las normas, sino en sus efectos, no en las estructuras y argumentos doctrinales, sino en las consecuencias que generan. Por lo tanto, el objeto de estudio del funcionalismo suelen ser las decisiones

32 Ralf Michaels y Annelise Riles, "Law as Technique", en Marie-Claire Foblets et al. (eds.), *Oxford Handbook of Law and Anthropology* (2022)

33 A este respecto, véase Ralf Michaels, "Internationales Privatrecht als Rechtsvergleichung - Die internationalprivatrechtlich-vergleichende Methode", en Nils Jansen y Sonja Meier (eds.), *Historical Comparative Law and Comparative Legal History* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2022), pp. 149-176.

34 Konrad Zweigert y Hein Kötz, *Introducción al derecho comparado* (México D.F.: Oxford University Press, 2002), cap. 4.

35 Michaels, en este volumen.

judiciales, que se entienden como respuestas a situaciones de la vida real. En consecuencia, lo que el funcionalismo compara son las respuestas judiciales que distintos sistemas jurídicos ofrecen para enfrentar situaciones similares. Ahora bien, aunque las respuestas a los problemas de la vida real pueden no estar en las decisiones judiciales, estas respuestas siguen siendo el objeto de estudio del funcionalismo. En segundo lugar, el derecho comparado funcionalista combina un enfoque no doctrinal con la teoría de que sus objetos de estudio deben entenderse a la luz de la relación funcional que tienen con la sociedad. El derecho y la sociedad se consideran, pues, separables pero relacionados: el derecho cumple una función para la sociedad, al mismo tiempo que forma parte de ella. En consecuencia, y en tercer lugar, la función sirve para relacionar diferentes sistemas jurídicos entre sí. Instituciones, tanto jurídicas como no jurídicas, incluso doctrinalmente diferentes, se consideran comparables si son funcionalmente equivalentes, es decir, si cumplen con funciones similares en diferentes sistemas legales. Un cuarto elemento, que no comparten todas las variantes de los métodos funcionalistas, es que la función y su eficacia pueden servir como criterios de evaluación. El derecho comparado funcionalista entonces se convierte en una forma de “comparación que busca el mejor derecho”: la mejor de varias leyes es la que cumple su función mejor que las demás. En esencia, la idea de ver el derecho como respuesta a los problemas de la sociedad tiene dos variantes principales que no siempre se diferencian de manera precisa. Una, que está vagamente relacionada con el realismo jurídico, es mejor llamarla instrumentalismo en lugar de funcionalismo. En esta escuela, las leyes se ven como herramientas —instrumentos— que una sociedad, o sus instituciones y representantes, pueden utilizar estratégicamente para resolver ciertos problemas. El derecho se entiende como ingeniería social. Aquí, el uso que se hace de las reglas e instituciones jurídicas es intencionado y deliberado; la elección de una regla sobre otra, por parte de los legisladores o de los jueces, es discrecional. Este derecho comparado instrumentalista permite, fácilmente, la evaluación: el comparatista debería ser capaz de demostrar qué ley resuelve mejor un problema particular. Entendido de esta forma, el instrumentalismo es un paso hacia el uso del derecho comparado para la reforma del derecho: el comparatista propondrá la adopción de esa ley, ya sea en el derecho interno o en los proyectos de unificación jurídica. Del mismo modo, el comparatista valorará positivamente aquellos sistemas con los mejores instrumentos, o aquellos más capaces de utilizar los instrumentos de los que dispone —la crítica al derecho latinoamericano de que “falla siempre” puede verse también como una crítica (sesgada) a la insuficiencia de instrumentos o al uso insuficiente de estos en la región³⁶. La otra variante

36 Véase Jorge Esquirol, *Las ficciones del derecho latinoamericano* (Bogotá: Uniandes y Siglo del Hombre Editores, 2014).

del funcionalismo, más cercana al funcionalismo sociológico, parte de la idea de que la sociedad es un sistema y el derecho es uno de sus muchos subsistemas, uno que realiza tareas específicas para la sociedad en general. Aquí, el desarrollo de las reglas e instituciones jurídicas se explica no como decisiones individuales tomadas por actores específicos, sino como respuestas adaptativas del sistema en general. La función de una regla o institución jurídica es solucionar un problema de la sociedad. Algunas de estas funciones son manifiestas, lo que significa que la sociedad es consciente de la función. En lo que respecta a estas funciones manifiestas, el funcionalismo sociológico no difiere totalmente del instrumentalismo, en la medida en que las funciones (sociales) y los fines (individuales) se trasladan. Pero las funciones manifiestas no siempre son propósitos (manifiestos): el disciplinamiento de los afroamericanos puede ser una función manifiesta de un derecho penal muy severo y posiblemente racista, aunque este no sea su propósito, al menos para la mayoría de los analistas. Sin embargo, las funciones también pueden ser latentes y, por tanto, desconocidas para los actores del sistema jurídico. En esta última versión se le resta importancia a la discrecionalidad y a la agencia; en su lugar, las respuestas (jurídicas) a problemas específicos se entienden como si emergieran, casi automáticamente, de la propia sociedad. El descubrir tales funciones se convierte en la tarea principal del comparatista, porque las funciones latentes suelen ser invisibles para quienes hacen parte del sistema jurídico. Por ejemplo, la descripción de las doctrinas de la consideración (en el derecho consuetudinario) y de la causa (en el derecho francés) como “índices de seriedad” no surge de estas tradiciones jurídicas en sí mismas, sino del trabajo del comparatista³⁷. Visto así, el conocimiento que tiene el comparatista aparece como superior al que tienen los participantes del sistema jurídico observado. El participante actúa como informante de su sistema jurídico, pero no como quien lo analiza; ese papel queda en manos del comparatista. Dentro de los sistemas jurídicos europeos, esto explica la supuesta superioridad de los abogados comparatistas sobre los “meros” abogados que se centran en el derecho nacional. En relación con los países no europeos, esta supuesta superioridad se convierte a menudo en la superioridad de Europa, que aporta la investigación académica, sobre los países no europeos, que simplemente aportan materiales para la investigación; una perspectiva colonial. Esa jerarquía puede superarse, tal vez, mediante una colaboración no jerárquica, en la que no se priorice ninguna de las dos perspectivas³⁸. Tanto en el derecho comparado instrumentalista como en el funcionalista, un presupuesto fundamental es que, aunque las sociedades tengan leyes diferentes, se enfrentan, en esencia, a

37 Zweigert y Kötz, *Introducción al derecho comparado*, cap. 28.

38 Annelise Riles, “De la comparación a la colaboración: Experimentos con una nueva forma académica y política”, *Law & Contemporary Problems* 78, n.º 1/2 (2015), pp. 147-183.

los mismos problemas: la indemnización por accidentes de tráfico, el acceso a los tribunales para las partes que no tienen recursos económicos, etc. El factor que permite la comparación, el llamado *tertium comparationis*, no es ni la cultura ni el mero texto, sino el problema al que responde el derecho. El principal beneficio del funcionalismo es, pues, la comparabilidad entre respuestas doctrinalmente diferentes. Sin embargo, una de las principales críticas que se le hace es que los problemas no son universales, bien porque las distintas sociedades se enfrentan a problemas diferentes, bien porque los problemas son en sí mismos construcciones mentales, no entidades que existen objetivamente en el mundo. A veces se dice que los funcionalistas dan prioridad a la igualdad sobre la diferencia, pero esto solo es cierto en un sentido limitado. Las normas jurídicas pueden parecer diferentes a primera vista, pero son similares en la medida en que responden al mismo problema. Las sociedades pueden responder al problema de los accidentes de tráfico a través de la responsabilidad penal, pero también a través de sistemas de seguros obligatorios; pueden proporcionar acceso a los tribunales a las personas de bajos recursos socioeconómicos por medio de las defensorías públicas, pero también a través de un sistema de honorarios que dependen de los resultados de se obtengan en los juicios, y así sucesivamente. No hablamos aquí de igualdad, sino de equivalencia funcional. Una ventaja de este enfoque funcionalista es que permite, o así se argumenta, la comparación entre culturas jurídicas. La comparación entre los sistemas de derecho civil y los del derecho consuetudinario se hace posible porque poco importa si un sistema jurídico responde a un problema concreto mediante la legislación o mediante la jurisprudencia. Además, ni siquiera importa si esas respuestas son legales o extralegales, lo que significa que las llamadas respuestas “culturales” o “consuetudinarias” a los problemas también podrían compararse. Además, y de manera importante, hizo posible la comparación con los países al otro lado de la cortina de hierro, a pesar de las diferencias ideológicas que distinguían los sistemas jurídicos occidentales de los orientales, siempre que el comparatista estuviera dispuesto a aceptar que las economías capitalistas y socialistas se enfrentaban, al menos en cierta medida, a problemas similares³⁹. Sin embargo, el supuesto de que los problemas son universalmente iguales, cuestionable ya en el contexto europeo, se rompe con frecuencia al comparar los regímenes jurídicos del Norte y del Sur. A pesar de que rechazan el derecho comparado culturalista y esencialista, muchos funcionalistas se adhieren a la idea de que las sociedades se encuentran en diferentes etapas de una trayectoria similar hacia la modernidad. En consecuencia, suelen limitar la aplicación

39 Véase el debate y las referencias en Michael Bogdan, “Some Reflections on the Comparability of Laws Based on Different Socio-Economic Systems”, *Scandinavian Legal Studies* 61 (2015), pp. 105-112.

del método a las sociedades que se encuentran en el mismo nivel de desarrollo, con lo que el derecho comparado funcionalista se queda en gran medida en el Norte Global. Otra restricción es que el derecho comparado funcionalista supuestamente se limita a las áreas “apolíticas” del derecho, en particular el derecho privado, con la excepción del derecho de familia y el derecho de sucesiones (que se consideran conectados con la cultura). Por supuesto, esta suposición de la naturaleza apolítica del derecho privado significa que el propio método no puede pretender ser realmente neutral, y su uso, especialmente en el contexto Oeste-Este, ya reflejaba un cierto compromiso normativo procapitalista⁴⁰. El derecho comparado funcionalista ha sido objeto de muchas críticas, algunas de ellas justificadas, otras basadas en malentendidos. Por ejemplo, aunque el funcionalismo y el formalismo suelen considerarse similares existen importantes diferencias. Los funcionalistas consideran las normas jurídicas como respuestas a los problemas de la sociedad y, por lo tanto, como algo diferente de la sociedad, su aproximación a este tipo de normas es decididamente antiformalista: lo que les interesa no es su forma sino su función, no lo que dicen sino lo que hacen. De hecho, los funcionalistas enfatizan que algunos problemas que encuentran respuestas jurídicas formales en una sociedad encuentran respuestas extralegales en otra. Otra idea errónea, fomentada por formulaciones un tanto descuidadas, es que el derecho comparado funcionalista hace hincapié en la similitud a costa de la diferencia. Esta es una afirmación que, por lo menos, es algo imprecisa⁴¹. Aunque los funcionalistas esperan, tal vez ingenuamente, que las diferentes sociedades encuentren soluciones a los mismos problemas, esto no hace que estas soluciones sean similares salvo en lo que respecta a este hecho limitado, a saber, que responden a un problema similar. Estas soluciones no son similares sino funcionalmente equivalentes —literalmente de igual valor con respecto a su función—. Así, la responsabilidad penal y el seguro obligatorio pueden ser similares en la medida en que responden al mismo problema —la indemnización de las víctimas de accidentes—, pero nadie en su sano juicio las calificaría de realmente similares. Por esto, la equivalencia funcional se denomina más bien similitud en la diferencia. Esa diferencia es a menudo fruto de las diferentes condiciones culturales y sociales de fondo, lo que significa que la equivalencia funcional es realmente capaz de dar cuenta, hasta cierto punto, de las diferencias culturales y del hacer parte de un contexto cultural específico. El derecho comparado funcionalista no tiene por qué negar en absoluto la naturaleza cultural del derecho, aunque sí se basa en la necesidad de distinguir los problemas sociales de las soluciones jurídicas. El funcionalismo sociológico ha sido criticado por el

40 Véase Ugo Mattei, “The Cold War and Comparative Law: Una reflexión sobre la política de la disciplina intelectual”, *American Journal of Comparative Law* 44 (2017), p. 567.

41 Michaels, en este volumen.

supuesto teleológico implícito con el que está comprometido: las sociedades siguen una misma y necesaria trayectoria hacia el progreso. Este funcionalismo teleológico también existe entre los funcionalistas jurídicos y ha recibido críticas similares⁴². Cuando los comparatistas funcionalistas toman prestada de los culturalistas esencialistas la idea evolucionista de las trayectorias necesarias por las que tienen que pasar todos los sistemas jurídicos se exponen a las mismas críticas. Pero la idea de la equivalencia funcional —diferentes sistemas jurídicos que encuentran soluciones diferentes a problemas similares— es incompatible con tales trayectorias necesarias, porque implica que cada sistema jurídico encontrará la solución que mejor se adapte a él. Esta idea —que las soluciones que cada sistema encuentra serán las que mejor se le ajusten— se ha explicado con el concepto de paradigmas jurídicos⁴³.

Trasplantes legales

Trasplantes, difusión y entrecruzamientos

Además de la comparación y de la agrupación de sistemas jurídicos, el campo más importante del derecho comparado es, posiblemente, lo que se denomina trasplantes jurídicos, aunque la nomenclatura para nombrarlos varíe —se habla también de préstamo legal, circulación, fertilización cruzada, migración, transmisión, transferencia, recepción—. En esencia, se trata de la transposición de reglas, ideas o instituciones jurídicas de un sistema jurídico a otro. Las diferentes metáforas no son totalmente intercambiables, ya que expresan diferentes ideas sobre lo que se traduce —normas, valores, conocimientos— y sobre la medida en que el derecho debe considerarse como culturalmente arraigado o meramente formal. En este texto, el término transposición pretende abarcar todos estos fenómenos.

Esta transposición puede referirse a normas individuales, como la norma de que la propiedad en los contratos se transmite por mero consentimiento, que viajó desde el Código Civil a través de Luisiana hasta la Ley de Ventas del Reino Unido. La traducción puede referirse a instituciones o cuerpos legales completos, como la ley antimonopolio al estilo estadounidense, que se ha introducido en numerosos países del mundo, incluso cuando no encajan precisamente con las circunstancias locales⁴⁴. O puede

42 Robert W. Gordon, "Critical Legal Histories", *Stanford Law Review* 36 (1984), pp. 57-125.

43 Ralf Michaels, "Two Paradigms of Jurisdiction", *Michigan Journal of International Law* 27 (2007), pp. 1004, 1022 y ss.

44 Eleanor M. Fox, "Competition, Development and Regional Integration: In Search for a Competition Law Fit for Developing Countries", en Josef Drexler et al. (eds.), *Competition Policy and Regional Integration in Developing Countries* (2012).

referirse a sistemas jurídicos completos, como la adopción del derecho romano en Alemania, la adopción del derecho común en Estados Unidos, o incluso las leyes de estilo occidental en las colonias europeas en África y Asia. Los comparatistas tradicionales solían considerar estas transposiciones como transacciones relativamente sencillas entre un exportador y un importador, en un momento determinado, que dejaban el derecho exportado en gran medida intacto. Se limitaban a distinguir, con frecuencia, entre las transposiciones impuestas por el país donante —ya sea debido a la colonización, o como condiciones para la recepción de ayuda financiera— y las elegidas libremente por el país receptor, debido a la supuesta superioridad inherente de una ley. La adopción por parte de Japón de conceptos alemanes y franceses para su Código Civil suele considerarse un ejemplo de este último argumento. Por lo demás, el proceso de traducción queda a menudo sin investigar. William Twining, en un importante artículo, criticó que el derecho comparado prestara tan poca atención a otras disciplinas que tienen mayor experiencia en este tipo de traducciones, en particular, a las ciencias sociales y la importancia que le dan a la difusión⁴⁵. La perspectiva de la difusión, según él, permite muchos más matices, una tipología más rica y, en consecuencia, una imagen más realista de lo que realmente ocurre en el proceso de difusión del derecho. En particular, sostiene que las relaciones entre exportadores e importadores no son necesariamente bipolares, la difusión puede tener lugar de muchas maneras y a través de vías muy diferentes, formales o informales. Las investigaciones no deben limitarse a las reglas o los conceptos jurídicos, ni a los gobiernos. La difusión debe entenderse como un proceso a lo largo del tiempo, durante el cual el trasplante cambia su carácter y nunca se adapta completamente al nuevo sistema jurídico. Asimismo, y lo que es importante, la difusión suele producirse desde un centro fuerte hacia una periferia más débil.

Este concepto más rico de difusión también se incluye en análisis más recientes que se centran en el entrelazamiento en lugar de los trasplantes⁴⁶. Este enfoque hace hincapié en las complejas interconexiones que existen entre los sistemas jurídicos, interconexiones que van más allá de los meros trasplantes. Desde esta perspectiva, los sistemas jurídicos no se tratan (como suele ocurrir en el derecho comparado) como entidades separadas y aisladas, sino como interconectadas. Las traducciones de un sistema a otro son, entonces, un mero elemento dentro de estas interconexiones, una complejidad que el concepto de trasplante no capta adecuadamen-

45 William Twining, en este volumen; véase William Twining, "Social Science and Diffusion of Law", *Journal of Law and Society* 32 (2005), pp. 203-240; William Twining, "Diffusion and Globalization Discourse", *Harvard Journal of International Law* 47, n.º 2 (2006).

46 Thomas Duve (ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches* (Fráncfort: Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte, 2014).

te. Teniendo en cuenta esta advertencia, parece útil abordar el amplio y controvertido debate sobre los trasplantes jurídicos, su posibilidad y conveniencia, teniendo en cuenta los tres enfoques tradicionales del derecho comparado que presentamos en la sección anterior. Esto es posible porque muchas de las disputas dentro del campo de los trasplantes dependen de diferentes concepciones del derecho. En consecuencia, los contendientes que discuten sobre si los trasplantes jurídicos son realmente posibles o no, a menudo no se ponen de acuerdo porque entienden cosas diferentes por “trasplante jurídico”. Dentro de cada una de las tres tradiciones se puede reconocer un grado relativamente alto de coherencia entre las dos posiciones, como se mostrará en las secciones que siguen a continuación.

El derecho comparado formalista y los trasplantes jurídicos

A diferencia de la sección anterior, tiene sentido comenzar aquí con el derecho comparado formalista, porque, aunque los préstamos legales se conocen desde hace tiempo, es dentro del derecho comparado formalista donde la idea de los trasplantes jurídicos, bajo ese nombre, cobra importancia. Alan Watson, el principal defensor de esta concepción formalista, es famoso no solo por la introducción del término “trasplantes jurídicos”, sino también por su inigualable optimismo en cuanto a la posibilidad y, de hecho, la frecuencia de los trasplantes⁴⁷. Watson declara la comprensión de la naturaleza del derecho y especialmente del cambio jurídico como la principal virtud del derecho comparado. Pronto queda claro que lo que entiende por cambio jurídico es el cambio de la doctrina, en realidad del derecho entendido como reglas, una comprensión formalista del derecho.

Dentro de esta forma de comprender el derecho, Watson identifica, de forma convincente, los trasplantes legales, la transferencia de reglas jurídicas de un sistema jurídico a otro, como la causa más frecuente de dicho cambio. (De hecho, Bogdan nombra los trasplantes y la unificación como las principales áreas del derecho comparado que se centra en las reglas⁴⁸.) Los legisladores rara vez inventan normas jurídicas; es mucho más frecuente que busquen inspiración en las leyes existentes en otros lugares, o que se vean presionados a adoptarlas, y que luego las copien. Esta copia puede tener lugar, como insiste Watson, no solo entre sociedades similares, sino también entre sociedades disímiles, entre países desarrollados y menos desarrollados, entre sistemas jurídicos pertenecientes a la misma tradición jurídica y entre sistemas jurídicos pertenecientes a tradiciones jurídicas totalmente diferentes. A lo largo de su obra, Watson ofrece una

47 Alan Watson, en este volumen.

48 Bogdan, “On the value and method of rule-comparison in comparative law”.

plétora de ejemplos de trasplantes jurídicos. La facilidad con la que Watson puede demostrar la frecuencia con la que ocurren los trasplantes tiene un costo. Argumentar que los trasplantes se producen en el nivel de las reglas se mantiene firmemente dentro de lo que se conoce como el derecho en los libros; no dice nada sobre el derecho en acción, la interacción entre el derecho y la sociedad. De hecho, aunque Watson reconoce que las normas jurídicas bien pueden cambiar su naturaleza y su papel en el proceso de trasplante, esto parece poco más que una formalidad. En realidad, muestra poco interés en tales cambios: su primera preocupación es la existencia de la regla, no su funcionamiento en la sociedad. Y, de hecho, como se ha sugerido anteriormente, asume que el cambio jurídico es en gran medida independiente del cambio social; el derecho se considera un proyecto de las élites que tiene muy poca relación con la sociedad. Esta suposición evidencia los límites del enfoque de Watson. Si su suposición es falsa y las normas jurídicas tienen un impacto en la sociedad —como deben suponer todos los reformadores del derecho—, entonces la tesis de Watson no se sostiene. Si, por el contrario, el supuesto es verdadero, entonces la tesis de Watson puede mantenerse, pero entonces no nos dice mucho que sea interesante. Centrarse en el trasplante de normas jurídicas no puede decirnos gran cosa, si es que nos dice algo, sobre la realidad social y la relevancia que tienen los trasplantes. Esto es cierto incluso para los trasplantes entre sistemas jurídicos estrechamente conectados, como entre los sistemas jurídicos europeos, o entre el derecho de la Unión Europea y el derecho de los Estados miembros. Se convierte en un problema aún más serio cuando examinamos los trasplantes entre países muy diferentes, como en los trasplantes de países europeos a países no europeos.

Es verdad que gran parte del derecho en el mundo puede verse como el resultado de trasplantes legales. Pero el enfoque profundamente apolítico que subyace al formalismo de Watson oculta el hecho de que muchos de estos trasplantes fueron en realidad imposiciones, resultados de la dominación colonial o neocolonial. Asimismo, al restringirse al contenido formal de una regla, sin prestar atención a su funcionamiento, los resultados de dicha investigación tienen un valor informativo limitado. Es bien sabido, por ejemplo, que gran parte del derecho privado japonés se tomó prestado del derecho francés y especialmente del alemán⁴⁹. Pero dado que la separación entre el Estado y la sociedad, tan central en el pensamiento liberal alemán del siglo xix que condujo a la adopción del Código Civil, está en gran medida ausente de la manera como los japoneses se auto-comprenden, uno no debería sorprenderse cuando descubre que reglas aparentemente similares funcionan de manera muy diferente en el nuevo contexto. Un ejemplo famoso y aún más crudo es el trasplante de todo el

49 Tsung-Fu Chen, "Trasplante del Código Civil en Japón, Taiwán y China: Con el enfoque de la evolución jurídica", *National Taiwan University Law Review* 6 (2011), pp. 389-432.

Código Civil suizo a Turquía, un elemento central del intento de Atatürk por modernizar la sociedad turca⁵⁰. Las enormes diferencias culturales y religiosas entre Suiza y Turquía hicieron que la transferencia, especialmente del derecho de familia, se quedara solo en los libros, al menos fuera de las grandes ciudades como Estambul. Poco se gana con el derecho comparado si uno se centra solo en las similitudes formales entre las reglas jurídicas sin tener en cuenta las grandes diferencias que existen en la realidad. El propio Watson, a lo largo de su obra, parece estar consciente de las limitaciones de su enfoque: se centra en el proceso de trasplante sin evaluar si un trasplante es bueno o malo, si tiene éxito o no. Se puede decir que los resultados de esa investigación no son interesantes, pero no se puede decir que la investigación sea deshonesto. Por el contrario, muchos adeptos menos cuidadosos de un enfoque formalista en el derecho comparado muestran menos restricciones de este tipo: asumen, sin probarlo, que tanto el significado como los efectos de las reglas trasplantadas siguen siendo los mismos. Esto rara vez está justificado y, de hecho, suele ser peligroso.

El derecho comparado culturalista y los trasplantes jurídicos

La perspectiva de los trasplantes jurídicos cambia necesariamente cuando se pasa de una comprensión formal del derecho a una culturalista. En el derecho comparado clásico del siglo XIX, que se centraba en gran medida en la evolución del derecho, el trasplante de reglas jurídicas (como el de elementos lingüísticos en la lingüística comparada) era un objeto de análisis frecuente. Pero tales trasplantes solo eran posibles, en general, dentro de las tradiciones jurídicas, no entre ellas. De hecho, la facilidad con la que eran posibles los trasplantes entre sistemas jurídicos se consideraba tanto una causa de la similitud de los sistemas jurídicos como una prueba de su pertenencia a la misma tradición jurídica, de hecho, su relativa inseparabilidad. En este sentido, la idea de los trasplantes jurídicos reforzaba tanto la idea de la identidad de las tradiciones jurídicas, por un lado, como la de las diferencias insalvables, de hecho incommensurables, entre las distintas tradiciones jurídicas, por el otro: los trasplantes eran fáciles dentro de las tradiciones jurídicas, pero imposibles entre ellas. Los enfoques culturalistas más modernos comparten la idea de que los trasplantes entre distintas tradiciones son diferentes, aunque a menudo lleven esta idea más lejos. Así, Otto Kahn-Freund, en un influyente artículo, sugirió que los trasplantes jurídicos eran posibles en dos tipos de casos. Uno de ellos era el caso de los trasplantes dentro de una tradición jurídica (es decir, entre

50 Umut Özsü, "Receiving the Swiss Civil Code: Translating Authority in Early Republican Turkey", *International Journal of Law in Context* 6 (2010), pp. 63-89.

sistemas jurídicos muy similares). Otro caso, sin embargo, era el trasplante de leyes que podían considerarse relativamente independientes de la cultura, por ejemplo, áreas del derecho privado como los contratos o la propiedad⁵¹. Este tipo de leyes, se sugiere, podrían viajar fácilmente incluso entre sistemas jurídicos muy diferentes. La existencia de este segundo grupo de casos —trasplantes entre diferentes culturas jurídicas— depende de la posibilidad de que el derecho pueda desvincularse de la sociedad. Esto es inconcebible en una comprensión culturalista del derecho. Pierre Legrand, en una crítica contundente y ampliamente influyente, criticó precisamente este supuesto en la obra de Watson⁵². Para Legrand, las reglas jurídicas formales no son más que meros enunciados proposicionales. Su significado, lo que las convierte en derecho, no reside en estas proposiciones en sí mismas, sino en el papel que tienen en la sociedad; el derecho se produce dentro de la sociedad. En consecuencia, las normas jurídicas deben considerarse como “hechos sociales totales”, como insertados en la sociedad e inseparables de ella. Es imposible comprender una norma jurídica sin entender la sociedad en la que opera. Legrand lo señala de forma contundente cuando sostiene que, dado que no hay nada que esté fuera del derecho, para entender el derecho extranjero es necesario dilucidar las razones históricas, políticas, sociales, demográficas y epistemológicas que dan cuenta de las decisiones jurídicas que lo componen⁵³. La consecuencia es, para el enfoque culturalista de Legrand, que los trasplantes jurídicos son simplemente imposibles. Es posible, por supuesto, copiar y pegar los enunciados proposicionales de las normas jurídicas de un sistema jurídico a otro. Pero no se consigue nada importante, ni jurídicamente ni en alguna otra área del conocimiento, por medio de ese proceso mientras el significado de la regla no se transfiera con ella. Y esto último, sugiere Legrand, es imposible porque dicho significado siempre se produce localmente, no puede acompañar a la regla cuando se transfiere. Esta poderosa crítica ha sido ampliamente considerada como un éxito en cuanto que evidencia las limitaciones del concepto de derecho de Watson y su concepto de los trasplantes legales. Al mismo tiempo, algunos han señalado las limitaciones del enfoque de Legrand. Si, efectivamente, la transferencia de meros enunciados proposicionales carece de una relevancia para la sociedad —un punto en el que, irónicamente, Watson y Legrand parecen estar de acuerdo—, entonces ¿por qué se producen con tanta frecuencia estas transferencias? Si el significado no se transfiere, ¿qué ocurre

51 Otto Kahn-Freund, “Comparative Law as an Academic Subject”, *Law Quarterly Review* 82 (1966), pp. 40 y ss.

52 Pierre Legrand, en este volumen. Para la respuesta de Watson, que subraya el punto aquí expuesto de que ambos autores tienen diferentes conceptos de derecho véase Alan Watson, “Legal Transplants and European Private Law”, *Electronic J. Comp. L.* (dic., 2000).

53 Pierre Legrand, “Siting Foreign Law: Cómo puede ayudar Derrida”, *Duke Journal of Comparative & International Law* 21 (2011), pp. 595-630.

exactamente en esas transferencias? Incluso si es cierto que las transferencias no transportan el significado de una sociedad a otra, ¿se puede decir realmente que no tienen efecto en el sistema jurídico que las adopta?

El derecho comparado funcionalista y los trasplantes jurídicos

Un tercer grupo de teóricos que pueden considerarse funcionalistas o que responden a planteamientos funcionalistas abordan todas estas preguntas. Nótese que tanto Watson como Legrand, a pesar de sus importantes diferencias en otros aspectos, comparten una perspectiva antifuncionalista y antiinstrumentalista del derecho. Para Watson, las leyes como reglas no cumplen ninguna función social, lo que significa que su transferencia es fácil pero intrascendente. Para Legrand, las leyes son portadoras de significado, y una comprensión instrumentalista es anatema para este punto de vista. Desde una perspectiva funcionalista, por el contrario, los trasplantes legales parecen muy relevantes y atractivos, al menos a primera vista. Si el derecho se ve como una herramienta, como un conjunto de respuestas deliberadas a problemas específicos, los trasplantes legales deben estar casi necesariamente entre las formas más poderosas de encontrar y adquirir dichas herramientas. La experiencia práctica muestra que esta esperanza está muy extendida. Los reformadores del derecho, que buscan resolver problemas en sus propias sociedades, suelen buscar soluciones que hayan funcionado en otros lugares, con la esperanza de que estas reglas tengan efectos similares en casa. Del mismo modo, los consultores jurídicos de los países del Norte Global suelen sugerir que se adopten las leyes de sus naciones porque saben que estas funcionan en sus países y, por tanto, creen que deberían funcionar también en el extranjero.

Por desgracia, numerosos ejemplos demuestran que tales expectativas son ingenuas, y que las reglas que han funcionado bien en un sistema jurídico no funcionarán automáticamente de la misma manera en otro. Las prohibiciones del matrimonio infantil, que no son problemáticas en las sociedades europeas en las que el matrimonio se celebra tradicionalmente de forma tardía, han fracasado casi por completo en sociedades en las que tanto las tradiciones culturales como las condiciones económicas favorecen el matrimonio precoz⁵⁴. Las leyes antimonopolio al estilo de los Estados Unidos, destinadas a proteger la competencia en los mercados, fracasaron cuando se trasladaron a sociedades en las que (todavía) no existían este tipo de mercados⁵⁵. El Banco Mundial apoyó, con cierta ingenuidad, la

54 Véase, Harald Baum *et al.*, "Die Frühehe im Rechtsvergleich: Praxis, Sachrecht, Kollisionsrecht", *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 84, n.º. 4 (2020), pp. 705-785.

55 Umut Aydin y Tim Büthe, "Competition Law & Policy in Developing Countries: Explaining Variations in Outcomes: Exploring Possibilities and Limits", *Law and Contemporary Problems* 79, n.º 4 (2016), pp. 1-36.

idea de que podían identificarse las “mejores prácticas” y que estas podían llevarse a cualquier sistema jurídico, que “una talla única sirve para todo”. Rápidamente tomó distancia de esta afirmación. Esto sugiere que las condiciones de éxito de los trasplantes deben ser distintas al mero reconocimiento de que las reglas funcionan bien en el país de origen. Al intentar identificar estas condiciones, Katharina Pistor y sus colegas desplazan su atención de la oferta a la demanda de normas jurídicas⁵⁶. Sugieren que el éxito de un trasplante no depende ni del éxito en el país de origen ni, como querría un enfoque culturalista, de las similitudes entre el país de origen y el de destino. Lo que importa, en cambio, son dos factores: la ley tiene que tener sentido en el contexto en el que se aplica, de modo que haya incentivos para su uso, y los intermediarios legales encargados de desarrollar la ley deben ser capaces de aumentar su calidad. Gillespie ha demostrado la importancia de estos factores locales en el país de destino en el caso de la reforma del derecho de sociedades vietnamita; se podrían nombrar otros ejemplos⁵⁷. Antes de Pistor, Gunther Teubner había propuesto un enfoque aún más radical, alejándose del país de origen y acercándose al país de destino⁵⁸. Siguió a Legrand en la insistencia de que los trasplantes eran imposibles porque el derecho siempre se crea y se dota de significado en un contexto local. Sin embargo, esto no significa que no ocurra nada significativo. En opinión de Teubner, lo que otros denominan transferencia jurídica es mejor denominarlo irritación jurídica: el país de origen, al comunicar su norma jurídica, crea una irritación en el país de destino, y esa irritación sirve de base para la reforma jurídica. Las normas jurídicas resultantes de esa reforma pueden (o no) parecerse a las normas del país de origen. Pero no son el resultado de la transferencia, sino de procesos de reforma del derecho local, y el significado que tiene la norma se genera en el país de destino y no depende en absoluto del significado de la norma en el país de origen. Esta unión de los enfoques formalista, culturalista y funcionalista ha sido fomentada por Günther Frankenberg en lo que él llama, con ironía, la teoría Ikea del derecho comparado⁵⁹. Frankenberg es consciente, al igual que Watson, de que los trasplantes jurídicos son frecuentes en el ámbito constitucional. Estas transferencias solo son posibles, sugiere, porque las disposiciones constitucionales son despojadas de las luchas locales de las que surgen, son descontextualizadas y, por tanto, mercantilizadas. De hecho, Frankenberg

56 Daniel Berkowitz, Katharina Pistor y Jean-François Richard, “The Transplant Effect”, *American Journal of Comparative Law* 51, n.º 1 (invierno, 2003), pp. 163-203.

57 John Gillespie, *Transplanting Commercial Law Reform - Developing a 'Rule of Law' in Vietnam* (Nueva York: Routledge, 2006).

58 Gunther Teubner, “Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying the Law Ends Up in New Divergences”, 61 *Modern Law Review* 11 (1998).

59 Günter Frankenberg, en este volumen. Véase también Günter Frankenberg (ed.), *Order from Transfer - Comparative Constitutional Design and Legal Culture* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2013).

crea la imagen de un almacén global de soluciones jurídicas, en el que los reformadores constitucionales pueden comprar las disposiciones que más les gusten, al igual que Ikea, que ofrece muebles que de alguna manera recuerdan estilos culturales específicos, pero que en realidad representan su propio estilo descontextualizado (o no estilo). Una vez elegidas, las disposiciones se recontextualizan en el país de destino; allí adquieren un nuevo significado. Frankenberg critica esta mercantilización del derecho e insiste en que es mejor que el derecho nazca de las condiciones culturales y las luchas políticas locales. Sin embargo, para algunos reformadores del derecho que están situados en sociedades capitalistas, la adquisición de normas de una estantería global puede ser más atractivo que la producción a la medida de normas legales: no solo es más barato, sino que también garantiza una mejor compatibilidad con las normas de otros sistemas jurídicos. Esto es así, especialmente, si es cierto que las normas jurídicas formales por sí solas significan poco y que su significado se produce en contextos locales. De esta forma, irónicamente, el tan denostado credo formalista de la “talla única” puede encontrar su limitada justificación a pesar de todo⁶⁰.

Derecho comparado crítico

El derecho comparado crítico no es monolítico. Los autores que hacen parte de este movimiento intelectual defienden una gran diversidad de posiciones políticas y epistemológicas que van desde el liberalismo hasta el socialismo, por un lado, y del deconstruccionismo al poscolonialismo, los estudios jurídicos críticos o la decolonialidad, por el otro⁶¹. Sin embargo, a pesar de sus diferencias, todos ellos comparten un gran escepticismo frente a la narrativa dominante en el derecho comparado, la cual se estructura alrededor del funcionalismo y el formalismo que se examinaron en las secciones anteriores⁶². El culturalismo contemporáneo, aunque hace ya parte del canon del derecho comparado, no es un adversario para el derecho comparado crítico. De hecho, en algunos debates fundamentales, el derecho comparado crítico y las perspectivas culturalistas

60 Ralf Michaels, “‘One Size Can Fit All’ – Some Heretical Thoughts on the Mass Production of Legal Transplants”, en Günter Frankenberg (ed.), *Order from Transfer: Comparative Constitutional Design and Legal Culture Law* (Cheltenham y Northampton: Edward Elgar Publishing, 2013); existe versión en español: “Talla única: Algunas ideas heréticas sobre la producción masiva de trasplantes jurídicos”, en Günter Frankenberg, Pierre Legrand y Ralf Michaels, *Derecho comparado crítico* (Bogotá: Siglo del Hombre, 2021).

61 Daniel Bonilla Maldonado, *Los bárbaros jurídicos: Identidad, derecho comparado moderno y el Sur Global* (Bogotá: Uniandes y Siglo del Hombre Editores, 2020), p. 198.

62 Maxim Bönenmann y Michael Riegner, “El derecho comparado y el Sur Global”, en Günter Frankenberg et al., *Derecho comparado crítico* (Bogotá: Uniandes y Siglo del Hombre Editores, 2021), p. 24.

contemporáneas se entrecruzan. El escepticismo del derecho comparado crítico frente a la narrativa funcionalista/formalista dominante produce dos tipos de intervención en la disciplina: una crítica y otra normativa. La dimensión crítica del derecho comparado crítico, a su vez, se compone de una arista política y otra epistemológica.

La arista política de la crítica

La dimensión política se estructura alrededor de los siguientes tres elementos: por un lado, el derecho comparado crítico es un movimiento intelectual que busca resistir y emanciparse de la narrativa dominante en el derecho comparado⁶³. En consecuencia, es un movimiento que busca limitar el impacto discursivo y práctico de la narrativa funcionalista y formalista que ha prevalecido en la disciplina, así como presentar horizontes normativos alternativos que permitan pensar y hacer derecho comparado de maneras distintas a las dominantes. El derecho comparado crítico, sin embargo, es principalmente un movimiento intelectual oposicional; sus proyectos normativos ocupan un lugar relativamente menor si se les compara con sus propuestas críticas. Para cumplir con su objetivo crítico, el derecho comparado no hegemónico hace uso de diversas estrategias políticas y metodológicas, entre otras, el trabajo genealógico que busca evidenciar las fuentes de la narrativa dominante⁶⁴ o las investigaciones que permiten tomar conciencia de las injusticias políticas o epistemológicas que genera la narrativa dominante en el derecho comparado⁶⁵.

Por otro lado, el derecho comparado crítico cuestiona las dos estrategias discursivas que garantizan la hegemonía de la narrativa funcionalista y formalista que ha dominado el derecho comparado, esto es, la naturalización y la reificación⁶⁶. El derecho comparado crítico explicita y cuestiona la manera como la narrativa dominante en el derecho comparado ha logrado identificarse con el mundo, naturalizarse. Las conciencias jurídicas que la narrativa dominante controla no diferencian entre las maneras como esta narrativa interpreta la realidad y la realidad que interpreta;

63 Günter Frankenberg, "Comparaciones críticas: Repensar el derecho comparado", en Günter Frankenberg et al., *Derecho comparado crítico* (Bogotá: Uniandes y Siglo del Hombre Editores, 2021), pp. 80-89, 18-19; Bonilla, *Bárbaros jurídicos*, pp. 200-203.

64 Jakob Zollmann, "German Colonial Law and Comparative Law, 1884-1919", en Thomas Duve (ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches* (Fráncfort: Max Planck Institute for European Legal History, 2014), pp. 253-296. Sobre la importancia de la historia en el derecho comparado decolonial véase Lena Salaymeh y Ralf Michaels, "Decolonial Comparative Law: A Conceptual Beginning", *Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 86, n.º 1 (2022), p. 178.

65 Daniel Bonilla Maldonado, "La economía política del conocimiento jurídico", *Brazilian Journal of Empirical Legal Studies* 2, n.º 1 (2015), pp. 26-48.

66 Bonilla, *Bárbaros jurídicos*, pp. 213-215.

son una; las identifican; no pueden diferenciarlas⁶⁷. El derecho comparado crítico, en consecuencia, examina los procesos mediante los cuales las conciencias jurídicas interiorizan la narrativa dominante como la única posible, como la única forma verdadera de describir y comprender la realidad jurídica. Este propósito se materializa de diversas maneras, entre otras, la reproducción de la narrativa como una verdad ineludible en artículos y libros académicos en áreas del derecho distintas al derecho comparado, en los currículos de los programas de derecho y en los medios de comunicación. De esta forma, el derecho comparado crítico explora, por ejemplo, la manera como los tratados tradicionales con los que se enseña derecho en las facultades de derecho de los sistemas jurídicos civilistas reproducen acríticamente la idea de que el derecho que sistematizan tiene un ADN particular o como estos tratados ignoran las profundas influencias que otras tradiciones jurídicas han tenido en el derecho que sistematizan⁶⁸. Del mismo modo, examinan las consecuencias que tiene el que las nuevas generaciones de abogados de las sociedades poscoloniales que se educan con estos tratados creen que su derecho tiene un ADN legal particular, entre otras, el desconocimiento de los derechos locales precoloniales o el carácter híbrido de sus sistemas jurídicos⁶⁹.

De modo similar, el derecho comparado crítico cuestiona la manera como la narrativa funcionalista y formalista dominante en el derecho comparado, así como su puesta en operación, han convertido las ideas que defienden en cosas que existen en el mundo, cómo las han reificado⁷⁰. Las ideas que construye la narrativa no se entienden más como constructos que se imponen a la realidad, sino como materialidades que existen en ella. Así, por ejemplo, el derecho comparado crítico examina la manera como las taxonomías creadas por el derecho comparado del siglo xx para describirlo, organizarlo, comprenderlo y manipularlo se convierten en la práctica del derecho comparado dominante en realidades materiales que se presentan como si fueran tangibles⁷¹. Las familias jurídicas, de esta manera, pasan de ser una serie de ideas-perspectivas que simplifican la profunda heterogeneidad jurídica que existe en el mundo de manera que pueda ser aprehendida y controlada para convertirse en la realidad jurídica

67 Sherally Munshi, "Comparative Law and Decolonizing Critique", *American Journal of Comparative Law* Suppl. 65 (2017), pp. 205-235, 226.

68 Jorge González Jácome, "El uso del derecho comparado como forma de escape de la subordinación colonial", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* 7 (2006), pp. 295-338.

69 Sobre la ausencia del derecho prehispánico en los currículos de las facultades de derecho latinoamericanas véase Rogelio Pérez Perdomo, *Los abogados de América Latina* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004); Bonilla Maldonado, "Economía política", p. 40.

70 Ahmed A. White, "Max Weber and Uncertainties of Categorical Comparative Law", en Annelise Riles (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law* (Nueva York: Hart Publishing, 2001), pp. 46-53; Bonilla, *Bárbaros jurídicos*, pp. 206-207.

71 Mariana Pargendler, "The Rise and Decline of Legal Families", *American Journal of Comparative Law* 60, n.º 4 (2012), p. 1043.

ca en la que estamos inmersos. Las familias jurídicas existen en el mundo, no son interpretaciones de una materialidad que puede comprenderse de varias otras formas. Una narrativa como la funcionalista y formalista del derecho comparado triunfa cuando logra reificar las categorías con las que describe, analiza y evalúa al mundo, y cuando los ciudadanos, particularmente los que tienen formación jurídica, interiorizan estas reificaciones como las únicas posibles, cuando las naturalizan, cuando las conciben como la realidad misma.

Finalmente, el derecho comparado crítico cuestiona las jerarquías que la narrativa dominante en la disciplina ha logrado naturalizar y reificar⁷². La narrativa dominante en el derecho comparado presenta el conocimiento jurídico que crea como neutral. Las relaciones verticales innecesarias o injustificadas que crea la narrativa se ofrecen como realidades en las que la subjetividad del comparatista que las produce es irrelevante⁷³. No obstante, en realidad, este conocimiento jurídico es profundamente evaluativo y es una consecuencia, en parte, de los compromisos morales, políticos y jurídicos del comparatista. En consecuencia, el derecho comparado crítico cuestiona, por ejemplo, el binarismo derecho/no derecho que trae como consecuencia la descripción y calificación positiva de todos aquellos sistemas normativos que se identifiquen con las características del derecho occidental y la descripción y evaluación negativa, como meroseudoderecho, de todos aquellos sistemas normativos que no se identifican con el derecho occidental⁷⁴. Asimismo, cuestiona las jerarquías que crea el producto paradigmático del derecho comparado dominante del siglo xx: las familias jurídicas. El derecho comparado crítico refuta la idea de que las familias jurídicas occidentales, la civilista y la consuetudinaria, son las únicas que han logrado construir verdadero derecho, mientras que las familias jurídicas no occidentales, la musulmana o la hinduista, por ejemplo, solo han logrado construir sistemas normativos morales o

72 Ralf Michaels, "Comparative Law by Numbers?: Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law", *American Journal of Comparative Law* 57 (2009), pp. 765-795; Bonilla Maldonado, *Barbaros jurídicos*, p. 211-212.

73 Darian-Smith, "Postcolonialism: A Brief Introduction", *Social and Legal Studies* 5, n.º 3 (1996), pp. 291-299, 296; Frankenberg, "Comparaciones críticas", p. 79.

74 Daniel Bonilla Maldonado, "Hacia un constitucionalismo del Sur Global", en Daniel Bonilla Maldonado (ed.), *Constitucionalismo del Sur Global* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2014), pp. 18-19; Boaventura de Sousa Santos, "Three Metaphors for a New Conception of Law: The Frontier; the Baroque and the South", *Law & Society Review* 29, n.º 4 (1995), pp. 579-582; Mark van Hoecke y Mark Warrington, "Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law", *The International and Comparative Law Quarterly* 47, n.º 3 (1998), pp. 498-499; Ugo Mattei, "Comparative Law and Critical Legal Studies", en Mathias Reimann y Reinhard Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford University Press, 2006), p. 815; Michaela Hailbronner, "Overcoming Obstacles to North-South Dialogue: Transformative Constitutionalism and the Fight against Poverty and Institutional Failure", *Verfassung und Recht in Übersee* 49 (2016), p. 253.

políticos⁷⁵. Por último, cuestiona las jerarquías que crea la idea de que las familias jurídicas occidentales están compuestas por sistemas madre y sistemas hijo. Los primeros son los creadores de los estilos o las ideologías que caracterizan a cada familia mientras que los segundos solo los reproducen⁷⁶. Los sistemas jurídicos de Francia y Alemania son las fuentes de la tradición civilista; los ordenamientos legales de Gran Bretaña y Estados Unidos son las fuentes de la tradición consuetudinaria. El resto de sistemas que pertenecen a cada una de estas familias reproducen con mayor o menor precisión, con mayores o menores variaciones, los estilos o las ideologías de los sistemas madre⁷⁷.

La arista epistemológica de la crítica

La arista epistemológica de la dimensión crítica cuestiona las premisas y el método del derecho comparado. Los objetos de estudio que componen esta arista epistemológica pueden ser reunidos en las siguientes seis categorías: concepto de derecho; universalización de lo particular; separación entre el derecho y la política; debilidades metodológicas y teóricas; univocalidad del derecho comparado; y relación entre el derecho y la cultura⁷⁸. El derecho comparado crítico, primero, cuestiona que la narrativa dominante del derecho comparado identifique el derecho con la ley; que los contenidos de este tipo de norma se identifiquen con un grupo de instituciones occidentales liberales que forman un sistema coherente, único, autónomo y cerrado que típicamente genera un solo conjunto de consecuencias positivas; y que el significado de la ley se entienda como determinado por sus formulaciones lingüísticas o por criterios de interpretación que la misma ley prevé⁷⁹. El derecho comparado crítico considera que el formalismo del derecho comparado dominante va más allá de la identificación del derecho con las reglas. Asimismo, considera que esta forma de

75 Pier Giuseppe Monateri, "Gayo el Negro: Una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental", en *La invención del derecho privado* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Uniandes, 2006), pp. 97, 103-106; Upendra Baxi, "The Colonialist Heritage of Comparative Law", en Pierre Legrand y Roderick Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), p. 49.

76 Véanse David Scott Clark, "The Idea of the Civil Law Tradition", en John Henry Merryman y David Scott Clark (eds.), *Comparative and Private International Law* (Berlín: Duncker and Humblot, 1990), pp. 11-23; Schmidhauser, "Legal Imperialism: Its Enduring Impact on Colonial and Post-Colonial Judicial Systems", *International Political Science Review / Revue Internationale de Science Politique* 13, n.º 3 (1992), pp. 321-134; R. Daniel Kelemen y Eric C. Sibbitt, "The Globalization of American Law", *International Organization* 58, n.º 1 (2004), pp. 103-136.

77 Bonilla Maldonado, *Bárbaros jurídicos*, pp. 177-179, 195.

78 Maxim Bönnemann y Laura Jung, "Critical Legal Studies and Comparative Constitutional Law", en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law* (Oxford: Max Planck Institute y Oxford University Press, 2017); Bonilla Maldonado, *Bárbaros jurídicos*, pp. 217-245.

79 Christopher Langdell, "Harvard Celebrated Speeches", *The Law Quarterly Review* 3 (1887), p. 124; Roberto Unger, *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task* (Nueva York: Verso Books, 1986), p. 1.

discurso y práctica del derecho comparado homogeneiza un campo que es profundamente heterogéneo⁸⁰. El derecho comparado crítico argumenta, además, que existen otras formas de describir el derecho fuera de la formalista, entre otras, la realista, la culturalista o la que ofrecen los estudios legales críticos, y que las reglas de papel son solo un componente del derecho, uno que en ocasiones nada tiene que ver con las reglas en acción que efectivamente deciden los conflictos sociales (y que son las que deberían compararse)⁸¹.

Asimismo, argumenta que los contenidos de los ordenamientos jurídicos que existen en el globo no se identifican necesariamente con un pequeño grupo de instituciones que pertenecen al canon liberal, como “sujetos de derechos”, “derechos individuales”, “propiedad”, “economía de mercado” y “secularismo”⁸². Los contenidos del derecho de los sistemas normativos que el mundo no occidental identifica como derecho varían enormemente en cuanto a la filosofía política de la que se nutren (socialista, musulmana o hinduista, por ejemplo), la manera como se ensamblan (diferentes formas de estructurar un sistema jurídico liberal, entre otros) o los efectos que las instituciones liberales o iliberales generan (altos grados de desigualdad o de concentración de poder, por ejemplo). Finalmente, el derecho comparado crítico muestra la polisemia de las normas jurídicas, así como la diversidad de variables jurídicas y no jurídicas que influyen en la determinación de sus contenidos⁸³. Para el derecho comparado crítico el derecho se caracteriza por su indeterminación, no por su determinación, y exige que, al compararlos, la académica del derecho tenga en cuenta la multiplicidad de interpretaciones que existen sobre una misma norma dentro de los sistemas jurídicos que constituyen su objeto de estudio.

Segundo, el derecho comparado crítico cuestiona la universalización de lo particular que la narrativa dominante en el derecho comparado promueve soterradamente⁸⁴. Más precisamente, los comparatistas críticos describen, analizan y evalúan negativamente la manera como el derecho occidental, que supuestamente está compuesto únicamente por cierto tipo de normas e instituciones con contenidos liberales unívocos que generan solo cierto tipo de consecuencias generalmente valiosas, se universalizan, se convierten en la única forma de concebir el derecho en el globo. El

80 Michaels y Salaymeh, “Decolonial comparative”, p. 171.

81 Frankenberg, *Comparaciones críticas*, pp. 103-105.

82 David M. Trubek y Álvaro Santos (eds.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006); Jedidiah J. Kroncke, *The Futility of Law and Development: China and the Dangers of Exporting American Law* (Nueva York: Oxford University Press, 2016).

83 Pierre Legrand, “How to compare now”, *Legal Studies* 16, n.º 2 (1996), pp. 232-242.

84 Pierre Legrand, “Jameses At Play: A Tractation on the Comparison of Laws”, *American Journal of Comparative Law* (edición especial) 65, n.º 1 (2017); Munshi, “Comparative Law and Decolonizing”, pp. 212, 226.

derecho comparado crítico explicita y cuestiona que el derecho occidental se haya convertido en un estándar universal necesario, el único posible. La narrativa dominante del derecho ha contribuido no solo a que el derecho occidental se transnacionalice o se internacionalice. Ha contribuido también a que el derecho occidental se convierta en la forma universal de describir el derecho, la forma necesaria para definir lo que “es” el derecho y el tipo de estructura jurídica que ha de importarse/exportarse si los países no occidentales quieren alcanzar objetivos como el desarrollo económico, la paz, la cohesión social o la libertad y prosperidad de sus ciudadanos⁸⁵. El derecho comparado crítico, además, se ha encargado de mostrar el profundo etnocentrismo de esta universalización de lo particular (el derecho verdadero es solo el propio), así como los efectos negativos que tiene para la supervivencia de la heterogeneidad jurídica que existe en el mundo (las tradiciones jurídicas no occidentales son calificadas como primitivas, desuetas o inútiles para el desarrollo económico)⁸⁶. Finalmente, también se ha encargado de estudiar los tipos de control cognitivo que genera esta universalización de lo particular: el “otro” jurídico es visto únicamente por medio de las categorías del derecho occidental, los patrones jurídicos no occidentales son marginados o excluidos por la narrativa, las herramientas conceptuales disponibles para interpretar el mundo normativo se empobrecen radicalmente y el “otro” jurídico, para comprenderse, depende de categorías que no ha creado y que no tienen que ver con sus tradiciones jurídicas⁸⁷.

El derecho comparado crítico, tercero, cuestiona la separación entre el derecho y la política con la que está comprometida la narrativa dominante del derecho comparado. Esta separación se concreta en dos niveles distintos⁸⁸. El primero es la aplicación del derecho. La narrativa dominante del derecho comparado cree que es posible y deseable separar entre los momentos de creación y los momentos de aplicación del derecho. El momento de creación es uno en el que la política se hace presente: las tareas que cumplen el constituyente primario y el legislador se entrecruzan con la filosofía política, los intereses e ideologías partidistas y los balances de poder político, económico y militar que existen en una sociedad. No obstante, luego de este momento de creación, quienes aplican el derecho, los jueces y la administración, pueden hacerlo neutralmente, esto es, separándolo de la política. Para la narrativa dominante, este debe ser el objeto de estudio del buen comparatista; este examina el derecho puro, no el

85 Judith Schacherreiter, “Postcolonial Theory and Comparative Law”, *Verfassung und Recht in Übersee* 49 (2016), pp. 292, 295-296.

86 Nora V. Demleitner, “Combating Legal Ethnocentrism: Comparative Law Sets Boundaries”, *Arizona State Law Journal* 31 (1999), pp. 743-744.

87 Frankenberg, “Comparaciones críticas”, pp. 99-108.

88 Bonilla Maldonado, *Bárbaros jurídicos*, pp. 226-228.

derecho comparado por las subjetividades de sus intérpretes⁸⁹. Para el derecho comparado crítico, en contraste, el buen comparatista es aquel que tiene en cuenta no solo el derecho de papel de los sistemas jurídicos que examina, sino el que tiene en cuenta el derecho en acción, que es una práctica interpretativa profundamente política. La segunda forma en la que se concreta la separación del derecho y la política es en el estudio del derecho. La narrativa dominante del derecho comparado parte de la premisa de que es posible (y deseable) separar el objeto de estudio del sujeto de conocimiento⁹⁰. En consecuencia, para esta narrativa, el comparatista puede (y debe ser) neutral frente a las realidades que investiga. Los productos jurídicos que genera, por tanto, pueden (y deben) no estar contaminados por la política. El derecho comparado crítico ataca esta premisa y enfatiza en el carácter perspectivo del comparatista y, por ende, en la imposibilidad de que los artefactos que construye sean políticamente neutrales⁹¹.

El cuarto conjunto de objeciones que ofrece el derecho comparado crítico está dirigido contra el método alrededor del cual se construye la narrativa del derecho comparado dominante y las debilidades de la teoría que lo fundamenta y desarrolla⁹². El derecho comparado crítico inicia su ataque señalando que la narrativa dominante en la disciplina se ha preocupado históricamente muy poco por cuestiones teóricas y metodológicas. Para una parte del derecho comparado dominante, las razones que fundamentan la comparación son obvias, la solución de problemas sociales, y el método que debe utilizarse un hecho fehaciente que no amerita justificación, describir y analizar las diferencias y similitudes que hay entre los sistemas jurídicos⁹³. Igualmente, está comprometido con un pragmatismo débil que lo aleja de la teoría: lo importante es hacer derecho comparado, dada la urgencia de los problemas sociales que enfrentan los Estados, y no teorizar, lo que solo enreda al comparatista en discusiones abstractas inútiles que generalmente terminan minando su neutralidad política⁹⁴. Ahora bien, otra parte de los comparatistas dominantes se preocupan por el método de la disciplina, aunque se concentran únicamente en el funcionalismo y las razones que lo fundamentan. Para los comparatistas críticos este método del derecho comparado tiene varias debilidades⁹⁵: (1) oscurece y empobrece la riqueza metodológica de

89 Duncan Kennedy, "Political Ideology and Comparative Law", en Mauro Bussani y Ugo Mattei (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), pp. 35-37.

90 Frankenberg, "Comparaciones críticas", pp. 105-107.

91 Kennedy, "Political Ideology", p. 38.

92 Bönenman y Jung, "Critical Legal", pp. 1-3.

93 Vivian Grosswald Curran, "Cultural Immersion, Difference and Categories in us Comparative Law", *American Journal of Comparative Law* 46 (1998), p. 43.

94 Frankenberg, "Comparaciones críticas", pp. 89-94.

95 Ralf Michaels, "El método funcionalista del derecho comparado", en este libro.

la disciplina. En la narrativa dominante el único método que existe dentro del derecho comparado es el funcionalismo, oscureciendo así otros métodos que ya existen dentro de esta área del derecho, entre otros, los métodos cuantitativos y cualitativos que vienen de las ciencias sociales o los métodos cualitativos que utilizan los análisis expresivistas; (2) desconoce que una misma institución jurídica puede tener varias funciones, algunas de las cuales pueden estar en tensión o contradecirse; (3) ignora las dificultades para definir qué es una función y para determinar cuál es la función que cumple una institución jurídica; (4) el funcionalismo dominante en la disciplina se centra únicamente en las reglas de papel, dejando a un lado el derecho en acción; (5) al concentrarse únicamente en las normas de papel, la mayor parte de los funcionalistas no tienen en cuenta que las instituciones que una sociedad tiene para enfrentar sus problemas pueden no ser jurídicas; (6) parten del supuesto empíricamente cuestionable de que existen problemas universales que el derecho comparado puede ayudar a solucionar; y (7) los fines concretos que típicamente ha perseguido el funcionalismo, la uniformización del derecho, los trasplantes jurídicos, y la creación de taxonomías que facilitan y hacen más efectivas estas transferencias de conocimiento jurídico, han tenido como consecuencia la pérdida de diversidad jurídica y la jerarquización innecesaria o indebida de los ordenamientos jurídicos que existen en el globo⁹⁶.

El quinto conjunto de cuestionamientos de la narrativa dominante gira en torno a la univocidad del derecho comparado⁹⁷. La narrativa hegemónica, funcionalista y formalista, considera que el único derecho que vale la pena comparar es el de los sistemas jurídicos occidentales madre que hacen parte de las tradiciones civilista y consuetudinaria. Para la narrativa dominante este es el único derecho que realmente existe en el globo o es el único derecho que realmente puede alcanzar los fines que este tipo de sistema normativo usualmente persigue, entre otros, la solución pacífica de los conflictos, garantizar el orden social, posibilitar que las personas desarrollen sus proyectos de vida o la prosperidad económica de la colectividad⁹⁸. Para el derecho comparado crítico, esta premisa tiene consecuencias negativas específicas en tres ámbitos: se promueve la idea de que el derecho no occidental no tiene historia propia (esta inicia solo cuando tiene contacto con el derecho occidental) o no tiene historia que valga la pena ser contada; los derechos occidentales no son considerados objetos de estudio

96 Michaels, "El método funcionalista"; Michele Graziadei, "The Functionalist Heritage", en Pierre Legrand y Roderick Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), p. 100; Ralf Michaels, "Comparative Law by Numbers? Legal Origins, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law", *American Journal of Comparative Law* 57, n.º 4 (2009).

97 Darian-Smith, "Postcolonial Law", p. 649; Bonilla Maldonado, *Bárbaros jurídicos*, pp. 230-234.

98 Mariana Pargendler, "The Rise and Decline of Legal Families", *American Journal of Comparative Law* 60, n.º 4 (2012), p. 1043.

valiosos y, por tanto, son excluidos o enviados a las márgenes de la disciplina⁹⁹; y el “otro” jurídico es considerado no un par del “yo” legal sino uno bárbaro jurídico, un ser diferente pero jurídicamente inexistente o legalmente inferior si se le compara con el sujeto de derechos occidental¹⁰⁰. La consecuencia general que tiene esta premisa es que el derecho comparado se vuelve monofónico, una disciplina en la que se oye únicamente una melodía jurídica, una disciplina que no es capaz de dar cuenta de la polifonía jurídica que existe en el globo¹⁰¹.

Finalmente, el último conjunto de críticas se estructura alrededor de la relación entre cultura y derecho. Para el derecho comparado crítico la narrativa dominante en el derecho comparado parte de la premisa de que el derecho y la cultura tienen una relación unidireccional. El derecho es un epifenómeno de la cultura; la cultura es la causa del derecho. Asimismo, el derecho comparado dominante parte de la base de que cada nación tiene una cultura homogénea y que esta cultura debe verse reflejada y protegida por un único sistema jurídico¹⁰². Del mismo modo, la narrativa dominante en el derecho comparado asume que hay culturas fuertes que tienen la capacidad de crear derecho, las culturas del Norte Global, y culturas pobres que no tienen la posibilidad de crear derecho, las culturas del Sur Global, que a lo sumo pueden crear sistemas normativos morales o políticos para garantizar el orden social¹⁰³. Paradójicamente, la narrativa dominante del derecho comparado también argumenta que la cultura y el derecho pueden separarse¹⁰⁴. El sentido de las formas jurídicas no depende de la cultura en la que están inmersos. Depende, más bien, de las estructuras formales que tienen las normas y sus contenidos. No dependen de nada externo para producir significados. Esta separación permite que los productos jurídicos viajen entre distintas jurisdicciones.

Los comparatistas críticos consideran que estas premisas son descriptiva y normativamente problemáticas. Estas premisas pierden de vista que el derecho y la cultura están entrecruzados, que tienen relaciones bidireccionales y que sus significados están ineludiblemente entrelazados con el horizonte de perspectivas en los que emergen y se aplican cotidianamente¹⁰⁵.

99 Teemu Ruskola, “Orientalismo jurídico”, en este libro; y Diego López-Medina, “Repositioning Latin America and the Caribbean in the Contemporary Maps of Comparative Constitutional Law”, en *The Cambridge Companion to Comparative Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), pp. 344-367.

100 Bonilla Maldonado, *Bárbaros jurídicos*, pp. 217-226.

101 Pierre Legrand, “Comparative Legal Studies and the Matter of Authenticity”, *Journal of Comparative Law* 1, n.º 2 (2006), pp. 365-460.

102 Daniel Bonilla Maldonado, “The Concept of Culture and the Cultural Study of Law: An Essay”, *Verfassung und Recht in Übersee. World Comparative Law* 52, n.º 3 (2019), p. 297.

103 Culturas pobres y ricas.

104 Alan Watson, “Introducción a los trasplantes jurídicos”, en este libro.

105 Pierre Legrand, “El derecho extranjero como estrategia de autodefinición de la identidad del jurista o *self-fashioning*”, en este libro; Paul W. Kahn, “Comparative Constitutionalism in a New Key”, *Michigan Law Review* 101, n.º 8 (2003), p. 2677.

Los trasplantes jurídicos, por tanto, son imposibles o son normativamente indeseables, como se discutió en la sección sobre trasplantes jurídicos¹⁰⁶. Asimismo, para los comparatistas críticos, las premisas de la narrativa dominante anotadas desconocen la diversidad cultural que usualmente constituyen a los Estados y, por tanto, las diferencias jurídicas que existen en muchos de ellos¹⁰⁷. Finalmente, estas premisas también marginan las voces culturales y jurídicas no occidentales del diálogo legal global, oscurecen las contribuciones que estas voces han hecho al derecho occidental¹⁰⁸, entre otras, la influencia del derecho egipcio o el derecho judío en el derecho occidental, o desechan sin justificación o sin justificación suficiente el valor que tienen cánones jurídicos alternativos, por ejemplo, el derecho islámico o hinduista¹⁰⁹. Del mismo modo, estas premisas ignoran la heterogeneidad interna que usualmente caracteriza a las culturas y el carácter híbrido de buena parte del derecho que existe en el mundo, entre otras, el entrecruzamiento de las tradiciones civilista y consuetudinaria en el derecho occidental. Las culturas no son puras, argumentan los comparatistas críticos. El sincretismo es un proceso común en todo el globo para la creación o el desarrollo de productos jurídicos y la hibridez jurídica no es un sinónimo de contaminación legal, sino un sinónimo de la creatividad e innovación en el campo jurídico¹¹⁰. Finalmente, ignoran la relación que tiene el derecho, como parte de la cultura, en los procesos de creación de las identidades individuales y colectivas. El derecho hace parte del horizonte de perspectiva dentro del cual los sujetos se construyen.

La dimensión normativa del derecho comparado crítico

La dimensión normativa del derecho comparado crítico, que ocupa un espacio comparativamente menor que la que ocupa la dimensión crítica en este movimiento intelectual, puede dividirse en las siguientes categorías:

106 Legrand, "La imposibilidad de los 'trasplantes jurídicos'", en este libro.

107 Pierre Legrand, "The Return of the Repressed: Moving Comparative Legal Studies Beyond Pleasure", *Tulane Law Review* 75 (2001), pp. 1033, 1036; Cheryl Anne Saunders, "Towards a Global Constitutional Gene Pool", *National Taiwan University Law Review* 4, n.º 1 (2009); Grosswald, "Cultural Immersion", pp. 83-84; Simon Roberts, "Against Legal Pluralism", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 30 (1998), pp. 95-106, 98.

108 Ugo Mattei, "An Opportunity not to Be Missed: The Future of Comparative Law in The United States", *American Journal of Comparative Law* 46 (1998), p. 712.

109 Monateri, "Gayo el Negro".

110 Isabel Cristina Jaramillo y Helena Alviar, "Políticas de un particularismo transmutado", en Daniel Bonilla Maldonado (ed.), *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Uniandes, 2009), pp. 91-117; Isabel Cristina Jaramillo, "Un examen a los intercambios académicos: Más allá de la división entre Norte y Sur", en Daniel Bonilla Maldonado (ed.), *Geopolítica del conocimiento jurídico* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Uniandes, 2015), p. 341; Darian-Smith, "Postcolonialism: A Brief Introduction"; Eve Darian-Smith, "Postcolonial Law", en James D. Wright (ed.), *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences* 18 (Oxford: Elsevier, 2015), pp. 647-651; Nathaniel Berman, "Aftershocks: Exoticization, Normalization and the Hermeneutic Compulsion", *Utah Law Review* 2 (1997), p. 281.

reivindicación de la heterogeneidad jurídica y cultural, entrecruzamiento entre derecho y política y particularización de lo universal.

Heterogeneidad jurídica y cultural

Las contribuciones normativas del derecho comparado crítico en esta área son tres: por un lado, este movimiento intelectual hace una defensa firme de la diversidad jurídica y cultural¹¹¹. El objetivo del derecho comparado no debe ser únicamente la construcción de semejanzas que permitan la homogenización jurídica, sino la articulación de diferencias que permitan ver la diversidad jurídica que existe en el mundo. Para los comparatistas críticos es moralmente indeseable y políticamente cuestionable que el derecho comparado tenga como objetivo la homogenización jurídica para facilitar la materialización o el funcionamiento de procesos como la globalización político-económica o la concreción de proyectos políticos como el cosmopolitismo liberal. La diversidad jurídica y cultural complejiza nuestras vidas, evidencia el carácter perspectivo de nuestros horizontes normativos y ofrece un sinnúmero de herramientas para interpretar el mundo más ricamente¹¹². Asimismo, el derecho comparado crítico reconoce la diversidad de conceptos de derecho que ofrece la teoría del derecho y promueve su uso dentro de la disciplina. La riqueza del debate teórico sobre el concepto de derecho debe permear el derecho comparado. El reinado absoluto del concepto formalista del derecho dentro de la disciplina debe desaparecer¹¹³. Perspectivas que van desde la escuela libre del derecho, la libre investigación científica y el realismo jurídico estadounidense hasta los estudios legales críticos, los estudios críticos de raza y el postmodernismo jurídico deben romper la hegemonía que ha tenido el formalismo jurídico dentro del derecho comparado.

Finalmente, el derecho comparado crítico propone oír las múltiples melodías que tiene el derecho en el mundo y, por tanto, propone alejarse del derecho comparado que solo ve en el derecho no occidental un proyecto fallido¹¹⁴, una fuente de estudio de culturas o sociedades exóticas o el espacio que debe ser desarrollado por medio del trasplante de productos jurídicos occidentales¹¹⁵. El derecho comparado crítico, por tanto,

111 Baxi, "The Colonialist Heritage of Comparative Law", p. 46.

112 Legrand, "The Return of the Repressed".

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

114 Jorge Esquirol, "The Latin American Tradition of Legal Failure", *Comparative Law Review* 2 (2011), p. 1.

115 Tapiwa V. Warikandwa y Samuel K. Amoo, "African Law in Comparative Law: A Case of Undermining African Jurisprudence and Promoting a New World Order Agenda?", en Artwell Nhemachena, Tapiwa V. Warikandwa y Samuel K. Amoo (eds.), *Social and Legal Theory in the Age of Decolonality: (Re-)Envisioning Pan-African Jurisprudence in the 21st Century* (Mankon, Bamenda, Camerún: Langaa Research and Publishing, 2018), pp. 299-326, 318.

promueve distanciarse del derecho comparado *para* el Sur Global y reconocer los límites del derecho comparado *con* el Sur Global¹¹⁶. Este tipo de derecho comparado incluye las voces del Sur Global dentro de la disciplina para incrementar el patrimonio genético disponible¹¹⁷, para garantizar la representatividad de las muestras que se analizan en los proyectos de investigación o como una propuesta normativa que considera que las dos geografías conceptuales deben ser consideradas como pares¹¹⁸. No obstante, este es un tipo de derecho comparado que sigue manteniendo firmes las fronteras entre el derecho del Norte Global y del Sur Global y sigue considerando al derecho del segundo como poco útil para pensar, transformar o enriquecer el derecho del primero.

En contraste, el derecho comparado crítico promueve el desarrollo de un derecho comparado *desde* el Sur Global, esto es, un tipo de derecho comparado que tiene en cuenta las experiencias y sistemas jurídicos del Sur Global para repensar la disciplina y para reinterpretar o transformar el derecho del Norte Global¹¹⁹. Este tipo de derecho comparado reconoce que, a pesar de las diferencias que existen entre los muchos ordenamientos que pertenecen al Sur Global, estos comparten algunos macropatrones que hacen que su experiencia jurídica y política sea distinta a la de los países del Norte Global, a saber, su experiencia colonial y poscolonial, así como su carácter periférico y sus marcados problemas de desigualdad y pobreza¹²⁰. Para el derecho comparado desde el Sur Global estos macropatrones han llevado a que el Sur Global articule productos jurídicos innovadores para enfrentar los problemas que afectan a sus sociedades, productos jurídicos que podrían ser útiles también en el Norte Global¹²¹. Para el derecho comparado crítico, la experiencia particular del Sur Global y su derecho, más importante aún, serviría para cuestionar las premisas y los métodos dominantes en la disciplina. El derecho comparado desde el Sur Global, por ejemplo, podría ayudar a eliminar las jerarquías injustas que la narrativa dominante en el derecho comparado ha creado y contribuiría a multiplicar las voces que participan en la disciplina, así como los

116 Philipp Dann, Michael Riegner y Maxim Bönnemann, "Towards a Southern Turn in Comparative Constitutional Law: An Introduction", en Philipp Dann, Michael Riegner y Maxim Bönnemann (eds.), *The Global South and Comparative Constitutional Law* (Oxford: Oxford University Press, 2020).

117 Saunders, "Towards a Global Constitutional Gene Pool".

118 Heinz Klug, *Constituting Democracy: Law, Globalism, and South Africa's Political Reconstruction* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000); Theunis Roux, *The Politico-Legal Dynamics of Judicial Review* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018); Gary Jeffrey Jacobsohn, *The Wheel of Law: India's Secularism in Comparative Constitutional Context* (Princeton: Princeton University Press, 2003).

119 Dann, Riegner y Bönnemann, *Towards a Southern Turn*,

120 *Ibidem*.

121 Philipp Dann y Arun Thiruvengadam (eds.), *Democratic Constitutionalism in Continental Polities: European Union and India Compared* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020); Gary Jeffrey Jacobsohn, *The Wheel of Law: India's Secularism in Comparative Constitutional Context* (Princeton: Princeton University Press, 2003).

métodos y los marcos teóricos que le dan forma¹²². El derecho comparado desde el Sur Global promueve también la interdisciplinariedad como medio para acercarse a fenómenos complejos como el derecho foráneo¹²³. Disciplinas como la antropología, la sociología, la ciencia política y la filosofía ofrecen premisas y métodos que pueden ayudar al comparatista a acercarse ricamente a las culturas jurídicas que examina¹²⁴. Las ciencias sociales, por ejemplo, ofrecen distintas formas de comprender la relación entre cultura y derecho, ofrecen métodos cuantitativos y cualitativos como las entrevistas estructuradas o semiestructuradas, así como las regresiones para manejar grandes bases de datos, que permiten acercarse de maneras distintas, más complejas, a la comparación jurídica¹²⁵. La filosofía, entre otras cosas, ofrece argumentos para comprender el carácter interpretativo de la tarea del comparatista o las relaciones que este puede tener con su objeto de conocimiento¹²⁶.

El derecho y la política

El derecho comparado crítico argumenta que el derecho se entrecruza con la política. Una descripción precisa de la realidad jurídica muestra que tanto el operador jurídico que aplica el derecho como el académico que estudia el derecho están atravesados por la política¹²⁷. No son actores neutrales con respecto al derecho que aplican o con respecto al derecho que investigan. Los elementos que constituyen sus identidades ineludiblemente afectan la manera como se aproximan a la práctica o al estudio del derecho. El derecho comparado crítico, por tanto, propone que los operadores jurídicos reconozcan su carácter perspectivo. Asimismo, sugiere que los operadores tomen distancia del horizonte de perspectivas que los constituye¹²⁸. Este proceso de autorreflexión que es siempre parcial, puesto que el operador no puede ubicarse en un vacío conceptual para evaluar la red de significados que lo constituye, les ayudara a comprender quiénes son

122 Florian Hoffmann, "Facing South: On the Significance of an/other Modernity in Comparative Constitutional Law", en Philip Dann, Michael Riegner y Maxim Bönnemann (eds.), *The Global South and Comparative Constitutional Law* (Oxford: Oxford University Press, 2020).

123 Günter Frankenberg, "Comparing Constitutions: Ideas, Ideals, and Ideology - Toward a Layered Narrative", *International Journal of Constitutional Law* 4, n.º 3 (2006), p. 439.

124 Günter Frankenberg, *Comparative Constitutional Studies: Between Magic and Deceit* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018).

125 Ran Hirschl, "Sobre la matriz metodológica difusa del derecho constitucional comparado", en este libro; Armin von Bogdandy, "Comparative Constitutional Law as a Social Science? A Hegelian Reaction to Ran Hirschl's Comparative Matters", *Verfassung und Recht in Übersee - World Comparative Law* 49, n.º 3 (2016), p. 278.

126 Legrand, "El derecho extranjero como estrategia de autodefinición de la identidad del jurista o self-fashioning", en este libro.

127 Bonilla Maldonado, *Bárbaros jurídicos*, pp. 226-230.

128 Frankenberg, "Comparaciones críticas", pp. 80-89.

en cuanto sujetos jurídicos particulares y el carácter inevitablemente perspectivo de sus identidades jurídicas. El derecho comparado crítico también considera que este proceso de autorreflexión le permitirá abrirse a la diferencia, abrirse a discursos y prácticas radicalmente distintos al propio, así como evitar describirlos, analizarlos o evaluarlos haciendo uso de los lentes conceptuales que lo constituyen¹²⁹. De esta forma, el “otro” jurídico podrá aparecer en su diferencia y no como un individuo que encuadra o no encuadra en las categorías del comparatista¹³⁰.

La particularización de lo universal y la universalización del “otro” derecho

El derecho comparado crítico propone que el derecho occidental debe provincializarse¹³¹. De esta forma, propone que el derecho comparado examine las raíces históricas del derecho occidental, principalmente cristianas y liberales, explore las influencias que otras tradiciones han tenido en su construcción, y analice los procesos mediante los cuales esta experiencia particular, con todos sus logros y sus fallas, se convirtió en el único estándar posible para describir, analizar y evaluar el derecho en el globo¹³². Este tipo de proyecto académico permitirá tomar conciencia del carácter perspectivo del derecho occidental, radicalmente perdido por su naturalización y reificación. Asimismo, el derecho comparado crítico sugiere que se universalicen los productos jurídicos del Sur Global que sean innovadores y útiles para comprender o transformar la realidad social en otras partes del mundo¹³³. Esta universalización se entiende desde esta perspectiva como un proceso contingente, reversible y perspectivo. No hay nada necesariamente universal en el derecho no occidental, como tampoco lo hay en el derecho occidental. Esta universalización contingente del derecho del Sur Global es una consecuencia del reconocimiento que hace el derecho comparado desde esta geografía conceptual de la riqueza, diversidad y valor que tiene el derecho que se construye en el Sur Global¹³⁴.

129 *Ibidem*.

130 Teemu Ruskola, *Legal Orientalism* (Cambridge: Harvard University Press, 2013), p. 54.

131 Dipesh Chakrabarty, *Provincializing Europe: Postcolonial Thought and Historical Difference* (Nueva Jersey: Princeton University Press, 2000).

132 Monateri, “Gayo el Negro”.

133 Jean Comaroff y John L. Comaroff (eds.), *Law and Disorder in the Postcolony* (Chicago: University of Chicago Press, 2006); Jean Comaroff y John L. Comaroff, *Theory from the South: Or, How Euro-America is Evolving Toward Africa* (Nueva York: Routledge, 2012); Upendra Baxi, “Postcolonial Legality: A Postscript from India”, *Verfassung und Recht in Übersee - World Comparative Law* 45, n.º 2 (2012), p. 178; Roger Merino, “Reimagining the NationState: Indigenous Peoples and the Making of Plurinationalism in Latin America”, *Leiden Journal of International Law* 31, n.º 4 (2018), p. 773.

134 Boaventura de Sousa Santos, *Epistemologies of the South: Justice against Epistemicide* (Nueva York: Routledge, 2016), pp. 73-76; Daniel Bonilla Maldonado y Michael Riegner, “Decolonization”, en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, en línea (Oxford:

Esto no significa, claro, que todo su derecho sea valioso, que deba considerarse valioso *a priori* o que sus productos jurídicos no puedan evaluarse negativamente. No obstante, sí significa que como punto de partida no pueda descalificarse todo el derecho del Sur Global comoseudoderecho y que las valoraciones positivas o negativas de sus productos deban estar siempre empírica y teóricamente justificadas. El derecho comparado crítico, por tanto, promueve investigaciones que permitan comprender rica y complejamente los productos valiosos del Sur Global y la manera como estos se entrecruzan con las culturas de los países que hacen parte de esta geografía conceptual¹³⁵. El derecho comparado, argumenta el derecho comparado crítico, debe contribuir a la comprensión de las maneras como los productos jurídicos se entrecruzan con las dinámicas sociales, la historia, las racionalidades políticas, las filosofías y las lenguas de las sociedades en las que emergen.

Conclusiones

El derecho comparado, que en su día se describió como afectado por un “complejo de Cenicienta”, ha evolucionado y madurado en las últimas décadas. El debate metodológico, antes escaso y a menudo mal visto, genera ahora mucho más interés. El que no se haya creado un canon o no se haya logrado articular una metodología que sea ampliamente aceptada, puede hablar más de la fuerza que de la debilidad del derecho comparado. Lo que falta no es tanto la canonización metodológica, sino la traducción de los hallazgos metodológicos en estudios comparativos concretos. Por un lado, son muy pocos los estudios comparativos que hacen uso de los avances propuestos; gran parte del derecho comparado se sigue haciendo sobre una base *ad hoc*, sin tener en cuenta las cuestiones metodológicas y teóricas. Por otro lado, muchas contribuciones metodológicas y teóricas se quedan en el nivel de la abstracción. Contienen críticas a los modelos existentes y dirigen a la disciplina exigencias a menudo audaces, pero sus autores muestran poca disposición a mostrar por medio de sus propios trabajos la manera como las críticas y las exigencias pueden convertirse en avances de la disciplina. En vista de esta brecha entre la teoría y la práctica del derecho comparado, una mejor comprensión de los debates teóricos y metodológicos solo puede ser un primer paso hacia el fortalecimiento de la disciplina.

Max Planck Institute y Oxford University Press, 2021); Jan Komárek, “Waiting for the Existential Revolution in Europe”, *International Journal of Constitutional Law* 12, n.º 1 (2014), p. 190.

135 Diego López-Medina, *Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana* (Bogotá: Legis, Universidad Nacional de Colombia y Uniandes, 2013), pp. 15-61; Pierre Legrand, “Comparative Legal Studies and the Matter of Authenticity”, *The Journal of Comparative Law* 1, n.º 2 (2016), pp. 365, 369.

Ni esta introducción ni los ensayos que se traducen en este libro pueden alcanzar estos objetivos por sí solos. Tampoco podemos ofrecer aquí, en los textos y en las referencias de las notas a pie de página, más que un vistazo a estos debates. Nuestra más modesta esperanza es que su publicación, junto con la de otros volúmenes similares, facilite a los lectores hispanohablantes el acceso a los debates metodológicos y teóricos de una disciplina todavía bastante eurocéntrica. Si el emergente derecho comparado latinoamericano, tan importante tanto a nivel regional como mundial, ha de participar en los debates globales sobre el derecho comparado, si ha de ayudar a configurar y descolonizar la disciplina, debe tener acceso tanto al *statu quo* como a los elementos críticos, poscoloniales y decoloniales. Queda mucho por hacer en materia de derecho comparado, y este libro puede servir como una pequeña herramienta que ayude a la materialización de esta tarea colectiva.

PARTE I

CONCEPTOS, FINES Y MÉTODOS

El método funcionalista del derecho comparado^{*, **}

Ralf Michaels

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.716>

** Este capítulo es una traducción de Ralf Michaels, "The Functional Method of Comparative Law", en Reinhard Zimmermann y Mathias Reimann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2.^a ed.; Nueva York: Oxford University Press, 2019).

“El método funcionalista”

El método funcionalista se ha convertido en el mantra y en la *bête noire* del derecho comparado. Para sus proponentes es el método más fructífero, y tal vez el único¹; para sus oponentes representa todo lo malo presente en el derecho comparado dominante. El debate sobre el método funcionalista es, en realidad, mucho más que una disputa metodológica. Es el punto focal de casi todas las discusiones sobre el campo del derecho comparado en su conjunto: proyectos e intereses académicos, centro frente a periferia; lo tradicional frente a la vanguardia; la convergencia frente al pluralismo; el instrumentalismo frente a la hermenéutica; la tecnocracia frente a la cultura, y otras oposiciones similares.

En la teoría y en la práctica del derecho comparado ese método funcional es una quimera². Como teoría apenas existe, al menos en una versión elaborada. El texto de referencia habitual para los defensores y los

1 Véase, por ejemplo, para Estados Unidos, John Reitz, “How to do Comparative Law”, 46 *American Journal of Comparative Law* 617 (1998), pp. 620-623; Mathias Reimann, “The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century”, 50 *American Journal of Comparative Law* 671 (2003), pp. 679-680; para Francia, Marc Ancel, *Utilité et méthodes de droit comparé* (Neuchâtel: Editions Ides et Calendes, 1971), pp. 97 y ss., 101-103; *ibid.*, “Le problème de la comparabilité et la méthode fonctionnelle en droit comparé”, en Ronald H. Graveson et al. (eds.), *Festschrift für Imre Szabó* (Tübingen: JCB Mohr, 1982), pp. 1-6; para Inglaterra, Hugh Collins, “Methods and Aims of Comparative Contract Law”, 11 *Oxford Journal of Legal Studies* 396 (1989), pp. 399 y ss.; Peter de Cruz, *Comparative Law in a Changing World* (Londres: Cavendish Publishing Ltd, 1995); para Alemania, Hein Kötz, “Comparative Law in Germany Today”, 51 *Revue internationale du droit comparé* 753 (1999), pp. 755-756; para Escandinavia, Michael Bogdan, *Comparative Law* (Göteborg: Kluwer Tano, 1994), pp. 59-60; para una perspectiva socialista, Imre Szabó, “Theoretical Questions of Comparative Law”, en Imre Szabó y Zoltán Péteri (eds.), *A Socialist Approach to Comparative Law* (Leyden y Budapest: Sijthoff, 1977), pp. 9, 36-38; para el crecimiento y el declive en Italia, Pier Giuseppe Monateri, “Critique et différence: Le droit comparé en Italie”, 51 *Revue internationale du droit comparé* 989 (1999), pp. 991-992.

2 Véase también Anatoliy V. Tkachenko, “Functionalism and the Development of Comparative Law Cognition”, 5 *Journal of Comparative Law* 71 (2010).

opositores es un breve capítulo en un manual introductorio, un texto que en su concepción original tiene ya más de cincuenta años³ y cuyo autor, Zweigert, expresó desdén por el debate metodológico⁴ y una preferencia por la inspiración como guía última, en lugar de por el rigor metodológico⁵. Ni siquiera un texto seminal como el de Zweigert podría proporcionar todos los elementos de una teoría, ni bastaría para refutar todas las críticas contra ella. Además, una revisión rápida de la teoría del derecho comparado revela que el funcionalismo es, y siempre ha sido, solo uno de entre varios enfoques de la microcomparación. Al menos existen actualmente otros tres enfoques principales distintos del funcionalismo⁶: la historia comparada del derecho, el estudio de los trasplantes jurídicos y el estudio comparado de las culturas jurídicas.

Con respecto a la práctica, el enfoque funcional es la base de algunos de los estudios explícitos más famosos y exitosos, pero son famosos en gran medida por lo infrecuentes⁷. Muchas veces, para los proponentes y

- 3 Konrad Zweigert y Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (trad. Tony Weir; 3.^a ed.; Oxford: Oxford University Press, 1998), pp. 32-47, publicado originalmente en *Einführung in die Rechtsvergleichung* (vol. I, 1971), pp. 27-48; Konrad Zweigert, "Methodological Problems in Comparative Law", 7 *Israel Law Review* 465 (1998). Hay versiones previas: Konrad Zweigert, "Méthodologie du droit comparé", en *Mélanges offerts à Jacques Maury*, vol. I (París: Dalloz & Sirey, 1960), pp. 579-596, también en "Zur Methode der Rechtsvergleichung", 13 *Studium Generale—Zeitschrift für die Einheit der Wissenschaften im Zusammenhang ihrer Begriffsbildung und Forschungsmethoden* 193 (1960); Ernst von Caemmerer y Konrad Zweigert, "Évolution et état actuel de la méthode du droit comparé en Allemagne", en *Livre du Centenaire de la société de législation comparée* (París: Fayard, 1969), pp. 267, 282-297. El enfoque funcional se ha practicado antes en Alemania y en otros lugares; véase Max Rheinstein, "Comparative Law and Conflict of Laws in Germany", 2 *University of Chicago Law Review* 232 (1934-1935), p. 252; Hans G. Ficker, "L'état du droit comparé en Allemagne", 10 *Revue internationale du droit comparé* 701 (1958), pp. 716-718; Maximilian Schmitthoff, "The Science of Comparative Law", 7 *Cambridge Law Journal* 94 (1939-1941), pp. 96 y ss.; Tullio Ascarelli, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione* (Milano: Giuffrè, 1952), pp. I y ss.
- 4 Véase *infra* n. 120; véase también *infra* la sección "Funcionalismo de la equivalencia".
- 5 Véase Zweigert y Kötz (n. 3), p. 33, que expresan su aprobación frente a una afirmación de Gustav Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft* (9.^a ed.; Stuttgart: K. F. Koehler, 1958), p. 242 ("Wissenschaften, die sich mit ihrer eigenen Methodenlehre zu beschäftigen Anlaß haben, sind kranke Wissenschaften"; "[...] Las ciencias que están ocupadas con su propia metodología son ciencias enfermas"); pero compárese con la actitud más distanciada de uno de esos autores en Zweigert, "Zur Methode" (n. 3), p. 193 ("mag auf sich beruhen"). Véase también Franz von Liszt, "Das richtige 'Recht' in der Strafgesetzgebung", en Konrad Zweigert y Hans-Jürgen Puttfarcken (eds.), *Rechtsvergleichung* (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978), pp. 57, 58; originalmente en 26 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1906), pp. 553-557: "Es pflegen nicht eben die schaffenskräftigsten unter den Gelehrten zu sein, die sich der Erörterung methodologischer Fragen zuwenden" ("Usualmente, los académicos que se ocupan de cuestiones metodológicas no son los más productivos").
- 6 Cfr. las listas en Béatrice Jaluzot, "Méthodologie du droit comparé: Bilan et prospective", 57 *Revue internationale du droit comparé* 29 (2005), pp. 38 y ss.; Alessandro Somma, "Al capezzale del malato? Riflessioni sul metodo comparatistico", 23 *Rivista critica del diritto privato* 401 (2005); también en *idem*, *Tecniche e valori nella ricerca comparatistica* (Torino: Somma, 2005), pp. 3-71.
- 7 Michele Graziadei, "The Functional Heritage", en Pierre Legrand y Roderick Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), pp. 100-101; Vernon Valentine Palmer, "From Lerotholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology", 53 *American Journal of Comparative Law* 261 (2005), p. 285. Annelise Riles, "Wigmore's Treasure Box: Comparative Law in the Era of Information", 40 *Harvard International Law Journal* 221 (1999), pp. 236-237, llama al funcionalismo una "metodología comprometida", en el sentido de estar en dificultades.

opositores por igual, el “método funcional” no es más que una abreviatura que remite al derecho comparado tradicional. Nos lo ilustran dos obras recientes sobre temas parecidos. Stefan Vogenauer coloca de manera explícita su estudio amplio sobre la interpretación de leyes en la tradición funcionalista⁸, aunque su análisis se concentra en las formas del argumento jurídico, más que en las funciones. En cambio, Mitchel Lasser describe el método que fundamenta su comparación de los estilos judiciales como un análisis (cultural) de las *mentalités*⁹, pero luego explica los diferentes estilos de los sistemas jurídicos como equivalentes con respecto a las funciones que cumplen: transparencia, responsabilidad de los jueces ante la sociedad y control¹⁰.

En resumen, “el método funcional” es un nombre impreciso en tres sentidos. En primer lugar, no hay un (“el”) método funcional, sino muchos. En segundo lugar, no todos los supuestos métodos funcionales son “funcionales” en absoluto. En tercer lugar, algunos proyectos que dicen seguirlo ni siquiera siguen un “método” reconocible.

¿El derecho comparado funcionalista tiene, entonces, algún significado en realidad? Los comparatistas funcionalistas están de acuerdo en algunos elementos importantes. En primer lugar, el derecho comparado funcionalista es no doctrinal, en el sentido que no se concentra en las normas, sino en sus efectos; no solo en estructuras y argumentos doctrinales, sino en las consecuencias que producen. Por lo tanto, sus objetos son a menudo decisiones judiciales como respuestas a situaciones de la vida real, y los sistemas jurídicos se comparan mediante el análisis de las distintas respuestas judiciales frente a situaciones parecidas.

En segundo lugar, el derecho comparado funcionalista combina su enfoque fáctico con la teoría de que sus objetos deben comprenderse a la luz de su relación funcional con la sociedad. De ahí se deriva que el derecho y la sociedad se piensen como separados, pero relacionados.

En tercer lugar, la función misma sirve como *tertium comparationis*. Las instituciones, jurídicas y no jurídicas, aun las que son diferentes en lo doctrinal, son comparables si son funcionalmente equivalentes, si cumplen parecidas funciones en diferentes sistemas jurídicos.

8 Stefan Vogenauer; *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, vol. 1 (Tübingen: Mohr Siebeck 2001), p. 18, n. 105; véase también *idem*, “Eine gemeineuropäische Methodenlehre des Rechts: Plädoyer und Programm”, 13 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 234 (2005), pp. 246-249.

9 Mitchel de S.-O.-l'E. Lasser; *Judicial Deliberations* (Oxford: Oxford University Press, 2004), p. 362; cfr. *idem*, “The Question of Understanding”, en Legrand y Munday (n. 7), pp. 197-239.

10 Lasser; *Judicial Deliberations* (n. 9), pp. 299 y ss.; véase también *idem*, “Is there a Transatlantic Common Core of Judicial Discourse?”, en Mauro Bassani y Ugo Mattei (eds.), *The Common Core of European Private Law* (La Haya/Londres: Kluwer Law International, 2003), pp. 213-219. Para una crítica parecida a Hyland (véase n. 55) por usar el método funcional, que su libro *Gift* critica, véase Jaakko Husa, “Gift: The Piece that Does not Fit the Legal Puzzle”, 16 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 341 (2009), pp. 349-351.

Un cuarto elemento, que no comparten todas las variantes del método funcional, es que la funcionalidad puede servir como criterio evaluativo. El derecho comparado funcionalista se convierte, entonces, en una “comparación para un mejor derecho”: entre varios derechos, el mejor es el que cumple su función mejor que los otros.

Este ensayo intenta reelaborar y evaluar el derecho comparado funcionalista situándolo en el marco más amplio de otras disciplinas, en especial de las ciencias sociales. Como es obvio, existe el riesgo de que el jurista comparatista use las disciplinas extrañas a la suya —sociología, antropología, filosofía— como lente para su propia disciplina. Sin embargo, los comparatistas saben que mirar mediante los ojos del derecho extranjero nos permite comprender mejor el nuestro, así que mirar el derecho a través de las ópticas de disciplinas extrañas debería ayudarnos a comprender mejor nuestra propia disciplina. Este análisis interdisciplinario ofrece tres promesas. En primer lugar, una mirada interdisciplinaria hace posible una (re)elaboración del método funcionalista mejor fundada teóricamente de como suele presentarse (sección “Conceptos de funcionalismo”, a continuación). Muestra sus conexiones y sus peculiaridades con el desarrollo del derecho comparado y con el desarrollo del funcionalismo en otras disciplinas. En segundo lugar, el enfoque interdisciplinario ayuda a formular y evaluar el concepto de función con el fin de determinar, en realidad, cuán funcional es el método (sección “Funciones de la función”). Igual que el derecho comparado puede recurrir al desarrollo de los métodos funcionales en las ciencias sociales, también puede recurrir al desarrollo de la crítica. Sin embargo, el derecho comparado no es una ciencia social y es ahí donde reside la tercera promesa de un enfoque interdisciplinario: la comparación con el funcionalismo en otras disciplinas puede mostrar lo que hay de especial en el funcionalismo aplicado al derecho comparado y por qué lo que en otras disciplinas se consideraría un defecto metodológico puede ser, de hecho, fructífero en el derecho comparado. Esto abre la puerta a una reformulación del método funcionalista en el derecho comparado.

Conceptos de funcionalismo

En 1971, Konrad Zweigert planteó un monopolio metodológico: “El principio metodológico básico de todo el derecho comparado es el de la funcionalidad”¹¹. Doce años antes que él, Kingsley David había hecho algo parecido en la sociología y la antropología social cuando calificó el análisis estructural-funcional como, “en efecto, sinónimo del análisis sociológico”¹².

11 Zweigert y Kötz (n. 3), p. 34.

12 Kingsley Davis, “The Myth of Functional Analysis as a Special Method in Sociology and Anthropology”, *24 American Sociological Review* 757 (1959), p. 757.

Una vez más, de forma parecida señaló que la afirmación de que hoy todos somos realistas (jurídicos) “se ha efectuado con tanta frecuencia que se ha convertido en un truismo para referirse a otro truismo”¹³.

Esas pretensiones de universalidad indicarían una falta de claridad conceptual, o una falta de complejidad teórica, o ambas cosas. Si el funcionalismo es el único método en una disciplina, existe la posibilidad de que o bien la disciplina no reconozca todo su potencial, o que la idea del método funcional se infle hasta convertirse en un concepto vasto sin significado. De hecho, ni Davis ni Kalman pensaron que se hubiera impuesto una versión específica del funcionalismo en sus respectivas disciplinas. Davis propuso abandonar el concepto de funcionalismo porque difuminaba las diferencias metodológicas subyacentes¹⁴. En el mismo sentido, la cita “todos somos realistas hoy” se ha usado como estrategia para ocultar las contribuciones específicas del realismo jurídico¹⁵ y, en cambio, ha servido para adoptar sus afirmaciones generales, que es una forma de derrotar al realismo abrazándolo hasta ahogarlo. Si todos somos funcionalistas en el derecho comparado, como proclama Zweigert, entonces el funcionalismo no significa gran cosa (ni tampoco, como se tiende a pasar por alto, su rechazo por los críticos).

La reformulación de un concepto más preciso de funcionalismo en cada disciplina revela otro problema, menos obvio, pero más importante: el funcionalismo significa cosas distintas en las diferentes disciplinas. Cabría esperar encontrar parecidos superficiales. Después de todo, el giro en los siglos xix y xx del esencialismo hacia los métodos funcionalistas, de la observación de los objetos hacia la observación de las relaciones entre ellos y con la totalidad, tuvo tanta acogida que se podría hablar de un “giro funcionalista” general, un alejamiento con respecto al esencialismo, en todas las disciplinas académicas y más allá, como pasó en la arquitectura y el diseño (“la forma sigue la función”). Puede que no haya habido concepto más de moda en el siglo xx que el de función¹⁶. Este crecimiento del funcionalismo y su posterior caída, que ocurrieron al mismo tiempo en diferentes disciplinas, sugieren un desarrollo o evolución paralela, e incluso

13 Laura Kalman, *Legal Realism at Yale, 1927-1960* (Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1986), p. 229. Véase también Lawrence Rosen, “Beyond Compare”, en Legrand y Munday (n. 7), pp. 493, 504, que termina su crítica al funcionalismo declarando que “En algún sentido, como es obvio, todos somos funcionalistas y eso es para bien en tanto nos lleva a ver conexiones que no se habrían pensado en obtener en otro caso”.

14 Por ejemplo, Radcliffe-Brown se denominó a sí mismo antifuncionalista para distinguirse de otro gran funcionalista. Malinowski: Alfred R. Radcliffe-Brown, “Functionalism: A Protest”, 51 *American Anthropologist* 320 (1949), p. 321.

15 Véase, más recientemente, Hanoch Dagan, “The Realist Conception of Law”, 57 *University of Toronto Law Journal* 607 (2007); Brian Tamanaha, “Legal Realism in Context”, en Elizabeth Mertz, Stewart Macaulay y Thomas W. Mitchell (eds.), *The New Legal Realism: Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice*, vol. 1 (Nueva York: Cambridge University Press, 2016), p. 147.

16 Reiner Wiehl, *Subjektivität und System* (Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 2000), p. 375.

común, de las ideas¹⁷. La similitud se hace incluso más justificable a la vista de la fertilización mutua de las disciplinas¹⁸: Ernst Cassirer transpuso la idea de las matemáticas y la ciencia a la filosofía¹⁹; los sociólogos, desde Comte y Spencer hasta Parsons y Luhmann pasando por Durkheim, tomaron prestados conceptos biológicos; juristas como Jhering y Pound se inspiraron en las ideas sociológicas de función.

Sin embargo, esa fertilización mutua, como bien saben los comparatistas gracias al debate sobre los trasplantes jurídicos, no es inmune a los malentendidos y las alteraciones, conscientes o no. El relato de un desarrollo común, por atractivo que pueda ser, tiende a pasar por encima de las diferencias entre conceptos y disciplinas, y, en consecuencia, por encima de las diferencias entre diferentes clases de funcionalismo. Esto es problemático, en especial para una disciplina como el derecho comparado que busca su sitio entre las ciencias sociales, por un lado, y los estudios jurídicos, por el otro, y que extrae su inspiración metodológica de ambos. Si los conceptos y los métodos de estas disciplinas son diferentes, el único resultado posible es la falta de correspondencia metodológica.

Es posible distinguir al menos ocho²⁰ conceptos diferentes de funcionalismo en las distintas disciplinas²¹: (1) el finalismo, un funcionalismo neoaristotélico basado en una teleología inherente; (2) el adaptacionismo, un funcionalismo evolucionista en la tradición darwiniana; (3) el constructivismo, un funcionalismo neokantiano que sería intrínseco al derecho; (4) el funcionalismo clásico (durkheimiano), que explica las instituciones por su función para la sociedad; (5) el instrumentalismo, una teoría normativa sobre el uso del derecho para la ingeniería social; (6) el funcionalismo refinado, un método funcionalista que reemplaza ciertos postulados del funcionalismo clásico con hipótesis comprobables empíricamente; (7) el funcionalismo epistemológico, una epistemología que se concentra en las relaciones funcionales en lugar de la ontología de las cosas; y (8) el funcionalismo de la equivalencia, que se basa en estos conceptos pero

17 Las conexiones se establecen, por ejemplo, por Rudolf B. Schlesinger; Hans W. Baade, Peter E. Herzog, y Edward M. Wise, *Comparative Law* (6.ª ed.; Nueva York: Foundation Press, 1998), p. 49; Rosen (n. 13), p. 504.

18 Para ejemplos de autores en dos diferentes disciplinas véanse las referencias en Robert K. Merton, "Manifest and Latent Functions", en *idem*, *Social Theory and Social Structure* (Nueva York: Free Press, 1968), pp. 73, 101, n. 50; reimpresso en N. J. Demerath III y Richard A. Peterson (eds.), *System, Change, and Conflict: A Reader on Contemporary Sociological Theory and the Debate over Functionalism* (Nueva York: Free Press, 1967), 10; Felix S. Cohen, "Transcendental Nonsense and the Functional Method", 35 *Columbia Law Review* 809 (1935), pp. 824-829; *idem*, "The Problems of a Functional Jurisprudence", *Modern Law Review* 5 (1937), p. 9.

19 Ernst Cassirer, *Substanzbegriff und Funktionsbegriff* (Berlín: Verlag von Bruno Cassirer, 1910).

20 Esto no supone una desviación sustantiva de la versión publicada en la primera edición del *Oxford Handbook of Comparative Law* en la que apareció este capítulo, en el que lo que aquí se distingue como constructivismo allí se incluyó en el epígrafe sobre finalismo.

21 Para otra clasificación de diferentes conceptos de funcionalismo véase Martin Mahner y Mario Bunge, "Function and Functionalism: A Synthetic Perspective", 68 *Philosophy of Science* 75 (2001).

subraya el aspecto no teleológico, no causal, de las relaciones funcionales. En gran medida impermeable a las incompatibilidades, el derecho comparado funcionalista (9) usa todas ellas.

Finalismo

El finalismo defiende la idea de que las normas y las instituciones jurídicas tienen propósitos inherentes. Esta idea se remonta hasta la filosofía de Aristóteles, en la que se encuentra la idea de que el derecho desempeña alguna función en la sociedad, en un sentido no especificado. Para Aristóteles, la finalidad de las cosas, su *telos* o *causa finalis*, pertenecía a su naturaleza. A esto subyacía una imagen teleológica del mundo, en el que cada cosa tiende hacia su perfección. El “ser” y el “deber ser” estaban conectados: las leyes correctas se deducirían de la naturaleza de las cosas. Esas ideas se rechazarían luego, tanto en la filosofía como en la teoría del derecho, antes de que, en el siglo XIX, la crisis del positivismo jurídico despertara, simultáneamente, un regreso al derecho natural y al derecho comparado, por un lado, y a las ideas aristotélicas, por el otro. Una vez que podía demostrarse que no solo los problemas, sino también sus soluciones, eran muy parecidos, parecía posible un regreso a una versión mínima del derecho natural o, al menos, al *ius gentium*, basado en una idea aristotélica de función. Con este fin, la tradición retórica recuperada de los tópicos podía ser fructífera²². Los tópicos, que sustituían a los problemas, no llevaban por sí mismos a soluciones universales, pero inspiraban análisis parecidos que podrían conducir a resultados parecidos. El derecho comparado se volvió fenomenológico²³: los comparatistas consideraron las soluciones en diferentes sistemas jurídicos como respuestas a problemas comunes, contingentes en su forma, pero no obstante requeridas por la naturaleza del problema.

El tratado teórico más importante en esta tradición y, al mismo tiempo, una de las obras más importantes del derecho comparado funcionalista es el libro de Josef Esser sobre los principios y las reglas de la creación judicial del derecho²⁴. El funcionalismo de Esser es más rico y complejo que el

22 Fritz von Hippel, *Zur Gesetzmäßigkeit juristischer Systembildung* (Berlín: Junker und Dünhaupt, 1931); Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz* (1954, 5.ª ed.; Múnich: C.H. Beck, 1974); hay traducción inglesa con el título *Topics and Law*, escrita por W. Cole Durham (Fráncfort del Meno: Peter Lang, 1993); Ernst A. Kramer, “Topik und Rechtsvergleichung”, 33 *RabelsZ* (1969) pp. 1-16; para la historia de los tópicos jurídicos véase también Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft* (Múnich: Beck, 2001), pp. 23-48, con referencias en la p. 23, n. 97.

23 Alois Troller, *Überall gültige Prinzipien der Rechtswissenschaft* (Fráncfort del Meno/Berlín: Alfred Metzner, 1965), en especial pp. 4-5; *idem*, “Rechtsvergleichung und Phänomenologie”, en Mario Rotondi (ed.), *Inchieste di diritto comparato, vol. II: Buts et méthodes du droit comparé* (Padua/Nueva York: Oceana, 1973), pp. 685-705, y, en especial, p. 694; ambas con referencias a comparatistas funcionalistas.

24 Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Rechtsfortbildung* (Tübingen: J. C. Mohr, 1956), en especial pp. 31 y ss. y pp. 346 y ss. Por desgracia, no hay traducción al inglés; para reseñas en inglés

que desarrollaría después Zweigert, pero sus elementos centrales son sorprendentemente parecidos: las instituciones son contingentes, mientras que los problemas son universales; la función puede servir como *tertium comparationis*; diferentes sistemas jurídicos encuentran soluciones parecidas por medios diferentes, de manera que se pueden encontrar principios universales del derecho y formularse como un sistema con su propia terminología²⁵. La razón para la similitud de las soluciones se considera inherente a los problemas y se pueden elaborar argumentos a partir de la *Nature der Sache* (la naturaleza de las cosas); el fundamento y la consecuencia de eso es una coincidencia en los valores.

Otro comparatista más abiertamente en la tradición de Aristóteles y Tomás de Aquino es James Gordley²⁶. Su enfoque general es más filosófico que el de Esser, pero en la práctica bastante parecido: Gordley también contempla las diferentes leyes como respuestas diferentes a los mismos problemas universales²⁷. Los neoaristotélicos postulan que el derecho comparado nos puede llevar a principios jurídicos comunes y universales. Las diferentes leyes proporcionan respuestas parecidas a problemas que son diferentes doctrinalmente (en su forma) pero parecidos en lo sustantivo, y su similitud relativa sugiere inherentemente la posibilidad de soluciones correctas a estos problemas: un derecho natural, un *ius commune* (Gordley), un *ius gentium* (Esser) o “principios jurídicos universales” (Troller).

Tanto Esser como Gordley llaman funcionales a sus enfoques, y los dos han sido influyentes en el derecho comparado funcionalista²⁸. Sin embargo, usan la función en un sentido muy específico: para ellos es sinónimo de finalidad y de *causa finalis*. Esta clase de funcionalismo se ha criticado por su tendencia a confundir el “ser” y el “deber ser”, por conectar la naturaleza de una norma jurídica y su finalidad. La idea subyacente de una normatividad inherente remite a una idea de derecho natural (de forma más abierta en Gordley que en Esser) y, por lo tanto, se sujeta a algunas de las mismas críticas. No es necesario aquí analizar hasta qué punto la normatividad inherente del derecho permite o no ese enfoque. Lo que importa es que la crítica se dirige contra una clase específica de funcionalismo y no es automáticamente generalizable.

véase Max Rheinstein (a quien Esser dedicó su libro), 24 *University of Chicago Law Review* 597 (1959); Wolfgang G. Friedmann, 57 *Columbia Law Review* 449 (1957); Arthur T. von Mehren, 22 *RabelsZ* 548 (1957). Para una aplicación del método de Esser por uno de sus estudiantes véase Dieter Rothoef, *System der Irrtumslehre als Methodenfrage der Rechtsvergleichung* (Tübingen: J. C. B., 1968).

25 Esser (n. 24), cap. 10.

26 James Gordley, “The Universalist Heritage”, en Legrand y Munday (n. 7), pp. 31-45; *idem*, *The Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment* (Nueva York: Oxford University Press, 2006), pp. 1 y ss.

27 Véase, por ejemplo, James Gordley, “Is Comparative Law a Distinct Discipline?”, 46 *American Journal of Comparative Law* 607 (1998).

28 Sobre un intento reciente de revivir el telos y la esencia del derecho comparado funcionalista véase Antonios Emmanuel Platsas, “The Functional and the Dysfunctional in the Comparative Method of Law: Some Critical Remarks”, 12(3) *Electronic Journal of Comparative Law* 1 (2008).

Adaptacionismo

El darwinismo descartó la visión del mundo aristotélica, pero no descartó con ello la visión teleológica del mundo²⁹. El *telos* se transfirió ahora al mundo en general; la lucha de todos contra todos se pensó que contribuía al progreso del conjunto. Las ideas darwinianas influyeron todas las disciplinas en el siglo XIX, incluida la nueva disciplina de la sociología y el concepto de función usado en esta. Auguste Comte, que le dio nombre a la sociología, introdujo una visión de la sociedad como organismo complejo que evolucionaba como un todo, mientras que sus elementos tenían cada uno ciertas funciones en su evolución. Herbert Spencer, más cercano al darwinismo, conceptualizó la sociedad más como una lucha de todos contra todos, pero también destacó la importante interrelación entre las estructuras y sus funciones para la sociedad³⁰. No es ninguna sorpresa que el pensamiento evolucionista influyera también en los juristas de la época, y tal vez en Ihering más que en ningún otro. Ihering argumentó que el derecho se desarrollaba no en función de las necesidades de los individuos, sino de la sociedad³¹. Para todos estos académicos, las instituciones como el derecho responden —se adaptan— a las necesidades sociales: sobreviven aquellas instituciones que mejor se adaptan.

Esta versión del funcionalismo, que podríamos llamar adaptacionismo, parecía especialmente adecuada para el derecho comparado³². Hasta ese momento, ese campo había consistido sobre todo de historia del derecho comparado, entendida como la historia y la difusión de las ideas y de las doctrinas. El nuevo interés sociológico en las interrelaciones entre el derecho y la sociedad cambió ese foco de atención. Ahora las ideas sobre el derecho no provenían de textos, ni del espíritu de un pueblo específico, sino de ideas generales sobre las sociedades y su desarrollo. En consecuencia, se hicieron posibles las generalizaciones más allá de las fronteras;

29 Esto es objeto de discusión; para el enfoque presentado aquí véase James G. Lennox, "Darwin Was a Teleologist", 8 *Biology and Philosophy* (1993), pp. 409-421; para las ideas de Darwin sobre Aristóteles (al que descubrió en los últimos años) véase Allan Gotthelf, "Darwin on Aristotle", 32 *Journal of the History of Biology* 3 (1999).

30 Cfr. Jonathan H. Turner y Alexandra Maryanski, *Functionalism* (Menlo Park: Benjamin/Cummings, 1979), pp. 2-14; Richard Münch, "Funktionalismus—Geschichte und Zukunftsperspektiven einer Theorietradition", en Jens Jetzkowitz y Carsten Stark (eds.), *Soziologischer Funktionalismus* (Opladen: Springer, 2003), pp. 17, 23-26.

31 Rudolf von Ihering, *Der Zweck im Recht* (Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1877-1883); existe traducción al inglés con el título *Law as a Means to an End*, trad. Isaac Husik (Boston: The Boston Book Company, 1913); *idem*, *Der Kampf ums Recht* (Viena: Manz, 1872); existe traducción al inglés con el título *The Struggle for Law*, trad. John J. Lalor (Chicago: Callaghan & Co, 1875); sobre el concepto de Ihering de evolución véase Okko Behrends (ed.), *Privatrecht heute und Iherings evolutionäres Rechtsdenken* (Colonia: Otto Schmidt, 1993); Marc Amstutz, *Evolutorisches Wirtschaftsrecht* (Baden-Baden: Nomos, 2002), pp. 148-167.

32 Konrad Zweigert y Kurt Siehr, "Ihering's Influence on the Development of Comparative Legal Method", 19 *American Journal of Comparative Law* 215 (1971).

el derecho comparado se convertiría en una ciencia sobre la manera en que las sociedades se ocupan de problemas parecidos en sus caminos hacia el progreso. Un aspecto fundamental de este nuevo enfoque era su atención a las funciones que el derecho, en general, y sus instituciones, en particular, cumplían para una sociedad. Un ejemplo temprano nos lo proporciona Franz von Liszt, un defensor del derecho penal funcional en la tradición de Beccaria (y primero del famoso compositor). Liszt sugirió que puesto que el castigo era necesario para el mantenimiento del orden jurídico, y puesto que el orden jurídico era necesario para el mantenimiento y el desarrollo del Estado, las normas de derecho penal tenían que juzgarse por su capacidad de mantener el orden jurídico³³. Esta función era útil para el derecho comparado; servía como *tertium comparationis* para la comparación (funcional) del derecho penal en diferentes órdenes jurídicos³⁴. Philipp Heck, el proponente más importante de una jurisprudencia de intereses, también defendió un derecho comparado funcionalista. Los valores parecidos entre sociedades creaban leyes doctrinalmente diferentes, pero con resultados parecidos³⁵. También Roscoe Pound, aunque no era un funcionalista estricto, compartió algunas de las convicciones funcionalistas. Pound estaba interesado en “el derecho en acción, no en el derecho en los libros”³⁶ y en “cómo cuando ocurren las mismas cosas, el mismo problema puede solucionarse por una institución, una doctrina o una norma jurídica en un sistema jurídico o por otra institución, otra doctrina u otra norma muy distinta en otro”³⁷ (ambos elementos centrales del derecho comparado funcionalista).

33 Cfr. Franz v. Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (Baden-Baden: Nomos, 2002 [1882-1883]).

34 V. Liszt (n. 33), p. 60.

35 Philipp Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* (Tübingen: Mohr, J. C. B. 1932), pp. 133-134; *idem*, *Grundriss des Schuldrechts* (Tübingen: J. C. B. Mohr, 1929), p. 11: “Die nationalen Rechte unterscheiden sich weniger in der Entscheidung der Interessenkonflikte als in den angewendeten Gebotsbegriffen und Gebotssystemen. Auch in dieser Hinsicht findet sich eine Äquivalenz der Konstruktionen und der Gebotssysteme. Die Verlegung des Schwergewichts auf die Interessenwirkung verringert den Gegensatz” (“Las leyes nacionales no difieren tanto en la manera en la que deciden los conflictos de interés como sí lo hacen en los términos en los que se expresa y los sistemas de ponderación aplicados. A este respecto hay también equivalencia entre una y otra estructura, y también entre los diversos sistemas de ponderación. Trasladar el énfasis a los efectos de los distintos intereses reduce la contradicción”). Heck puede haber reconocido la conexión entre su teoría y el derecho comparado mediante una reseña de su libro sobre el derecho de propiedad escrita por Max Rheinstein; véase Max Rheinstein, 60 *Juristische Wochenschrift* 2897 (1931), p. 2899: “Die Rechtsvergleichung ist eine notwendige Ergänzung und Weiterführung der Interessenjurisprudenz”. Para el interés temprano de Heck por el derecho comparado véase Heinrich Schoppmeyer, *Juristische Methode als Lebensaufgabe – Leben, Werk und Wirkungsgeschichte Philip Hecks* (Tübingen: J. C. B. Mohr, 2001), pp. 69-70, y n. 154.

36 Roscoe Pound, “Law in the Books and Law in Action”, 44 *American Law Review* 12 (1910); cfr. Karl H. Neumayer, “Fremdes Recht aus Büchern, fremde Rechtswirklichkeit und die funktionelle Dimension in den Methoden der Rechtsvergleichung”, 34 *RabelsZ* 411 (1970), p. 425.

37 Roscoe Pound, “What May We Expect from Comparative Law?”, 22 *American Bar Association Journal* 56 (1936), p. 59.

Hoy, después de que la catástrofe de dos guerras mundiales haya minado la fe en el evolucionismo teleológico y en el progreso mediante el derecho, el adaptacionismo sobrevive solo de forma muy reducida. En ciencia política se usa en algunos de los estudios sobre integración como explicación de la convergencia, en especial en la Unión Europea³⁸. Entre los economistas, la idea de que el *common law* está mejor preparado que el derecho civil para fomentar el progreso³⁹ muestra así una conexión con el funcionalismo⁴⁰. Sin embargo, la pérdida de la teleología y de la conciencia sobre la complejidad del mundo ha hecho más difícil de justificar el simple funcionalismo de medios y fines como teoría explicativa y como principio guía. El adaptacionismo parecería sugerir un falso determinismo⁴¹. El funcionalismo evolucionario en la ciencia política se ha calificado, por lo tanto, de ideológico y etnocéntrico, una crítica que se repite en relación con el derecho comparado⁴².

Funcionalismo constructivista

Una clase separada de derecho comparado funcionalista surge de la filosofía y se puede remontar hasta Immanuel Kant. Kant concibió las leyes, tanto naturales como positivas, como creaciones humanas, pero para él no eran contingentes: se basaban en la razón, con lo que eran potencialmente leyes universales. Esta idea de leyes que son a un tiempo creación humana y no arbitrarias les pareció a los neokantianos que daba respuesta al famoso veredicto de Kirchmann sobre el estudio de las leyes positivas como algo no científico y que abría el camino hacia un derecho racional. En este contexto, el derecho comparado parecía prometedor. En 1905, Gustav

- 38 David Mitrany, *A Working Peace System: An Argument for the Functional Development of International Organization* (Oxford: Oxford University Press, 1943); Ernst B. Haas, *Beyond the Nation-State: Functionalism and International Organization* (Stanford: Stanford University Press, 1964); David Long y Lucian M. Ashworth, "Working for Peace: The Functional Approach, Functionalism and Beyond", en *idem* (eds.), *New Perspectives on International Functionalism* (Ashworth: Macmillan Press, 1999), pp. 1-26; Jürg Martin Gabriel, "Die Renaissance des Funktionalismus", 55 *Aussenwirtschaft* 121 (2000); véase Carsten Strøby Jensen, "Neo-functionalism", en Michel Cini y Nieves Pérez Solórzano Borragán (eds.), *European Union Politics* (5.ª ed.; Oxford: Oxford University Press, 2016), p. 53. Para un intento de explicar en términos neofuncionalistas la crisis actual de la integración regional véase Philippe C. Schmitter y Zoe Lefkofridi, "Neo-Functionalism as a Theory of Disintegration", 1 *Chinese Political Science Review* 1 (2016).
- 39 Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes y Andrei Shleifer, "The Economic Consequences of Legal Origins", 46(2) *Journal of Economic Literature* 285 (2008).
- 40 Véase Christopher A. Whytock, "Legal Origins, Functionalism, and the Future of Comparative Law", *Brigham Young University Law Review* 1879 (2009); Ralf Michaels, "The Functionalism of Legal Origins", en Michael Faure y Jan Smits (eds.), *Does Law Matter? On Law and Economic Growth* (Cambridge: Intersentia, 2011), pp. 21-39.
- 41 Robert W. Gordon, "Critical Legal Histories", 36 *Stanford Law Review* 57 (1984); Günter Frankenberg, "Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law", 26 *Harvard International Law Journal* 412 (1985), p. 438.
- 42 Léontin-Jean Constantinesco, *Traité de droit comparé, vol. III: La science des droits comparés* (Paris: Economica, 1983), p. 74.

Radbruch propuso una versión neokantiana del derecho ideal como *tertium comparationis* para encontrar soluciones a problemas parecidos. Este derecho ideal no podría deducirse de los hallazgos del derecho comparado (se cruzaría la línea divisoria entre el ser y el deber ser), pero su formulación podría ayudar psicológicamente en la búsqueda de un mejor derecho⁴³.

Veinte años después, Max Salomon expandió esas ideas y formuló el credo del derecho comparado funcionalista moderno: la ciencia jurídica, como toda ciencia, se ocupa de universales, pero esos universales no son normas jurídicas, sino problemas jurídicos (“Rechtsprobleme”). Siendo así, sugirió que una comparación entre normas jurídicas solo es posible con respecto a normas que respondan a los mismos problemas (jurídicos)⁴⁴. Para esta corriente, la ciencia jurídica solo es posible como derecho comparado. El funcionalismo de Rheinstein puede haber estado también influenciado por esas consideraciones⁴⁵.

Este enfoque promete evitar los problemas de una teleología inherente de la naturaleza o del derecho: la teleología del derecho se obtiene del ser humano. Al mismo tiempo, el supuesto de una racionalidad universal promete que las leyes no se verán como algo arbitrario, sino como esencialmente similares, a pesar de las diferencias de detalle. Por último, la combinación de empirismo y racionalismo de Kant hace posible comprender los problemas que el derecho tiene que responder como problemas internos al derecho y su razón, pero también como problemas sociales en el mundo de los hechos. El problema con este enfoque es que se limitó a una observación del derecho positivo y pasó por alto su interrelación con las sociedades específicas en las que existían esas leyes positivas.

43 Gustav Radbruch, “Über die Methode der Rechtsvergleichung”, 2 *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform* 422 (1905-1906); reimpresso en Zweigert y Kötz (n. 5), pp. 52-56 y en Heinrich Scholler (ed.), *Gustav Radbruch—Rechtsvergleichende Schriften* (Gustav Radbruch Gesamtausgabe, Heidelberg: C. E. Müller Verlag, vol. 15, 1999), pp. 152-156. Véase también *idem*, *Rechtsphilosophie* (Leipzig: Verlag von Quelle und Meyer, 1932), p. 120 (*Wertbeziehung* [relación de valor] como criterio científico para la ciencia jurídica). Para una aplicación más estricta del argumento ser/deber ser y la respuesta crítica a Radbruch y a Salomon véase Julius Binder, *Philosophie des Rechts* (Berlín: Verlag von Georg Stilke, 1925), pp. 951 y ss.; para la posibilidad de un derecho natural derivado de la comparación de leyes positivas véase von Liszt (n. 5), pp. 61-62; Konrad Zweigert, “Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode”, 15 *RebelsZ* 5 (1949), pp. 19-20.

44 Max Salomon, *Grundlegung zur Rechtsphilosophie* (Berlín: Grunewald Dr. Walther Rothschild, 1925), 34 (“Rechtswissenschaft ist nicht eine Wissenschaft von den Rechtsnormen, sondern von den Rechtsproblemen”; “[la ciencia jurídica no es una ciencia de normas jurídicas, sino de problemas jurídicos]”) (“Rechtsvergleichung ist Vergleichung von Lösungen eines einheitlichen Problems”; “[el derecho comparado es la comparación de las soluciones a un problema uniforme]”), p. 33; para una visión aprobadora véase Radbruch, *Rechtsphilosophie* (n. 43), p. 120, n. 19; Schmitthoff (n. 2), p. 96; Willis Santiago Guerra Filho, “A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição”, 137 *Revista de Informação Legislativa* 13 (1998), pp. 20-21; cfr. Otto Sandrock, *Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung* (Berlín: Metzner, 1966), pp. 16-17.

45 Así en Hans-Jürgen Sonnenberger, “Book Review”, 39 *RebelsZ* 564 (1975), p. 567.

Funcionalismo clásico

Los sociólogos interesados en una ciencia libre de valores percibían el adaptacionismo como una fe ilegítima en el progreso e intentaron, en cambio, desarrollar un funcionalismo no teleológico. Estos esfuerzos se remontan hasta Émile Durkheim, que introdujo dos ideas importantes. En primer lugar, separó las funciones de los orígenes y estableció las funciones como relaciones entre elementos y no entre cualidades de ellos. Durkheim distinguió explícitamente las funciones de una institución de su causa y su naturaleza, rechazó el concepto tetrapartito aristotélico de *causa* al restringirlo a la *causa efficiens*, y reemplazó el fin o la finalidad (*causa finalis*) con la función⁴⁶. Se deriva de ahí que la función de una cosa (o de una ley) está separada no solo de las razones que la originan y su evolución⁴⁷, sino también de su esencia; las relaciones funcionales están separadas de las cosas mismas. En segundo lugar, destacó que los fines de los individuos eran contingentes y, por lo tanto, no eran un material válido para los empeños científicos; la sociología como ciencia tenía que concentrarse en las funciones objetivas⁴⁸.

Ambos pasos tuvieron consecuencias cruciales. En la medida en que los fines o los objetivos de una institución habían sido elementos inherentes a ella, cualquier explicación tenía que ser teleológica, y el análisis tendría que concentrarse o en la voluntad de un creador transcendente o en la naturaleza inherente de las cosas. Si las instituciones se definían por los fines determinados por sus creadores, un análisis sistemático se hacía imposible, porque los objetivos individuales eran difíciles de observar y también arbitrarios y contingentes. El énfasis en las funciones objetivas, por otro lado, diferenciadas del origen y del propósito, permitía la búsqueda de leyes generales, el objetivo de todas las ciencias. Aun así, Durkheim pensó que la existencia de una institución y su función estaban interrelacionadas. Por un lado, las causas a menudo determinan las funciones: se establece una institución con el fin de mantener cierto *statu quo*, y a continuación cumple esa función. Por otro lado, las funciones a menudo determinan, cuando no el origen, al menos la persistencia de las instituciones⁴⁹: las instituciones disfuncionales no pueden competir con las instituciones

46 Émile Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique* (5.^a ed.; París: Flammarion, 1988 [1894-1895], p. 188: "Nous nous servons du mot de fonction de préférence à celui de fin ou de but, précisément parce que les phénomènes sociaux n'existent généralement pas en vue des résultats utiles qu'ils produisent" ("Usamos la palabra función con preferencia a la de fin u objetivo, justo porque los fenómenos sociales no existen en general más que a la vista de los resultados útiles que producen").

47 Durkheim (n. 46), p. 183: "Faire voir à quoi un fait est utile n'est pas expliquer comment il est né ni comment il est ce qu'il est" ("Mostrar para qué es útil un hecho no explica cómo se origina ni cómo tiene la forma que tiene").

48 Durkheim (n. 46), pp. 194 y ss.

49 Véase también Wsevolod W. Isajiw, *Causation and Functionalism in Sociology* (Nueva York: Schocken Books, 1968), por ejemplo, pp. 127-128.

más eficientes; las sociedades no pueden sobrevivir con instituciones disfuncionales, antieconómicas⁵⁰.

Varios elementos del funcionalismo durkheimiano reaparecen en el derecho comparado funcionalista: el carácter científico y la objetividad de la investigación; una percepción de la sociedad en su conjunto que transciende la suma de sus partes porque sus elementos están interrelacionados; la idea de que las sociedades tienen necesidades; la idea de que el derecho se puede comprender en términos de las necesidades que cubre; una atención a los hechos observables en lugar de a las ideas individuales (el derecho en acción frente al derecho en los libros); el parecido descubierto de las instituciones de diferentes sociedades; y la ventaja competitiva de las instituciones más funcionales en el derecho de una sociedad y de las sociedades con mejores leyes frente a otras sociedades. No obstante, aunque Durkheim era abogado, su funcionalismo tuvo efectos menos inmediatos en el derecho comparado que los que tuvo su concepto de hechos sociales. Saleilles siguió a Durkheim (y a Weber) al mantener que el derecho comparado “cherche à définir le type d’idéal tout relatif qui se dégage de la comparaison des législations, de leur fonctionnement et de leurs résultats” (“busca definir el tipo ideal completamente relativo que se extrae de la comparación de legislaciones, de su funcionamiento y de sus resultados”) y al destacar “l’unité des résultats dans la diversité des formes juridiques d’application” (“la unidad de resultados entre la diversidad de formas jurídicas de aplicación”)⁵¹. Sin embargo, la mayoría de los comparatistas en la tradición durkheimiana se concentraron más en la historia comparada del derecho no teleológica que en el análisis funcional⁵² y se opusieron a las versiones más funcionalistas del derecho comparado⁵³.

Instrumentalismo

Una razón por la cual los comparatistas tienen poco interés en la sociología durkheimiana pudiera ser que no comparten el miedo a la normatividad de los científicos sociales. En lugar de eso, los comparatistas siguieron un retoño del adaptacionismo que era popular en el derecho: el instrumentalismo. Si el derecho cumple funciones y satisface necesidades sociales, entonces el trabajo de un jurista es desarrollar leyes que cumplan esas tareas (“ingeniería social”) y el derecho comparado puede ayudar a comparar la capacidad de las diferentes soluciones para solucionar problemas parecidos, y fomentar grados similares de progreso.

50 Durkheim (n. 46), pp. 189-190.

51 Raymond Saleilles, “Conception et objet de la science du droit comparé”, en *Congrès international de droit comparé: Procès verbaux*, vol. I (París: LGDJ, 1905), pp. 167, 173, 178.

52 Roger Cotterell, “Comparatists and Sociology”, en Legrand y Munday (n. 7), pp. 131 y 136 y ss.

53 Pierre Lepaule, “The Function of Comparative Law: With a Critique of Sociological Jurisprudence”, 35 *Harvard Law Review* 838 (1921-1922); también en Zweigert y Kötz (n. 5), pp. 63-84.

Estas ideas, que ya se podían encontrar en la obra de Jhering, se volvieron dominantes en el realismo jurídico. El realismo hizo que una cierta clase de funcionalismo estuviera de moda en la escritura académica y también en las propuestas de reforma curricular⁵⁴. Una corriente del realismo jurídico parte del concepto sociológico de función, pero luego pasa a traducir las funciones objetivas en propósitos establecidos por los órganos legislativos. Por lo tanto, cambia la naturaleza de la indagación completamente en algo que se podría llamar finalismo y que se opondría al funcionalismo⁵⁵. Estos realistas sustituyen la ciencia objetiva de Durkheim por el análisis teleológico, y luego dan por sentado que los efectos de las leyes en la sociedad se pueden medir y controlar. La ideal del derecho como ingeniería social se remonta hasta Roscoe Pound, que también era un jurista comparatista. Después, los realistas estadounidenses adoptarían la idea de ingeniería social, pero descartarían el aspecto del derecho comparado, aunque el subcampo del análisis económico comparado del derecho conserva algo de sus orígenes finalistas/funcionalistas⁵⁶. El derecho comparado europeo recibió la influencia de los dos. Zweigert y Kötz lo expresan sin ambages: “El derecho es ‘ingeniería social’ y la ciencia jurídica es ciencia social. Los juristas comparatistas reconocen esto: es, de hecho, el punto de partida intelectual y metodológico de su disciplina”⁵⁷. Estas ideas se hicieron especialmente atractivas para el movimiento de derecho y desarrollo, que tenía la esperanza de usar el derecho para ayudar al progreso económico de los países en vías de desarrollo, una combinación de fe darwiniana en el progreso con la esperanza instrumentalista puesta en el derecho.

Esas ideas, pasadas de moda durante bastante tiempo⁵⁸, se han revitalizado en tiempos recientes en las economías comunistas, en especial, y en el proyecto “Doing Business” del Banco Mundial, en general⁵⁹. No obstante, tienen problemas⁶⁰. En primer lugar, los investigadores tienen muchas

54 Brainerd Currie, “The Materials of Law Study, 3 *Journal of Legal Education* 1 (1955).

55 Richard Hyland, *Gifts-A Study in Comparative Law* (Oxford: Oxford University Press, 2009), p. 94. La sugerencia de Hyland de que el derecho comparado funcionalista confunde simplemente función y finalidad parece incorrecta; véase Husa, 16 *Maastricht Journal* 349; véase James Gordley, “The Functional Method”, en Pier Giuseppe Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law* (Cheltenham y Northampton: Edward Elgar Publishing, 2012), pp. 115-116.

56 Para la conexión véase Ralf Michaels, “The Second Wave of Law and Economics”, 59 *University of Toronto Law Journal* 197 (2009).

57 Zweigert y Kötz (n. 3), p. 45.

58 David M. Trubek, “Towards a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development”, 82 *Yale Law Journal* 1 (1982).

59 Para un análisis desde el derecho comparado véase Mathias M. Siems, “Legal Origins: Reconciling Law & Finance and Comparative Law”, 52 *McGill Law Journal* 55(2007); Ralf Michaels, “Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law”, 57 *American Journal Comparative Law* 765 (2009).

60 Véase, por ejemplo, Kerry Rittich, “Functionalism and Formalism: Their Latest Incarnations in Contemporary Development and Governance Debates”, 55 *University of Toronto Law Journal* 853

veces una fe ingenua en la monofuncionalidad y la efectividad de las instituciones jurídicas. En segundo lugar, con frecuencia no tienen suficiente conciencia de los elementos no jurídicos en el éxito o el fracaso de las sociedades, incluidas las diferencias culturales⁶¹. En contextos nacionales, la experiencia ha mostrado que la ingeniería social mediante el derecho es mucho más compleja de lo que se pensaba; este descubrimiento tiene todavía que abrirse camino en el derecho comparado⁶².

Funcionalismo refinado

Los desarrollos en las ciencias sociales contribuyeron también a su distanciamiento del derecho comparado: el funcionalismo sociológico se hizo más complejo y, por consiguiente, menos útil para el derecho comparado funcionalista. La obra de Radcliffe-Browne, Malinowski y Parsons tuvo poca respuesta directa en el derecho comparado, sobre todo porque su interés en una *teoría* de los sistemas sociales no era congruente con la búsqueda de un *método* en el derecho comparado. Sin embargo, los juristas comparatistas también ignoraron a los sociólogos interesados en el funcionalismo como método. En particular, el texto pionero de Robert Merton sobre las funciones latentes debería haberles mostrado los problemas de traducir el funcionalismo y el instrumentalismo al derecho comparado⁶³.

En primer lugar, Merton introduce la distinción importante entre funciones manifiestas (las funciones pretendidas y reconocidas por los participantes) y funciones latentes (las funciones desconocidas y no pretendidas)⁶⁴. Por consiguiente, la finalidad se distingue de la función. Además, queda claro que las funciones latentes ofrecen a menudo perspectivas más importantes que las finalidades justo porque antes no se reconocían⁶⁵. A veces los juristas comparatistas siguen esa idea cuando se concentran en lo que hacen los tribunales y no en lo que se supone que dicen estar haciendo. No obstante, cuando los juristas desean usar el derecho comparado para

(2005); Kevin E. Davis y Michael J. Trebilcock, "The Relationship between Law and Development: Optimists Versus Skeptics", 56 *American Journal Comparative Law* 895 (2008).

61 Jan Torpman y Fredrik Jörgensen, "Legal Effectiveness", 91 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 515 (2005); Association Henri Capitant, *Les droits de tradition civiliste en question—A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, vol. 1 (París: Société du Droit Comparé, 2006). Véase también Brian Z. Tamanaha, Caroline Sage y Michael Woolcock (eds.), *Pluralism and Development: Scholars and Practitioners in Dialogue* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012).

62 Un análisis más detallado es el de Daniel Berkowitz, Katharina Pistor y Jean-François Richard, "The Transplant Effect", 51 *American Journal of Comparative Law* 163 (2003); véase también Curtis Milhaupt y Katharina Pistor, *Law & Capitalism: What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development around the World* (Chicago: The University of Chicago Press, 2010).

63 Merton (n. 18). Una versión previa del argumento se publicó como "Sociological Theory", 50 *American Journal of Sociology* 462 (1945).

64 Merton (n. 18), pp. 105, 114-136; véase también *idem*, "The Unintended Consequences of Purposive Social Action", 1 *American Sociological Review* 894 (1936).

65 Merton (n. 18), p. 122.

la ingeniería social, olvidan que los órganos legislativos no pueden conocer las funciones latentes, precisamente porque estas funciones están solo latentes.

Una segunda contribución es el reto de Merton al postulado de la unidad funcional de la sociedad —el axioma, compartido por Rabel y por Zweigert⁶⁶, de que las sociedades están tan integradas y son tan interdependientes que cambiar un elemento afecta a todos los otros—. Frente a eso, Merton sugiere que diferentes sociedades están integradas en diferentes grados, y que es necesario realizar comprobaciones empíricas para determinar cuál es ese grado⁶⁷.

El tercer reto de Merton ataca el supuesto de que cada uno de los elementos de una sociedad cumple alguna función vital, con lo que se pasan por alto las instituciones no funcionales o incluso disfuncionales. Estas instituciones, llamadas supervivientes, son conocidas por la sociología y por el derecho comparado funcionalista⁶⁸. Sin embargo, los sociólogos y antropólogos tradicionales, y también los juristas comparatistas, consideran que las instituciones supervivientes son inestables y solo temporales. En cambio, Merton subraya que el que las instituciones sean o no funcionales es un asunto de investigación empírica⁶⁹, un aspecto presentado convincentemente en el derecho comparado por Alan Watson desde una perspectiva antifuncionalista⁷⁰.

La crítica de Merton era poderosa, mientras que su “paradigma para un análisis funcional en la sociología”⁷¹ lo era menos. (Esto se parece al artículo de Felix Cohen sobre el funcionalismo jurídico⁷², que contiene en su

66 Véase, por ejemplo, Ernst Rabel, “Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung”, 13 *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht* (Múnich: Verlag der Hochschulbuchhandlung Max Huebe, 1925), p. 283; reimpresso en Hans G. Leser (ed.), *Ernst Rabel, Gesammelte Aufsätze, vol. III* (Tübingen: J. C. B. Mohr, 1967), pp. 1, 5, y en Zweigert y Kötz (n. 5), pp. 85, 89: “Alles das bedingt sich gegenseitig in sozialer, wirtschaftlicher, rechtlicher Gestaltung [...]. Alle diese vibrierenden Körper zusammen bilden ein noch von niemandem mit Anschauung erfaßtes Ganzes” (“Todo en el campo social, económico y jurídico interactúa entre sí [...]. Todos estos cuerpos vibrantes, en su conjunto, forman un todo que todavía nadie ha captado plenamente”); citado con aprobación por Zweigert y Kötz (n. 3), p. 36.

67 Merton (n. 18), pp. 79-84.

68 Véase, por ejemplo, Durkheim (n. 46), p. 184; también Zweigert y Kötz (n. 3), p. 35, sobre la norma alemana no funcional sobre las “transacciones de broma”, § 118 BGB; *ibid.*, p. 634, sobre el papel disfuncional de la § 831 BGB (responsabilidad penal por otros) y los equivalentes funcionales en el derecho alemán.

69 Merton (n. 18), pp. 84-86.

70 Véase, por ejemplo, Alan Watson, *Legal Transplants* (Edinburgo: Scottish Academic Press, 1974), pp. 12-15; cfr. Folke Schmidt, “The Need for a Multi-Axial Method in Comparative Law”, en *Festschrift für Konrad Zweigert* (Tübingen: J. C. B. Mohr, 1981), pp. 525, 528; Frankenberg, 26 *Harvard International Law Journal* (n. 41), pp. 437-438; Graziadei (n. 7), p. 123.

71 Merton (n. 18), pp. 104-108.

72 Cohen (n. 18), pp. 809 y ss. Sobre el propio concepto de Cohen del funcionalismo, similar al positivismo sociológico en lugar de al funcionalismo sociológico, véase Martin Golding, “Realism and Functionalism in the Legal Thought of Felix S. Cohen”, 66 *Cornell Law Review* 1032 (1981), pp. 1051 y ss.

primera parte una crítica brillante al conceptualismo, mientras que la segunda parte, en la que desarrolla una teoría interpretativa de los valores, es mucho más débil.) La crítica al funcionalismo sociológico creció⁷³. El funcionalismo se critica por ser intrínsecamente teleológico y, por consiguiente, incapaz de cumplir el postulado del mismo Durkheim de ser una ciencia social libre de valores⁷⁴. La crítica a la tautología y la circularidad implícitas está relacionada con la que acabamos de presentar⁷⁵; una crítica aplicable al derecho comparado⁷⁶. La supervivencia de las sociedades se explica por la presencia de estas instituciones, mientras que la existencia de estas instituciones se explica, a su vez, por las necesidades de la sociedad. Para los críticos esto muestra la futilidad del funcionalismo: significa o que las relaciones funcionales no son diferentes de las relaciones causales (y, por lo tanto, se puede prescindir de una categoría separada) o que la teleología se reintroduce en la sociología⁷⁷. Otros críticos están en contra del programa del funcionalismo. Para ellos, el acento en la estabilidad de los sistemas hace que sus proponentes sean conservadores en lo político e incapaces de explicar el cambio social en lo metodológico⁷⁸; de nuevo, una crítica que se le hace también al derecho comparado funcionalista⁷⁹. Por último, y tal vez más importante, es que el funcionalismo sociológico es incapaz de explicar la cultura, en particular las prácticas que no sirven ninguna función, una crítica que se le hace también al derecho comparado⁸⁰.

73 Dos influyentes colecciones de ensayos son las de Demerath y Peterson (n. 18) y la de Don Martindale (ed.), *Functionalism in the Social Sciences: The Strength and Limits of Functionalism in Anthropology, Economics, Political Science, and Sociology* (Filadelfia: American Academy of Political and Social Science, 1965).

74 Ernest Nagel, "A Formalization of Functionalism", en *idem*, *Logic without Metaphysics* (Nueva York: Free Press, 1965), pp. 247 y ss.; reimpresso en Demerath y Peterson (n. 18), pp. 77-94; Carl G. Hempel, "The Logic of Functionalism", en Llewellyn Gross (ed.), *Symposium on Sociological Theory* (Evanston: Row, Peterson, 1959), pp. 271-307; Frankenberg (n. 41), p. 439.

75 Véase Turner y Maryanski (n. 30), pp. 128 y ss.; Mark Abrahamson, *Functionalism* (Englewood Cliffs, Nueva Jersey: Prentice-Hall, 1978), pp. 37 y ss.

76 Vivian Curran, "Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law", 46 *American Journal of Comparative Law* 43 (1998), p. 67.

77 Ernest Nagel, "A Formalization of Functionalism with Special Reference to its Application in the Social Sciences", en *idem*, *Logic without Metaphysics* (Nueva York: Free Press, 1956), pp. 247-283, reimpresso en forma abreviada en Demerath y Peterson (n. 18), pp. 77-94; para una defensa véase Isajiw (n. 43).

78 Ralf Dahrendorf, "Struktur und Funktion", 7 *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 49 I (1955); *idem*, "Out of Utopia: Toward a Reorientation of Sociological Analysis", 64 *American Journal of Sociology* 115 (1958); reimpresso en Demerath y Peterson (n. 18), pp. 465-480.

79 Jonathan Hill, "Comparative Law, Law Reform and Legal Theory", 9 *Oxford Journal of Legal Studies* 11 I (1989), pp. 106-107; David Kennedy, "The Methods and the Politics", en Legrand y Munday (n. 7), pp. 345, 391; Günter Frankenberg, *Comparative Law as Critique* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016), pp. 90 y ss.

80 Un autor que representa la tendencia en la antropología y el derecho comparado es Clifford Geertz; para un antifuncionalismo antropológico véase su "Ritual and Social Change: A Javanese Example", 59 *American Anthropologist* 32 (1957); reimpresso en Demerath y Peterson (n. 18), pp. 231-349; Clifford Geertz, *The Interpretation of Cultures* (Nueva York: Basic Books, 1973), pp. 142-169; para un derecho comparado antifuncionalista véase *idem*, "Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective", en *idem*, *Local Knowledge—Further Essays in Interpretive Anthropology* (Nueva York: Basic

En general, la “gran teoría” de Parsons se considera demasiado abstracta y, por lo tanto, incapaz de predecir con frecuencia todos los hallazgos empíricos⁸¹, una preocupación compartida con respecto al derecho comparado⁸².

Tras estas críticas, el funcionalismo perdió fuerza; la proclamación de un “neofuncionalismo” no ha tenido éxito⁸³. En la sociología, y en especial en la antropología social, el funcionalismo dejó paso a los métodos culturales y hermenéuticos⁸⁴ —un “giro cultural” que se reflejó en los estudios jurídicos⁸⁵, en general, y en el derecho comparado, en particular—⁸⁶. Al mismo tiempo, la sociología como disciplina tuvo que abandonar su posición de liderazgo en las ciencias sociales en favor de la economía, y una de las razones no menores de esto fue la percibida falta de complejidad metodológica; cambio que se replicó en el derecho comparado⁸⁷.

El funcionalismo jurídico ha enfrentado retos parecidos. Ya antes de 1900 no se le prestaba atención a las críticas que decían que el Código Civil alemán no era funcional⁸⁸; más tarde, el abuso del funcionalismo por los nazis⁸⁹ hizo poco atractivo el concepto en la posguerra. El paradigma de la interpretación y la argumentación jurídica pasó de una jurisprudencia funcionalista de intereses a una jurisprudencia de valores (*Wertungsju-*

Books, 1983), pp. 215-234, en especial la p. 232. Véase también Pierre Legrand, “The Same and the Different”, en Legrand y Munday (n. 7), pp. 240, 292-293.

81 Wright Mills, “Grand Theory”, en *idem*, *The Sociological Imagination* (Oxford: Oxford University Press, 1959); reimpreso en Demerath y Peterson (n. 18), pp. 171-183.

82 Véase las referencias en n. 5; William Alford, “On the Limits of ‘Grand Theory’ in Comparative Law”, 61 *Washington Law Review* 945 (1985).

83 Jeffrey C. Alexander, *Neofunctionalism and After* (Malden: John Wiley & Sons, 1998); cfr. Michael Schmid, “Der Neofunktionalismus: Nachruf auf ein Forschungsprogramm”, en Jetzakowitz y Stark (n. 30), pp. 279-303.

84 Victoria E. Bonnell y Lynn Avery Hunt (eds.), *Beyond the Cultural Turn: New Directions in the Study of Society and Culture* (Berkeley y Los Ángeles: University of California Press, 1999); Steven Best, “Culture Turn”, en George Ritzer (ed.), *Blackwell Encyclopedia of Sociology* (Oxford, ru: Wiley-Blackwell, 2007).

85 Véase, por ejemplo, Austin Sarat y Jonathan Simons (eds.), *Cultural Analysis, Cultural Studies and the Law: Moving beyond Legal Realism* (Durham: Duke University Press, 2003).

86 Por ejemplo, Reza Banakar, “Power, Culture and Method in Comparative Law”, 5 *International Journal of Law in Context* 69 (2009); David Nelken, “Comparative Legal Research and Legal Culture: Facts, Approaches, and Values”, 12 *Annual Review of Law & Social Science* 45 (2016).

87 Para conexiones véanse Anne Sophia-Marie van Aaken, “Vom Nutzen der ökonomischen Theorie des Rechts für die Rechtsvergleichung”, en *Prinzipien des Privatrechts und Rechtsvereinheitlichung: Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2000* (Stuttgart: Boorberg, 2001), pp. 127-149; Reinier Kraakman, Paul Davies, Henry Hansmann, Gerard Hertig, Klaus J. Hopt, Hideki Kanda y Edward Rock, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach to Corporate Law* (3.ª ed.; Oxford: Oxford University Press, 2017); Peter Behrens, “Ökonomische Wirkungsanalyse im Kontext funktionaler Rechtsvergleichung” (ensayo no publicado presentado en la conferencia de la Sociedad Alemana para el Derecho Comparado en el 2005, celebrada en Würzburg; resumen [2006] *Juristenzeitung* 454); Mathias Siems, *Comparative Law* (2.ª ed.; Cambridge: Cambridge University Press, 2018), pp. 32-33.

88 Ralf Michaels, “Strukturfragen des Schuldrechts”, en Reinhard Zimmermann, Joachim Rückert y Mathias Schmoeckel (eds.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band 2* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2013), vor § 241, n.º 50.

89 Vivian Grosswald Curran, “Fear of Formalism: Indications from the Fascist Period in France and Germany of Judicial Methodology’s Impact on Substantive Law”, 35 *Cornell International Law Journal* 101 (2002), pp. 151 y ss.

risprudenz) y, por lo tanto, se sustituyeron las funciones objetivas por los objetivos individuales del legislador o los valores de una sociedad específica, y se abolieron así los fines universalistas del funcionalismo que lo habían hecho tan atractivo para el derecho comparado.

Funcionalismo epistemológico

Todos los proponentes del funcionalismo discutidos hasta ahora enfrentan un dilema ya mencionado: o bien explican la función como mera causalidad, o bien tienen que insertar alguna clase de teleología en su visión del mundo, alguna “Natur der Sache”. Una manera de escapar del dilema se puede encontrar en la epistemología funcionalista de Ernst Cassirer, quien plantea que, desde que Kant sugiriera que las leyes de la naturaleza eran producto del entendimiento humano, hubo un giro radical y se ha pasado de atender a la sustancia a atender a la función; se ha pasado de los intentos por comprender cómo son “realmente” las cosas (su sustancia, su ontología) a comprenderlas solo en su relación (funcional) con puntos de vista particulares (su función, su epistemología)⁹⁰. Las clases de elementos no se definirían ya por rasgos comunes, porque semejante abstracción pasaría por alto la relación necesaria entre el elemento y la totalidad. En lugar de eso, los elementos individuales tenían que comprenderse en su relación con aspectos particulares, como resultados diferentes de la misma función. Una serie de elementos $a \alpha^1 \beta^1$, $a \alpha^2 \beta^2$, $a \alpha^3 \beta^3$, y así sucesivamente, no pueden comprenderse simplemente a partir del criterio común a , sino por la regularidad en la que sus elementos se generan mediante la función $a \times y$, en la que la variable x define todas las α , la variable y define todas las β , y todos esos elementos reflejan una regularidad funcional de manera que es posible crear nuevos elementos en las series.

Este cambio tiene dos ventajas decisivas. En primer lugar, no es necesario reconocer alguna esencia en un elemento particular; es suficiente comprender el elemento como un resultado variable de una conexión funcional con otro elemento variable. Los números individuales no tienen una esencia, pero la totalidad de los números sí la tiene⁹¹. El funcionalismo no necesita declarar la existencia de ninguna α o ninguna β , sino solo que si hay una determinada α habrá una determinada β . En segundo lugar, es posible concebir grupos de elementos y describirlos sin la pérdida de especificidad que se produce con las clasificaciones tradicionales que

90 Cassirer (n. 19); para un enfoque menos influyente véase Laurence J. Lafleur, “Epistemological Functionalism”, 50 *The Philosophical Review* 471 (1941), pp. 476 y ss. Heinrich Rombach, *Substanz, System, Struktur: Die Ontologie des Funktionalismus und der philosophische Hintergrund der modernen Wissenschaft*, vol. I (Freiburg/Múnich: Albert, 1965), pp. 140 y ss., ve las raíces del funcionalismo en la obra de Cusanus y Descartes.

91 Cassirer (n. 19), pp. 420-421.

requieren abstracción⁹². La función $a \times y$ describe completamente todos los elementos de la serie, mientras que la atención al elemento común a como criterio clasificador pasaría por alto las diferencias entre dos elementos $a \alpha^1 \beta^1$ y $a \alpha^2 \beta^2$, y también la relación funcional específica entre a e y que crea los respectivos elementos.

Aunque Cassirer no tuvo influencia directa en el derecho comparado funcionalista⁹³, hay varios paralelos. Primero, el derecho comparado funcionalista también está interesado en la relación funcional de las instituciones jurídicas con problemas específicos, y no en alguna esencia de esas instituciones. Segundo, el derecho comparado funcionalista pretende evitar la abstracción inherente a las comparaciones conceptuales y también a la macrocomparación de las familias jurídicas, y en lugar de eso se concentra en la relación de una institución jurídica con la totalidad. En tercer lugar, el énfasis de Cassirer en la totalidad de los elementos, y no en los elementos por separado, es similar al intento de Max Salomon de definir la jurisprudencia universal más allá de las instituciones nacionales concretas. El concepto de función de Cassirer, que ese autor toma prestado de las matemáticas, puede servir como formalización de los equivalentes funcionales en el derecho comparado: si definimos " a " como un problema particular, " x " como la variable para los sistemas jurídicos $\alpha^{1,2,3}...$, y " y " como la variable para las instituciones jurídicas $\beta^{1,2,3}...$, podemos formalizar la comparación funcional de instituciones jurídicas diferentes como una serie en la que, por ejemplo, $a \alpha^1 \beta^1$ es la respuesta (β^1) del derecho francés (α^1) al problema a ; $a \alpha^2 \beta^2$ es la respuesta (β^2) del derecho alemán (α^2) al mismo problema a , y así sucesivamente. Este enfoque permite que el comparatista se concentre no solo en el parecido entre instituciones (el problema común a y la capacidad parecida de las instituciones para responderlo), sino también en las diferencias (entre α^1 y α^2 , y entre β^1 y β^2 , respectivamente) y, además, le permitirá explicar estas diferencias entre instituciones como una función (!) de las diferencias entre sistemas jurídicos. Esa formalización, aunque plantea muchos problemas (por ejemplo, si las ciencias sociales muestran o no el mismo grado de regularidad que tienen las matemáticas y las ciencias naturales), es un paso prometedor hacia un derecho comparado más racional.

92 Cfr: Cassirer (n. 19), pp. 18 y ss., y pp. 313 y ss.

93 Sin embargo, la filosofía de la ciencia de Max Hartmann, comparable en cierto punto, sí influyó a Georges Langrod, "Quelques réflexions méthodologiques sur la comparaison en science juridique", 9 *Revue internationale du droit comparé* 353 (1957), pp. 364 y ss.; reimpresso en Zweigert y Puttfarcken (n. 5), pp. 225, 234 y ss.

Funcionalismo de la equivalencia

La perspectiva de que elementos diferentes pueden responder al mismo problema es crucial. El finalismo, el adaptacionismo y el funcionalismo clásico contienen todos restos de determinismo y teleología: si problemas parecidos producen soluciones parecidas, entonces las soluciones deben ser de alguna forma inherentes a los problemas, y funciones parecidas deben cumplirse por la misma clase de instituciones. Durkheim rechazó expresamente la equivalencia funcional por ser finalista y proclamó una similitud destacable entre instituciones de sociedades diferentes como respuesta a los requisitos funcionales⁹⁴. El estudio de Goldschmidt sobre el funcionalismo comparado en la antropología, por lo demás original, sostenía que “ciertas necesidades sociales exigen repetidamente instituciones sociales parecidas, que se pueden encontrar correlaciones entre formas institucionales porque, en general, son los medios ‘naturales’ o ‘preferidos’ mediante los cuales ciertas tareas sociales necesarias pueden ejecutarse mejor en unas circunstancias determinadas”⁹⁵. Incluso Rabel se maravillaba al encontrar “instituciones y desarrollos esencialmente relacionados”⁹⁶.

Teniendo en cuenta cómo son en detalle las diferentes instituciones, un enfoque como ese es difícil de mantener salvo en un análisis muy abstracto; las instituciones parecidas deben ser tipos ideales. Los juristas comparatistas, con su atención especial al detalle y las especificidades, lo saben desde hace tiempo. Por un lado, ya sabían que instituciones parecidas podían satisfacer funciones diferentes en diferentes sociedades o en diferentes épocas⁹⁷, y encontraron, por otro lado, que necesidades funcionales parecidas pueden ser satisfechas por diferentes instituciones, es decir, la idea del equivalente funcional. Esta idea, central para el dere-

94 Durkheim (n. 46), p. 187: “En fait, quand on est entré quelque peu en contact avec les phénomènes sociaux, on est... surpris de l'étonnante régularité avec laquelle ils se reproduisent dans les mêmes circonstances. Même les pratiques les plus minutieuses et, en apparence, les plus puériles, se répètent avec la plus étonnante uniformité” (“De hecho, cuando se tiene algo de contacto con los fenómenos sociales, uno se... asombra de la regularidad sorprendente con la que se reproducen en las mismas circunstancias. Incluso las prácticas más meticulosas y, en apariencia, las más pueriles, se repiten con la uniformidad más sorprendente”). Es probable que este sea el pasaje parafraseado, sin la atribución correspondiente, en Zweigert y Kötz (n. 3), p. 39: “diferentes sistemas jurídicos dan la misma solución, o parecida, incluso en los detalles, a los mismos problemas de la vida, a pesar de las grandes diferencias en su desarrollo histórico, su estructura conceptual y su estilo de operación”. Este origen podría explicar también el uso erróneo de las palabras “igual” o “parecido”, cuando “equivalente” hubiera sido una mejor elección y más acorde con el resto del texto de Zweigert y Kötz.

95 Walter Goldschmidt, *Comparative Functionalism: An Essay in Anthropological Theory* (Berkeley y Los Ángeles: University of California Press, 1966), p. 30; véase también p. 122: “problemas similares sugieren soluciones similares”.

96 Rabel, *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht*, vol. 13 (“wesensverwandte Einrichtungen und Entwicklungen”), p. 284.

97 Karl Renner, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion: ein Beitrag zur Kritik des Bürgerlichen Rechts* (Stuttgart: Fischer, 1929); existe traducción al inglés de Agnes Schwarzschild, con el título *The Institutions of Private Law and their Social Functions*, editado por Otto Kahn-Freund (Londres: Routledge & Kegan Paul, 1949).

cho comparado funcionalista, aparece en toda clase de funcionalismo: la atención de Max Salomon a los problemas como elemento unificador de una jurisprudencia general le permitía a los académicos ver diferentes soluciones como equivalentes desde el punto de vista funcional⁹⁸; Josef Esser desarrolló el concepto para el derecho comparado⁹⁹; y Konrad Zweigert lo convirtió en el punto central de su enfoque del derecho comparado y en una herramienta importante para ver aspectos universales en lo que pudieran parecer diferencias¹⁰⁰.

De hecho, el reconocimiento de equivalentes funcionales les dio un impulso a las posibilidades del derecho comparado. En especial, la comparación entre *common law* y derecho continental ha tentado tradicionalmente a los funcionalistas por dos razones. En primer lugar, la comparación funcionalista supera la diferencia epistémica/doctrinal entre derecho civil continental y *common law* al declararla irrelevante desde el punto de vista funcional. En segundo lugar, el *common law*, con su desarrollo orgánico, debería ser especialmente adecuado para la comprensión funcional. No sorprende, entonces, que algunas de las obras más influyentes que aplican el método funcional se hayan concentrado en instituciones del *common law* y sus equivalentes funcionales en el derecho continental civil, por ejemplo, los fondos fiduciarios —el *trust* anglosajón—¹⁰¹ y la causa —la *consideration* sajona—¹⁰². Algunos incluso encuentran útil el funcionalismo para las comparaciones intersistémicas entre sistemas jurídicos capitalistas y socialistas¹⁰³, o entre el derecho estatal y el derecho religioso¹⁰⁴. No obstante, el funcionalismo de la equivalencia en el derecho comparado se ha explicado siempre mediante ejemplos, más que haber tenido un desarrollo teórico¹⁰⁵.

98 Salomon (n. 44).

99 Esser (n. 24), en especial pp. 354 y ss.

100 Konrad Zweigert, "Des solutions identiques par des voies différentes", 18 *Revue internationale du droit comparé* 5 (1966); para una versión alemana véase "Die 'praesumptio similitudinis' als Grundsatzvermutung rechtsvergleichender Methode", en Rotondi (n. 23), pp. 735-758; una traducción parcial en inglés se puede leer en Volkmar Gessner, Armin Hoeland y Csaba Varga (eds.), *European Legal Cultures* (Aldershot: Dartmouth, 1996), pp. 160-164.

101 Por ejemplo, Hein Kötz, *Trust und Treuhand* (1963); Henry Hansmann y Ugo Mattei, "The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis", 73 *New York University Law Review* 434 (1998).

102 Arthur T. von Mehren, "Civil-Law Analogues to Consideration: An Exercise in Comparative Analysis", 72 *Harvard Law Review* 1009 (1959); Zweigert y Kötz (n. 3), cap. 29, "Indicia of Seriousness"; Basil S. Markesinis, "Cause and Consideration: A Study in Parallel", 37 *Cambridge Law Journal* 53 (1978); Ferdinand Fromholzer, *Consideration* (Tübingen: Mohr/Siebeck, 1997); J. P. Dawson, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared* (New Haven: Yale University Press, 1980).

103 Véanse Zweigert, 7 *Israel Law Review*, pp. 470-471; Konrad Zweigert y Hans-Jürgen Puttfarcken, "Possibilities of Comparing Analogous Institutions of Law in Different Social Systems", 15 *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* 107 (1973), traducción alemana en *idem* (n. 5), pp. 395-429; Szabó (n. 1).

104 Ralf Michaels, "Religiöse Rechte und postsäkulare Rechtsvergleichung", en Reinhard Zimmermann (ed.), *Zukunftsfragen der Rechtsvergleichung* (Tübingen: Mohr/Siebeck, 2016), pp. 39, 67-68, 73-74 y *passim*.

105 Pero véase Kirsten Scheiwe, "Was ist ein funktionales Äquivalent in der Rechtsvergleichung? Eine Diskussion an Hand von Beispielen aus dem Familien- und Sozialrecht", 83 *Kritische Vierteljahresschrift*

Por consiguiente, no es claro si la equivalencia funcional apuntaría hacia alguna uniformidad de valores más allá de la universalidad de problemas. En el mismo sentido, el concepto de función sugiere una relación comparativamente ingenua entre el problema y la institución, entre causa y efecto (de manera que el problema causa que exista una institución) o entre el propósito y la implementación (de manera que una solución jurídica sirve para el propósito de solucionar un problema reconocido).

Aquí el derecho comparado podría beneficiarse del funcionalismo sociológico de la equivalencia como lo desarrolló en especial Niklas Luhmann (que a su vez estaba influenciado por Cassirer, además de Merton). Merton cuestionó el postulado de la indispensabilidad, conforme al cual todo elemento en una sociedad es indispensable para el funcionamiento del sistema, y señaló que incluso las necesidades indispensables se pueden satisfacer por instituciones diferentes que actúan como sustitutos funcionales o equivalentes funcionales¹⁰⁶. La epistemología de Cassirer proporcionó una versión formalizada del argumento. La equivalencia funcional significa que problemas parecidos pueden llevar a diferentes soluciones; las soluciones son parecidas solo en su relación con la función específica bajo la cual se consideran. Luhmann junta ambos para superar el problema principal del funcionalismo clásico: el problema de que las funciones o no son más que relaciones causales, o contienen un elemento de teleología. En cambio, el funcionalismo de la equivalencia explica una institución como una respuesta posible, pero no necesaria, a un problema, como una solución contingente entre varias posibilidades. En consecuencia, la especificidad de un sistema en presencia de (ciertos) problemas universales reside en su decisión a favor de una frente a otras soluciones (equivalentes funcionales)¹⁰⁷. Los desarrollos jurídicos ya no son, por consiguiente, necesarios, sino solo posibles; no están predeterminados, sino que son contingentes¹⁰⁸. Este método requiere, a su vez, una comprensión de la sociedad (y sus subsistemas, incluyendo el derecho) como un sistema constituido por la relación entre sus elementos, en lugar de establecido por

für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2000), p. 30; Bijan Fateh-Moghadam, "Operativer Funktionalismus in der Strafrechtsvergleichung", en Susanne Beck, Christof Burchard y Bijan Fateh-Moghadam (eds.), *Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung* (Berlín: Nomos-Verlag, 2011), pp. 43-63.

106 Merton (n. 18), pp. 86-90.

107 Niklas Luhmann, "Funktion und Kausalität", 14 *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 617 (1962); reimpresso en *Soziologische Aufklärung*, vol. 1 (7.^a ed.; Köln/Opladen: Westdeutscher Verlag, 2005), pp. 1-38. Para el concepto paralelo de "equifinalidad" ("equifinality") véase Ludwig von Bertalanffy, "Der Organismus als physikalisches System betrachtet", 28 *Naturwissenschaften* 521 (1940); *idem*, "General Systems Theory", en *idem*, 11 *Main Currents of Modern Thought* 71 (1955), p. 75; reimpresso en Demerath y Peterson (n. 18), pp. 115, 121 y ss.

108 Cfr. Gunther Teubner, *Recht als autopoietisches System* (Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1989), pp. 64-65, contra la crítica al funcionalismo de Gordon (n. 41).

elementos que son independientes el uno del otro¹⁰⁹. No evita la crítica de ser tautológico —las instituciones se comprenden todavía con respecto a los problemas, y los problemas se entienden como tales por su relación con las instituciones—. Sin embargo, debido a que el funcionalismo de Luhmann es constructivista, este autor puede usar las tautologías como medios mediante los cuales las sociedades se constituyen y les dan sentido a las instituciones.

Aunque Luhmann destaca que “el método funcional es en última instancia comparativo”¹¹⁰ y sugiere ocasionalmente comparar sistemas como proyecto valioso de verificación¹¹¹, no lo aplica al derecho comparado, salvo por alguna referencia de pasada a Josef Esser¹¹². A su vez, el derecho comparado funcionalista ha reaccionado pocas veces frente al método de Luhmann¹¹³, a pesar de prestarle atención a la equivalencia funcional que este hace¹¹⁴; lo que es lamentable. Como es obvio, la teoría de sistemas de Luhmann ha sido criticada con dureza (por ser indiferente a los individuos, por ser inherentemente conservadora —una vez más— y por no tener en cuenta la permeabilidad de los sistemas). Estas críticas parecen haber perdido su fuerza, sin embargo, ante el resurgimiento actual del pensamiento de Luhmann en general, que podría despertar un interés parecido en los juristas comparatistas¹¹⁵. El trabajo reciente de Bijan

109 Niklas Luhmann, “Funktionale Methode und Systemtheorie”, 15 *Soziale Welt* I (1964); reimpresso en *Soziologische Aufklärung*, vol. I (7.^a ed.; Köln/Opladen: Westdeutscher Verlag, 2005), pp. 39-67; *idem*, *Soziale Systeme* (Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1984), en especial pp. 83 y ss.; hay traducción inglesa con el título *Social Systems*, realizada por John Bednarz y Dirk Baecker (Stanford: Stanford University Press, 1995), pp. 52 y ss.; cfr. Stefan Jensen, “Funktionalismus und Systemtheorie—von Parsons zu Luhmann”, en Jetzkowitz y Stark (n. 30), pp. 177-203.

110 Véase, por ejemplo, Luhmann, *Soziale Systeme*, p. 85, y también *Social Systems*, p. 54 (ambas en n. 109); cfr. *idem*, “Funktionale Methode und Systemtheorie” (n. 109), pp. 43 y ss.; *idem*, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, vol. II (Berlín: Suhrkamp, 1997), pp. 1125-1126.

111 Véase, por ejemplo, Luhmann (n. 107), pp. 31-32.

112 Luhmann, “Funktionale Methode und Systemtheorie” (n. 109), pp. 63, n. 17; véase también *idem*, *Das Recht der Gesellschaft* (Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1993), pp. 13 y ss., pp. 573 y ss.; hay traducción inglesa de Klaus A. Ziegert con el título *Law as a Social* (Oxford: Oxford University Press, 2004), pp. 56-57, 481.

113 Una excepción notable es Volkmar Gessner, “Soziologische Überlegungen zu einer Theorie der angewandten Rechtsvergleichung”, 36 *RebelsZ* 229 (1972), en especial las pp. 240 y ss.; reimpresso en Ulrich Drobnig y Manfred Rehinder (eds.), *Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung* (Berlín: Duncker und Humblot, 1977), pp. 123-150; Fate-Moghadam, *supra* n. 105.

114 Sobre la teoría de sistemas y la autopoiesis en el derecho comparado véase, por ejemplo, Lynn M. LoPucki y George G. Triantis, “A Systems Approach to Comparing U.S. and Canadian Reorganization of Financially Distressed Companies”, *Harvard International Law Journal* 267 (1994), pp. 270 y ss.; Gunther Teubner, “Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying the Law Ends Up in New Divergences”, 61 *Modern Law Review* 11 (1998); Mark van Hoecke, “Legal Orders between Autonomy and Intertwinement”, en Karl-Heinz Ladeur (ed.), *Public Governance in the Age of Globalization* (Aldershot: Ashgate Publishing, 2004), pp. 177-194; Catherine Valcke, “Comparative Law as Comparative Jurisprudence: The Comparability of Legal Systems”, 52 *American Journal of Comparative Law* 713 (2004); Catherine Valcke, *Comparing Law—Comparative Law as Reconstruction of Collective Commitments* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), pp. 60 y ss.

115 Sin embargo, véase sobre los problemas de recepción en los Estados Unidos, Ralf Michaels, “Zugangsschranken—Zur Nichtrezeption der Systemtheorie in den USA”, en Michael Grünberger y Nils Jansen (eds.), *Privatrechtstheorie heute* (Tübingen: Mohr, 2017), pp. 238-267.

Fateh-Moghadam parece prometedor a este respecto¹¹⁶, quien sugiere considerar el derecho como un campo autónomo (Bourdieu) o subsistema social (Luhmann) con la consecuencia (hasta ahora como Max Solomon) de que las soluciones jurídicas son respuestas a problemas jurídicos, no sociales. Hay soluciones diferentes en los sistemas jurídicos porque estos son establemente diferentes los unos de los otros, lo que genera diferentes condiciones para sus normas jurídicas y, por lo tanto, producen diferentes normas jurídicas aunque los problemas sean parecidos, al menos en un nivel alto de abstracción.

El derecho comparado funcionalista: ¿síntesis o eclecticismo?

¿Cuál de estos conceptos subyace al método funcionalista del derecho comparado? La respuesta es: todos los anteriores. Los juristas comparatistas escogen diferentes conceptos, con independencia de su incompatibilidad¹¹⁷. Existe una fe sólida en que los parecidos entre diferentes órdenes jurídicos revelados por el método funcionalista no son ni el resultado de un razonamiento circular, ni mera evidencia de necesidades parecidas entre sociedades, sino prueba de valores universales más profundos. Aunque esto sugiere un trasfondo aristotélico, en otros lugares los funcionalistas se ubican en la sociología del derecho, por fuera de la filosofía del derecho, y destacan las necesidades objetivas por encima de los valores contingentes. En el propio concepto de función, los juristas comparatistas toman prestada, aunque inconscientemente, la atención antimetafísica del funcionalismo epistemológico, como opuesta a un concepto esencialista de instituciones jurídicas; entienden las instituciones mediante su relación con los problemas. Sin embargo, no es claro si este concepto de función es teleológico o no. A veces los comparatistas usan las funciones de una manera abiertamente teleológica, como una forma hacia el progreso que recuerda al adaptacionismo (cuando solo se consideran comparables los sistemas jurídicos en etapas parecidas de su evolución¹¹⁸ o cuando el desarrollo del derecho se considera importante para el descubrimiento de su función¹¹⁹, una combinación de causa y de función anatema para los postulados de Durkheim). Otras veces los comparatistas se concentran en las instituciones jurídicas como herramientas para el mantenimiento de la estabilidad,

116 Bijan Fateh-Moghadam, *Die Einwilligung in die Lebendorganspende: Die Entfaltung des Paternalismusproblems im Horizont differenter Rechtsordnungen am Beispiel Deutschlands und Englands* (2008); Fateh-Moghadam (n. 105).

117 Véase también Dimitra Kokkini-Iatridou, "Some Methodological Aspects of Comparative Law. The Third Part of a (Pre-)paradigm", 33 *Netherlands International Law Review* 143 (1986), pp. 168 y ss.

118 Zweigert y Kötz (n. 3), p. 3 (con referencia a Lambert).

119 Zweigert y Kötz (n. 3), p. 8: "[...] si el comparatista quiere darle sentido a las normas y los problemas que pretenden solucionar, con frecuencia deben investigar su historia".

algo más parecido al funcionalismo clásico. Sin embargo, es poco claro si incluyen funciones latentes en su atención a lo que las leyes hacen en realidad, o si se limitan a las funciones manifiestas, como en el instrumentalismo y la ingeniería social. Por último, la pretensión de que “siempre permanecerá [...] un área en la que solo el juicio sensato, el sentido común o incluso la intuición pueden ayudar algo¹²⁰” tiene un eco irracional en sí que parecería distanciar al derecho comparado funcionalista de las aspiraciones científicas del funcionalismo en todas las otras disciplinas¹²¹.

En particular, el funcionalismo de la sociología y el del derecho son diferentes. En primer lugar, los sociólogos y los juristas usan diferentes conceptos de función¹²². Mientras que el funcionalismo sociológico se interesa por las funciones latentes (y en gran medida pasa por alto la intención de los legisladores), los juristas se concentran justo en las funciones manifiestas o incluso imaginadas, frente a las latentes. El juez debe interpretar una ley según la función pretendida por el legislador, aun si esa ley es disfuncional; el legislador solo puede considerar funciones manifiestas porque por definición no conoce las funciones latentes¹²³. Se podría decir que los sociólogos adoptan un punto de vista externo, mientras que los juristas adoptan uno interno¹²⁴. En segundo lugar, los objetivos del funcionalismo en la sociología y el derecho son diferentes. Esto es solo debido en parte a la diferencia entre los objetivos normativos y los analíticos descriptivos (después de todo, una gran parte de la tarea del juez es descriptiva también)¹²⁵. Más bien, los sociólogos usan el funcionalismo con el fin de aumentar la complejidad, de manera que su imagen de los sistemas

120 Zweigert y Kötz (n. 3), p. 33; véase también p. 34 (“sentimiento”), p. 35 (“imaginación”).

121 Véase también sobre “antiteoría”, Geoffrey Samuel, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method* (Oxford y Portland: Hart Publishing, 2014) pp. 19-20. Véase para la posible necesidad de irracionalidad para la comparación Luhmann, *Soziale Systeme*, pp. 90-91, y también *Social Systems*, pp. 57-58 (ambos en la n. 109), y su cita a Alfred Baeumler, *Das Irrationalitätsproblem in der Ästhetik und Logik des 18. Jahrhunderts bis zur Kritik der Urteilskraft* (1923, reimpreso en Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft wbg, 1967), pp. 141 y ss.

122 Niklas Luhmann, “Funktionale Methode und juristische Entscheidung”, 94 *Archiv für öffentliches Recht* I (1969); reimpreso en *idem, Ausdifferenzierung des Rechts* (ed. pasta blanda; Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1999), pp. 273-308; Hans-Joachim Bartels, *Methode und Gegenstand intersystemarer Rechtsvergleichung* (Tübingen: J. C. B. Mohr, 1982), pp. 77-79; cfr. también Jean Carbonnier, “L’apport du droit comparé à la sociologie juridique”, en *Livre du Centenaire* (n. 3), pp. 75, 77-9; Jerome Hall, *Comparative Law and Social Theory* (Baton Rouge: State University Press, 1963), p. 107; Zweigert y Kötz (n. 3), pp. 11-12; N. A. Florijn, *Leidraad Voor Zinnvolle rechtsvergelijking* (Den Haag: Ministerie van Justitie, 1995), p. 45.

123 Como es evidente, los legisladores pueden conocer las funciones latentes con el paso del tiempo. Las “cláusulas de caducidad” introducidas en la legislación son una respuesta al problema: los legisladores aprueban leyes, luego observan sus funciones latentes y sus disfunciones, y a continuación reaccionan a partir de esta experiencia de aprendizaje.

124 William M. Evan, Angelo Grisoli y Renato Treves, “Socialogia del diritto e diritto comparato— Considerazione conclusive”, *Quaderni di sociologia* 376 (1965), p. 389 (citado por Traves); traducción alemana en Drobnig y Rehbindner (n. 113), pp. 34, 51.

125 Véase Ralf Michaels y Nils Jansen, “Die Auslegung und Fortbildung ausländischen Rechts”, 116 *Zeitschrift für Zivilprozeß* 3 (2003), pp. 8-12.

sociales observados sea más precisa que un simple listado de sus elementos. Por su parte, los juristas usan el funcionalismo para reducir la complejidad; esperan que la funcionalidad les diga cuál de las varias decisiones alternativas deberían tomar¹²⁶. Los efectos de las decisiones judiciales son solo parte de la responsabilidad de los jueces¹²⁷; incluso los legisladores deben tomar decisiones sin saber del todo los efectos que tendrán. Por último, los sociólogos y los filósofos del derecho se concentran con frecuencia en las funciones diferenciadoras de instituciones definidas de manera relativamente amplia, mientras que los juristas comparatistas toman por dada la existencia y la funcionalidad del derecho y se concentran en cuestiones jurídicas muy específicas.

El choque entre los conceptos sociológicos y jurídicos del derecho comparado es a veces observable (cuando el derecho comparado sociológico de Roscoe Pound es criticado por la tradición durkheimiana por no ser sociológico¹²⁸; cuando un jurista rechaza un cuestionario sociológico por ser poco específico y demasiado ajeno a las categorías jurídicas¹²⁹ o cuando el concepto de derecho comparado funcional de Zweigert es criticado por los juristas por no ser lo suficientemente jurídico y por los sociólogos por no ser lo suficientemente sociológico)¹³⁰. Mientras que el funcionalismo sociológico se ha criticado por ser inherentemente conservador, el funcionalismo jurídico y la ingeniería social se han rechazado por ser abiertamente progresistas y activistas. Si el funcionalismo sociológico se ha rechazado por ser tautológico, el funcionalismo jurídico se ha criticado por su introducción abierta de nuevos valores en los argumentos jurídicos. Un gran proyecto interdisciplinario en el Instituto Max Planck, en el que participaron sociólogos y juristas, fracasó en gran medida debido a estas incompatibilidades; la interacción entre la sociología y el derecho comparado se ha concentrado más en la sociología empírica que en la teoría¹³¹.

Una razón del batiburrillo metodológico en el derecho comparado es que los fundadores del método funcional estaban interesados más en lo pragmático que en lo metodológico. Al sugerir, casi de pasada, que la función de las instituciones tiene que situarse en el centro del empeño

126 Luhmann (n. 107), pp. 6, 10; cfr. Gessner (n. 113), pp. 247-248.

127 Véase Gunther Teubner (ed.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht* (Baden-Baden: Nomos, 1995).

128 Lepaule (n. 53), pp. 838-858.

129 Evan et al (n. 124).

130 Keebet von Benda-Beckmann, "Einige Bemerkungen über die Beziehung zwischen Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung", 78 *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 51 (1979); Gessner, 36 *RabelsZ* 229 (n. 113), pp. 240 y ss.

131 Michael Martinek, "Wissenschaftsgeschichte der Rechtsvergleichung und des Internationalen Privatrechts in der Bundesrepublik Deutschland", en Dieter Simon (ed.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik* (Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1994), pp. 529, 552-553.

comparativo¹³², Ernst Rabel no desarrolló un método elaborado a partir de esta perspectiva. Este enfoque era deliberadamente pragmático en lugar de teórico; no estaba interesado en un debate metodológico expansivo¹³³, sino en solucionar problemas prácticos. El que le asignó a Rabel un “método funcional” fue más bien la obra de su estudiante Max Rheinstein, que introdujo sus ideas en los Estados Unidos¹³⁴. Josef Esser estuvo cerca de desarrollar un método funcional elaborado, pero su influencia no se extendió a los detalles del método, y pocos hubieran compartido sus fundamentos filosóficos. Konrad Zweigert¹³⁵, a pesar del desdén por los debates metodológicos expresado en su manual, publicó bastante sobre cuestiones metodológicas. No obstante, estuvo motivado sobre todo por un interés en el humanismo universalista y en la unificación jurídica; el método funcional no era sino la mejor herramienta para conseguir esos objetivos.

El eclecticismo metodológico podría justificarse como pragmatismo. Sin embargo, ha despertado la crítica y los comparatistas funcionalistas reaccionan sorprendentemente a la defensiva. Una estrategia defensiva es reconocer la relevancia de la cultura como un complemento para el derecho comparado funcionalista. No obstante, sin una visión clara de la relación entre cultura y función, eso debe conducir a un método ecléctico, internamente incoherente. Otra estrategia es proponer un “pluralismo metodológico” en el que el funcionalismo es solo uno entre varios métodos, y el comparatista escoge (*ad hoc*?) el método que considera más apropiado para un determinado propósito¹³⁶. Ninguna estrategia parece prometedora a menos que se reconozcan las fortalezas y las debilidades de un método más claramente funcional. Si el método funcional es deficiente, no es claro por qué debería defenderse una versión moderada; si no es deficiente, no es claro por qué debería moderarse. No obstante, no podemos evaluar esto mientras carezcamos de un método funcional coherentemente formulado, con un concepto congruente de función. Se hará a continuación.

132 Rabel (n. 66), p. 282; también en Zweigert y Puttfarcken (n. 5), p. 88.

133 Max Rheinstein, “In Memory of Ernst Rabel”, 5 *American Journal of Comparative Law* 185 (1956), p. 187; cfr. Hans G. Leser, “Ein Beitrag Ernst Rabels zur Privatrechtsmethode: ‘Die wohlthätige Gewohnheit, den Rechtsfall vor der Regel zu bedenken’”, en *Festschrift für Ernst von Caemmerer* (Tübingen: J. C. B. Mohr/Siebrek, 1978), pp. 891-906; David J. Gerber, “Sculpting the Agenda of Comparative Law: Ernst Rabel and the Façade of Language”, en Annelise Riles (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law* (Oxford y Portland: Hart Publishing, 2001), pp. 190, 196 y ss.

134 Rheinstein (n. 3), pp. 246-250, en especial las pp. 248-249.

135 La importancia de Rabel para Zweigert es clara en Von Caemmerer y Zweigert (n. 3). Zweigert escribió una presentación breve para el libro de Esser; véase Esser (n. 24), p. vii.

136 Véase, por ejemplo, Jaakko Husa, “Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance?”, 67 *RabelsZ* 419 (2003), pp. 446-447; Jaakko Husa, “Methodology of Comparative Law Today: From Paradoxes to Flexibility?”, 58 *Revue Internationale de Droit Comparé* 1095 (2006), pp. 1110 y ss; Palmer, 53 *American Journal of Comparative Law* 290; véase también la obra muy relevante de Marieke Oderkerk, “The Need for a Methodological Framework for Comparative Legal Research—Sense and Nonsense of ‘Methodological Pluralism’ in Comparative Law”, 79 *RabelsZ* 589 (2015), pp. 590-597.

Funciones de la función

No se podría culpar a nadie por pensar que el derecho comparado funcionalista es indefendible. El método funcional ha resultado ser un enfoque infrateorizado, con una posición disciplinaria indefinida, que junta pedazos de varias tradiciones diferentes, las cuales, aunque son mutuamente incompatibles, comparten su declive. Sin embargo, pensar esto sería precipitado. Si no es clara la sustancia de un método funcional en el derecho comparado, nuestro análisis debería pasar de un análisis sustantivo a uno funcional, y concentrarse en lo que hace, y no en lo que es. En el espíritu de Durkheim y Merton, no deberíamos valorar el método ni por sus orígenes, ni por las intenciones de sus proponentes, sino por su funcionalidad. Deberíamos mirar las funciones y disfunciones del concepto de función, incluidas sus funciones latentes, a la hora de producir conocimiento de derecho comparado. Deberíamos ver si es funcional o disfuncional, y deberíamos ver si las propuestas alternativas podrían servir como equivalentes funcionales. Esto nos debería permitir, al mismo tiempo, comenzar a reconstruir el método funcional como un método interpretativo¹³⁷, constructivista, más que como un empeño positivo. Deberíamos verlo como una forma de darle sentido a los sistemas jurídicos, de interpretarlos como si tuvieran significado, en lugar de limitarse a medirlos. Como es natural, un método como ese debería usar de manera congruente un único concepto de funcionalismo. Propongo usar el funcionalismo de la equivalencia, tanto porque es el concepto más robusto en sociología como porque representa el elemento central del derecho comparado funcionalista tal y como se desarrolló por Rabel y Zweigert: la equivalencia funcional.

Esta sección se concentra en siete funciones: (1) la función epistemológica de comprender normas e instituciones jurídicas; (2) la función comparativa de lograr la comparabilidad; (3) la función supuesta de subrayar la similitud; (4) la función formalizadora de la construcción de un sistema; (5) la función evaluativa de determinar el mejor derecho; (6) la función universalizadora de preparar la unificación del derecho; y (7) la función crítica de proporcionar herramientas para la crítica del derecho.

La función epistemológica: la comprensión del derecho

La primera función de la función es epistemológica. El funcionalismo proporciona una herramienta para darle sentido a los datos que encontramos. Comprendemos esta función de la función si distinguimos el derecho comparado funcionalista de un enfoque que comparte parte de su metodología

137 Otto Pfersmann, "Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit", 53 *Revue internationale du droit comparé* 275 (2001); véase también Anne Peters y Heiner Schwenke, "Comparative Law beyond Post-Modernism", *International & Comparative Law Quarterly* 49 (2000), pp. 833-834.

y al que a menudo se le llama funcionalista: el método fáctico¹³⁸, en especial como se aplica en la investigación del núcleo común europeo¹³⁹. Lo que llamamos método fáctico es aquel que busca una pura descripción del derecho en sus distintos componentes (o elementos formadores), centrándose en una de las funciones que desempeñan¹⁴⁰. Hay dos importantes diferencias entre el método fáctico y gran parte del poder explicativo que reclama para sí el funcionalismo, y que mostrarían que no debería llamarse funcionalista al método fáctico y la investigación del núcleo común¹⁴¹. En primer lugar, el método fáctico muestra parecidos entre sistemas jurídicos, pero no nos dice si son accidentales o necesarios, o cómo se relacionan con la sociedad. En segundo lugar, el método fáctico, al concentrarse en casos (como también hace el proyecto del núcleo común europeo) se limita a la descripción.

El funcionalismo promete más. Pretende explicar los efectos de las instituciones jurídicas como funciones (una clase específica de relación) y promete estudiar las respuestas no jurídicas a las demandas sociales también. El método funcional nos pide comprender las instituciones jurídicas no como constructos doctrinales, sino como respuestas a los problemas; no como ocurrencias aisladas, sino en su relación con todo el sistema jurídico y posiblemente más allá, con toda la sociedad.

Esto indica por qué una crítica frecuente al funcionalismo, acusado de centrarse en exceso en las normas¹⁴², se aplica a gran parte del derecho comparado dominante, pero no al método funcional. Los funcionalistas les piden explícitamente a los comparatistas que miren las normas jurídicas ("el derecho en los libros") no solo como resultado de su aplicación ("derecho en acción"), sino incluso más allá, que miren las respuestas no jurídicas frente a las necesidades sociales¹⁴³. En especial, esto es promotor para los derechos no occidentales (aunque no solo para ellos)¹⁴⁴, y para el derecho no estatal, como el derecho religioso¹⁴⁵. Puede que pocos comparatistas lo practiquen, pero es un fallo de la práctica, no del método. En el mismo sentido, es inmerecida la crítica frecuente de que el funciona-

138 Por ejemplo, Stefan Rozmaryn, "Etude comparative de cas administratifs concrets", 19 *Revue internationale du droit comparé* 421 (1967).

139 Rudolf Schlesinger (ed.), *Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems*, vol. 1 (Dobbs Ferry: Oceana Publications, 1968), pp. 30-41; Ugo Mattei, "The Common Core Approach to European Private Law", 3 *Columbia Journal of European Law* 339 (1997).

140 Véase Nik J. de Boer, "The Theoretical Foundations of the Common Core of European Private Law Project: A Critical Appraisal", 5 *European Review of Private Law* 841 (2009), pp. 849-850.

141 Véase también Frankenberg (n. 74), pp. 59-60.

142 Frankenberg (n. 41), p. 438; Graziadei (n. 7), p. 110; Rosen (n. 13), p. 504; Constantinesco (n. 42), pp. 69-70: "Begriffsjurisprudenz" (jurisprudencia conceptual).

143 Véase, por ejemplo, Ascarelli (n. 3), pp. 30, 40; Zweigert y Kötz (n. 3), pp. 38 y ss.

144 Zentaro Kitagawa, "The Modern History of Comparative Law in East Asia", en Mathias Reimann y Reinhard Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Nueva York: Oxford University Press, 2008), pp. 237, 245.

145 Ralf Michaels, (n. 104), pp. 39, 67-68, 73-74.

lismo es reduccionista¹⁴⁶. La gran ventaja del funcionalismo sobre el sustantivismo, destacada primero por Cassirer, es justo que hace posible las generalizaciones sin pérdida de especificidad¹⁴⁷. El funcionalismo destaca las relaciones además de las instituciones, y se concentra en las funciones latentes, además de las manifiestas. En este sentido, una visión funcionalista de las instituciones jurídicas, que se concentra en las interrelaciones complejas de los elementos sociales, crea una imagen más compleja, y no menos, que la creada por los participantes en un sistema jurídico¹⁴⁸.

Lo mismo es cierto con respecto a la crítica de que el funcionalismo no deja espacio a la cultura.¹⁴⁹ Si se comprende correctamente, el derecho comparado funcionalista supone que las normas jurídicas están incorporadas a la cultura, en especial una vez que se tienen en cuenta las funciones latentes¹⁵⁰. De hecho, los funcionalistas pueden sonar como sus críticos: “Le fait que tout droit est un phénomène culturel et que les règles de droit ne peuvent jamais être considérées indépendamment du contexte historique, social, économique, psychologique et politique est confirmé avec une force particulière par les enquêtes de droit comparé” (“El hecho de que todo derecho es un fenómeno cultural y que las reglas del derecho nunca se pueden considerar de manera independiente del contexto histórico, social, económico, psicológico y político, se confirma con una fuerza particular en las investigaciones del derecho comparado”)¹⁵¹; “cette méthode fonctionnelle [...] permet d’atteindre [...] le système dans son homogénéité, dans son esprit, dans ce qu’on a justement appelé sa ‘mentalité’” (“este método funcional [...] permite aprehender [...] el sistema en su homogeneidad, en su espíritu, en lo que se ha llamado justamente su ‘mentalidad’”)¹⁵². Lo que distingue a los funcionalistas de los culturalistas es más la clase de atención que le prestan a la cultura y no tanto el grado en que lo hacen. Lo que los críticos llaman acultural es la resistencia de los funcionalistas a limitarse a la perspectiva del participante, su indisposición a limitarse a la cultura como tal, y naturalmente su reconstrucción de

146 Véase, por ejemplo, Mark Tushnet, “The Possibilities of Comparative Constitutional Law”, 108 *Yale Law Journal* 1225 (1999), pp. 1265 y ss.

147 Véase *supra* sección “Funcionalismo epistemológico”.

148 Luhmann, *Soziale Systeme*, p. 88, y *Social Systems*, p. 56 (ambas n. 109).

149 Véase *supra* n. 80.

150 Sarah Piek, “Die Kritik an der funktionalen Rechtsvergleichung”, 2013 *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* 60 (2013), pp. 65-66; Uwe Kischel, *Rechtsvergleichung* (Múnich: C. B. Beck, 2015), § 3 n. 182, pp. 199 y ss.

151 Zweigert (n. 100), pp. 13-14; cfr. para una crítica del método funcional, Pierre Legrand, “The Impossibility of ‘Legal Transplants’”, 4 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 111 (1997), p. 116: “El comparatista debe adoptar una visión del derecho como un significante polisémico que connota, entre otros, referentes culturales, políticos, sociológicos, históricos, antropológicos, lingüísticos, psicológicos y económicos”.

152 Ancel, “Problème” (n. 1), p. 4. Sobre la mentalité como una crítica del método funcional véase Pierre Legrand, “European Legal Systems are Not Converging”, 45 *The International and Comparative Law Quarterly* 52 (1996), pp. 60 y ss.

la cultura como relaciones funcionales (o disfuncionales). Esto puede explicar, como es obvio, solo un aspecto de la cultura. Sin embargo, una vez que se abandona la esperanza fútil de capturar alguna “esencia” holística de la cultura, la explicación externa del funcionalista no tiene por qué ser inferior a la explicación culturalista de un participante; solo destaca una perspectiva diferente.

Los críticos han sugerido que para que el derecho desempeñe una función en la sociedad tiene que pensarse como separado de ella, pero el derecho surge de la sociedad y no se puede pensar así¹⁵³. En lugar de pensar el derecho funcionalmente, muchos críticos sugieren que se debe entender de manera cultural, como un significante del significado. Sin embargo, en un análisis más cuidadoso, esta oposición entre funcionalismo y culturalismo, que se traduce en el derecho comparado en una oposición entre considerar las leyes como imagen de una cultura y las leyes como significantes con un cierto significado, no existe, al menos no de una forma absoluta¹⁵⁴. Por un lado, la función del derecho es, al menos en algún grado, la creación de la sociedad en la que existe ese derecho; la función es cultural en este sentido. Por otro lado, el significado de una ley consiste, en gran medida, de la función que desempeña; la cultura es en este sentido funcional. Esta interconexión entre la función y la cultura es específica del derecho. No existe en otras creaciones culturales que son menos funcionales abiertamente, al menos no en el mismo grado. Sin embargo, se ha convertido en nuestra comprensión del derecho.

Como es obvio, el funcionalismo no es el único esquema epistemológico disponible para comprender un sistema jurídico¹⁵⁵. Los funcionalistas toman la perspectiva del observador como alternativa, o suplemento, y no como sustituto de la perspectiva del participante inherente en los enfoques culturales, y destaca la visión del derecho como una relación específica (en este caso, funcional) mientras que pasa por alto otras relaciones. Por consiguiente, el funcionalismo no puede pretender capturar alguna esencia o “verdad última” de las instituciones jurídicas, aunque esa pretensión iría en contra de su propio programa, de todas formas. El funcionalismo, en la sociología y en la filosofía¹⁵⁶, es el fruto de un alejamiento de conceptos como “sustancia” y “esencia”; la función no es una categoría

153 Cfr. Frankenberg (n. 41), p. 424; Gordon (n. 41), pp. 102 y ss.; Geoffrey Samuel, “Epistemology and Comparative Law: Contributions from the Sciences and Social Sciences”, en Mark van Hoecke (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law* (Londres: Hart Publishing, 2004), pp. 35, 39 y ss.

154 En sentido similar Jaakko Husa, “Methodology of Comparative Law Today: From Paradoxes to Flexibility?”, 58 *Revue internationale du Droit Comparé* 1109 (2006), pp. 1111 y ss.

155 Esto lo destaca en especial Geoffrey Samuel en varios trabajos: Geoffrey Samuel, *Epistemology and Method in Law* (Londres: Bloomsbury Academic, 2003), pp. 301 y ss.; Geoffrey Samuel, “Depasser le fonctionnalisme”, en Pierre Legrand (ed.), *Comparer les droits, résoluement* (Paris: Presses Universitaires de France, 2009), pp. 405-430; Geoffrey Samuel, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method* (Oxford: Hart Publishing, 2014), pp. 81 y ss.

156 Graziadei (n. 7), p. 112.

ontológica. Ese derecho comparado funcionalista, impulsado por un interés particular del comparatista, no puede ser completamente objetivo y neutral en la forma en que las ciencias tradicionales buscan la objetividad y la neutralidad¹⁵⁷, pero eso no es un defecto.

Si las funciones son relaciones entre las instituciones y los problemas, la primera tarea es encontrar el problema que deben solucionar las instituciones jurídicas. Y esto es en sí un problema¹⁵⁸. Para los evolucionistas, un problema es una situación en la sociedad que estimula el cambio jurídico y, en última instancia, social; la solución es solo un paso adelante temporal que llevará a nuevos problemas. Para los neokantianos, un problema es un problema jurídico ("Rechtsproblem") y, por consiguiente, un problema definido por el derecho y no por la realidad social, un concepto filosófico apriorístico¹⁵⁹. No se puede encontrar una solución por analogía a las ciencias, porque se requiere un juicio de valor¹⁶⁰. Por último, los funcionalistas de la equivalencia sitúan el problema en el derecho y en la sociedad: el derecho crea sus propios problemas, pero lo hace a partir de la propia función del derecho en la sociedad¹⁶¹. En el constructivismo, los problemas y las instituciones se constituyen mutuamente: comprendemos qué es un problema solo una vez que comprendemos un derecho como solución a aquel, y viceversa. Esto invita a una comprensión del funcionalismo comparado como actividad interpretativa: el abogado funcionalista comparatista no intenta describir el derecho extranjero como entidad objetiva, pero tampoco se limita a la descripción que dan los abogados locales de su propio derecho. Lo que hace es ofrecer una interpretación, ni más ni menos, del derecho extranjero como la realización de una función.

Hay problemas reales con el funcionalismo como ciencia social o como filosofía, pero algo menos con el funcionalismo constructivista en el derecho comparado. Explicar las instituciones jurídicas de manera funcional impulsa hipótesis que más que considerar los problemas y las estructuras de una sociedad como realidades (ya sean empíricas o filosóficas), hacen propuestas sobre cómo pueden y deberían comprenderse las sociedades,

157 Frankenberg (n. 41), p. 439; Mark van Hoecke y Mark Warrington, "Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law", 47 *International & Comparative Law Quarterly* 495 (1998), p. 535; Husa (n. 136).

158 Gessner (n. 113), pp. 232 y ss.; Hans F. Zacher, "Vorfragen zu den Methoden der Sozialrechtsvergleichung", en *idem* (ed.), *Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs* (Berlín: Duncker und Humblot, 1977), pp. 21, 41 y ss.; Hill (n. 79), p. 108; Annemarie E. Onderkerk, *De preliminaire fase van het rechtsvergelijkend onderzoek* (tesis doctoral, Universidad de Amsterdam, 1999), pp. 70 y ss.; Teemu Ruskola, "Legal Orientalism", 101 *Michigan Law Review* 179 (2002), pp. 189-190. Véase el citado Ernst von Hippel, "Book Review of Salomon" (n. 441), 49 *Archiv des öffentlichen Rechts* 274 (1926), pp. 279-280.

159 Véase Arwed Blomeyer, "Zur Frage der Abgrenzung von vergleichender Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie", 8 *RabelsZ* 1 (1934), en especial las pp. 12-13.

160 Salomon (n. 44), pp. 51-52.

161 Véase Fateh-Moghadam (n. 105), pp. 54 y ss.

y no solo sobre cómo funcionan. No necesita probarse que existe un problema y que hay una institución que responde a él, pero la conexión entre acontecimientos e instituciones debe poder justificarse como forma de comprensión. Podríamos decir que los problemas son creados¹⁶² y todavía defender el poder explicativo; podemos hacer el análisis desde un punto de vista específico no universal y ofrecer este análisis como una entre varias interpretaciones posibles. El funcionalismo pasa de un enfoque científico del derecho a otro constructivista; sería una forma de “dar sentido” diferenciable a la manera en la que los participantes les dan sentido a sus sistemas jurídicos. Eso sería problemático para una ciencia positiva. No lo es tanto para una disciplina argumentativa y normativa, orientada por fines, como el derecho comparado.

Ese movimiento hacia el constructivismo y la interpretación no implica negar pretensiones relativas a la existencia de una realidad empírica¹⁶³. La funcionalidad es más que una mera metáfora o intuición¹⁶⁴. Más bien al contrario: el funcionalismo interpretativo se apoya en la idea de que solo mediante la interpretación le podemos dar sentido al mundo que nos rodea, incluido el derecho extranjero (y nacional)¹⁶⁵. El hecho de que las funciones sean creaciones sociales no las hace menos reales que los objetos que se analizan¹⁶⁶. El método funcional es un método, y eso significa que opera a partir de datos que se necesitan para esa interpretación¹⁶⁷, no que hable por sí mismo¹⁶⁸. Crea más y mejor conocimiento, no menos.

La función comparativa: el *tertium comparationis*

Como es obvio, esta reconstrucción interpretativa del funcionalismo plantea inmediatamente la pregunta de por qué una explicación funcional debería ser más razonable que otra. ¿Cómo se pueden comprobar empíricamente las funciones? ¿Cómo podemos probar los valores? Las comparaciones pueden ayudar en este punto, y eso nos lleva a la segunda función

162 Luhmann, *Soziale Systeme*, p. 86, y *Social Systems*, p. 54 (ambas en la n. 109); Florijn (n. 122), p. 45; Nils Jansen, “Dogmatik, Erkenntnis und Theorie im europäischen Privatrecht”, 13 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 750 (2005), p. 772.

163 Julie de Coninck, “The Functional Method of Comparative Law: *Quo Vadis?*”, 74 *RebelsZ* 318 (2010), pp. 337-338.

164 Jaako Husa, “Functional Method in Comparative Law—Much Ado About Nothing?”, 2 *European Property Law Journal* 4 (2013), pp. 16 y ss.

165 Ralf Michaels, “Explanation and Interpretation in Functionalist Comparative Law—A Response to Julie de Coninck”, 74 *RebelsZ* 351 (2010), pp. 356-357.

166 Cfr. James Paterson y Gunther Teubner, “Changing Maps: Empirical Legal Autopoiesis”, 7 *Social and Legal Studies* 451 (1998), pp. 451-486.

167 O incluso (re)construcción: Catherine Valcke, “Reflections on Comparative Law Methodology—Getting into Contract Law”, en Maurice Adams y Jacco Bomhoff (eds.), *Practice and Theory in Comparative Law* (Cambridge: Cambridge University Press 2012), pp. 34 y ss.

168 Cfr. Holger Spamann, “Empirical Comparative Law”, 11 *Annual Review of Law and Social Sciences* 131 (2015), pp. 146 y ss.

de la función: la del *tertium comparationis*. La equivalencia funcional permite la comparabilidad¹⁶⁹.

La comparación requiere tradicionalmente un elemento invariable: comparamos con respecto a algo. En teoría, un método funcional podría establecer como elemento invariable los problemas o las instituciones: podríamos comparar diferentes instituciones mediante las cuales las sociedades responden al problema invariante de proporcionar acceso a la justicia, o podríamos comparar las diferentes funciones que el cargo de presidente tiene en varias constituciones¹⁷⁰. Esto significa que la comparación transciende la separación entre los campos tradicionales del derecho e incluso la separación entre derecho privado y público: podemos comparar el derecho de la responsabilidad civil extracontractual con los sistemas de seguro obligatorio en lo que se refiere a la compensación a las víctimas de accidentes; la asistencia jurídica gratuita y los honorarios por resultados con respecto al acceso a la justicia; el derecho constitucional con el derecho administrativo con respecto al control judicial de la constitucionalidad¹⁷¹.

En realidad, en tanto las instituciones no son universales, los problemas pueden desempeñar mejor la función de una constante, aunque esto sigue siendo en parte problemático. Los funcionalistas afirman a veces que el derecho comparado puede servir como el sustituto más próximo de un experimento a la hora de comprobar una hipótesis sobre relaciones funcionales¹⁷². No obstante, sigue sin responderse la pregunta de si las necesidades y los problemas son universales¹⁷³. Ni siquiera está claro qué significa la universalidad de un problema: filósofos como Max Salomon los entienden como problemas universales desde el punto de vista filosófico de la teoría general del derecho, mientras que la corriente sociológica los entiende como problemas universales de las sociedades desde un punto de vista

169 Julie de Coninck (n. 163), pp. 323 y ss.; Michael Bogdan, *Concise Introduction to Comparative Law* (Groningen, Ámsterdam: Europa Law Publishing, 2013), pp. 46 y ss.; Catherine Valcke y Matthew Grellette, "Three Functions of Function in Comparative Legal Studies", en Maurice Adams y Dirk Heirbaut (eds.), *The Method and Culture of Comparative Law—Essays in Honour of Mark Van Hoecke* (Oxford: Hart Publishing, 2015), pp. 99, 101 y ss.; Oderkerk, 79 *RebelsZ* 596 (2015), pp. 609 y ss.

170 Luhmann (n. 107), p. 21; Scheiwe (n. 105), p. 30, n. 2. La propuesta de usar conceptos como *tertium comparationis*, tal y como la presenta Oliver Brand, me parece que va en esa dirección, aunque el mismo Brand desea separar su enfoque del funcionalismo; véase Oliver Brand, "Conceptual Comparisons: Towards a Coherent Methodology of Comparative Law", 32 *Brooklyn Journal of International Law* 405 (2007), pp. 435 y 436.

171 Francesca Bignami, "Formal versus Functional Method in Comparative Constitutional Law", 53 *Osgoode Hall Law Journal* 442 (2016).

172 Lepaulle, 35 *Harvard Law Review* 853, pp. 853-854; reimpresso en Zweigert y Kötz (n. 5), pp. 77-78 ("recoupement"); Roscoe Pound, "Some Thoughts about Comparative Law", en *Festschrift für Ernst Rabel* (1954), pp. 7, 12-13; en sentido similar Merton (n. 18), p. 108.

173 Watson (n. 70), pp. 4-5; Jerome Hall (n. 122), pp. 108-110; Constantinesco (n. 42), pp. 63 y ss.; Wolfgang Minck, "Eine vergleichende Rechtswissenschaft", 83 *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 315 (1984), p. 324; Richard Hyland, "Comparative Law", en Dennis Patterson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Oxford: Wiley-Blackwell, 1996), pp. 184, 189; De Cruz (n. 1), pp. 228-230; James Q. Whitman, "The Neo-Romantic turn", en Legrand y Munday (n. 7), pp. 312, 313.

empírico. En consecuencia, no es claro si la función como *tertium comparationis* se refiere a juicios de valor (manifiestos) de los órganos legislativos o a necesidades sociológicas (latentes), o, como Rabel decía con cierta opacidad, a ambos¹⁷⁴. Además, los sociólogos y los antropólogos que definen problemas sustantivos a menudo caen en una de dos trampas¹⁷⁵. La primera es listas de necesidades sociales¹⁷⁶ demasiado abstractas como para desarrollar un derecho comparado significativo, como el sistema AGIL de necesidades universales elaborado por Parsons: adaptación, consecución de fines (“goals”), integración y latencia¹⁷⁷ (todas las sociedades quieren sobrevivir, pero eso no nos dice nada sobre el cumplimiento de los derechos del consumidor). La segunda trampa es que los problemas son específicos, pero contingentes, y pertenecen a estructuras sociales concretas y, por consiguiente, dejan de ser universales¹⁷⁸ (el problema de proteger los derechos de los accionistas no existe en sociedades sin mercados de capital). Por ejemplo, podemos pensar que las sociedades requieren disuadir la comisión de conductas dañinas y que el derecho de la responsabilidad civil extracontractual cumple esa necesidad. Sin embargo, ¿cómo sabemos que ese es el problema que resuelve el derecho de la responsabilidad civil extracontractual? ¿Por qué su función no sería indemnizar los daños causados, por ejemplo, o hacer efectivos ciertos valores sociales? ¿O tal vez el derecho de la responsabilidad civil extracontractual podría ser disfuncional?¹⁷⁹

Algunos comparatistas evitan estos retos restringiendo su trabajo al análisis de sociedades en etapas parecidas de desarrollo y de ciertas áreas del derecho relativamente neutrales desde el punto de vista valorativo¹⁸⁰.

174 Ernst Rabel, “El fomento internacional del derecho privado”, 18 *Revista de derecho privado* 321 (1931), p. 331; reimpreso en *Gesammelte Aufsätze*, vol. III (n. 66), pp. 35, 50: “el *tertium comparationis*, constituido de un lado por las intenciones sociales económicas y éticas de las leyes, y de otro por las exigencias prácticas de la vida que se presentan como parecidas entre sí”. Véase también *idem*, “In der Schule von Ludwig Mitteis”, 7-8 *Journal of Juristic Papyrology* 157 (1954), p. 159; reimpreso en *Gesammelte Aufsätze*, vol. III (n. 58), pp. 376, 378: “die funktionelle Betrachtung—die man auch die soziale, aber am wichtigsten die juristische nennen konnte...” (“el análisis funcional, que podría llamarse social, pero todavía más importante, jurídico...”).

175 Tushnet (n. 146).

176 Por ejemplo, D. F. Aberle, A. K. Cohen, A. K. Davis, M. J. Levy, Jr. y F. X. Sutton, “The Functional Prerequisites of a Society”, 60 *Ethics* 100 (1950); reimpreso en Demerath y Peterson (n. 18), pp. 317-331; cfr. Marion Levy, *The Structure of Society* (Princeton: Princeton University Press 1950), pp. 34-55.

177 Véase Larry Brownstein, *Talcott Parson's General Action Scheme* (Cambridge: Schenkman Publishing Company, 1982).

178 Goldschmidt (n. 95), pp. 106 y ss.

179 Nils Jansen, *Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität* (Tübingen: J. C. B. Mohr/Siebrek, 2004), pp. 67 y ss. Para otro ejemplo véase Iain D. C. Ramsay, “Functionalism and Political Economy in the Comparative Study of Consumer Insolvency: An unfinished story from England and Wales”, 7 *Theoretical Inquiries in Law* 625 (2006), pp. 632 y ss.

180 Véase, por ejemplo, Zweigert (n. 100), p. 756.

No obstante, se han hecho con frecuencia comparaciones más complejas¹⁸¹ y, además, la restricción a sociedades en la misma etapa de desarrollo recuerda al ahora descartado adaptacionismo funcional; la restricción a áreas del derecho neutrales en lo valorativo supone la similitud de problemas justo porque designa áreas del derecho como libres de valores y, por consiguiente, no contingentes.

Parecería más fructífero diferenciar entre niveles de análisis. Podemos suponer con ciertas garantías que algunos problemas abstractos (por ejemplo, la necesidad de sobrevivir) son universales, al menos en el sentido de que todas las sociedades los enfrentan por el hecho de ser tales¹⁸². Esos problemas generales no se pueden dividir sin más en los problemas específicos que interesan a los juristas comparatistas mediante un proceso deductivo simple, igual que las discusiones sobre la función del derecho en general no arrojan respuestas sobre las funciones de instituciones jurídicas específicas. Muchos problemas son contingentes al depender de las soluciones de otros problemas¹⁸³, pero permiten que el comparatista que no encuentra la universalidad de un problema de un elevado nivel de especificidad descienda un nivel, puesto que las necesidades surgen de necesidades originales, aunque lo hagan de forma contingente. Cuanto más específico es un problema, menor es la probabilidad de su universalidad, pero concentrarse en el nivel más general nos permite ver no solo el carácter contingente de ciertos problemas, sino también cuáles serían los problemas análogos en otros sistemas jurídicos. Eso conduce a un análisis funcional mucho más complejo, pero también más rico.

Además, la epistemología funcionalista hace innecesario suponer problemas universales. Una vez que se comprende la formulación de un problema como una acción interpretativa en lugar de empírica, la universalidad de los problemas es, en ese mismo sentido, una acción constructivista más que una mera representación de la realidad. La comparabilidad se consigue mediante la construcción de problemas universales como *tertia comparationis*. Es aquí donde el concepto de equivalente funcional adquiere toda su fuerza. Incluso si las instituciones jurídicas se comprenden como respuestas a las necesidades sociales, no son causadas por estas necesidades en el sentido de necesidad lógica. Es lo contrario. Son respuestas contingentes a esas necesidades que se pueden identificar por referencia a otras posibles respuestas, los equivalentes funcionales, que no se escogieron¹⁸⁴. Estos equivalentes funcionales tal vez no se conozcan hasta que

181 Véanse los ejemplos dados por Graziadei (n. 7), pp. 109-110; cfr. también las críticas efectuadas por Frankenberg (n. 41), pp. 437-438; Constantinesco (n. 42), n. 40.

182 Wilbert E. Moore y Joyce Sterling, "The Comparison of Legal Systems: A Critique", 14 *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico* 77 (1985), p. 98; cfr. Goldschmidt (n. 95), pp. 118 y ss.

183 Goldschmidt (n. 95), pp. 106 y ss.

184 Véase *supra* sección "Funcionalismo de la equivalencia".

aparezcan en otros sistemas jurídicos, pero su aparición permite al comparatista elaborar el problema subyacente y, por lo tanto, reconocer las funciones de una institución jurídica. La similitud de resultados frente a ciertas situaciones de hecho, con independencia de cuales sean las diferencias doctrinales, indicaría con fuerza que las respectivas instituciones jurídicas pueden considerar diferentes respuestas (funcionalmente equivalentes) a un problema similar.

Como es evidente, este razonamiento es circular: va de los problemas a las funciones y de las funciones a los problemas. Los problemas son universales en la medida en que se excluyen todos los problemas que no lo son¹⁸⁵. Sin embargo, esta circularidad se parece a la forma en la que los matemáticos reconocen las funciones y parece justificarse para el derecho comparado constructivista como interpretación porque refleja el círculo hermenéutico entre el comparatista y los sistemas jurídicos observados que es característico del derecho comparado¹⁸⁶. En otras palabras, esta tautología no es fatal una vez que comprendemos el funcionalismo como un método interpretativo: describe el proceso de pensamiento entre lo general y lo específico, entre los supuestos problemas y las instituciones como supuestas respuestas, que crea conocimiento jurídico. El primer paso interpretativo, la pretensión de universalidad de un problema, se puede rebatir, pero es una manera fructífera de darle sentido a un sistema jurídico en relación con otro.

La función presuntiva: la *praesumptio similitudinis*

La universalidad de los problemas lleva a la cuestión de la diferencia y la similitud. Zweigert sugirió la famosa (o infame) *praesumptio similitudinis*, una presunción de similitud: el comparatista debería suponer que diferentes sociedades enfrentan similares problemas y que, para sobrevivir, una sociedad debe tener instituciones (funcionalmente equivalentes) que satisfagan esas necesidades. En consecuencia, si el comparatista no encuentra un equivalente funcional en un orden jurídico extranjero, debería “volver a comprobar si los términos en los que planteó su pregunta original eran real y puramente funcionales, y si extendió la red de sus investigaciones lo suficiente”¹⁸⁷.

Tal vez no haya otra declaración en la historia del derecho comparado más criticada que este breve pasaje. Hay tres tipos de crítica sobre este punto que merecen nuestra atención. La primera es que el postulado viola

185 Hiram Chodosh, “Comparing Comparisons: In Search of Methodology”, 84 *Iowa Law Review* 1025 (1999), pp. 1122 y ss.

186 Cfr. Zacher (n. 158), pp. 39-40; Ruskola (n. 158), pp. 232-233.

187 Zweigert y Kötz (n. 3), p. 40; para una versión anterior véase el ya mencionado artículo de Zweigert, “*Praesumptio Similitudinis*” (n. 100), pp. 755-756. Zweigert mencionó por primera vez la *praesumptio* en “*Méthodologie*” (n. 3), p. 297, y también en “*Zur Methode*” (n. 3), p. 198.

los requisitos del método científico: siguiendo el racionalismo crítico de Popper, el comparatista no debería tratar de probar hipótesis, sino su falsación¹⁸⁸. La segunda es que el postulado viola los requisitos de la neutralidad ideológica, o los requisitos de la ideología correcta: el comparatista no debería favorecer la similitud por encima de la diferencia, sino que debería ser objetivo y neutral con respecto a la similitud y la diferencia, o incluso debería defender abiertamente la diferencia por encima de la similitud¹⁸⁹. La tercera es que se dice que el postulado es reduccionista: la similitud aparece únicamente una vez que los ordenamientos jurídicos o las instituciones son despojados de sus detalles culturalmente relevantes y contingentes¹⁹⁰. Algunos defensores del funcionalismo reconocen la validez de las críticas y están dispuestos a abandonar la presunción¹⁹¹. Hacerlo sería prematuro.

En primer lugar, la presunción de similitud debe situarse en su contexto histórico. Se formuló tras una guerra que partió de la alegación de las diferencias insuperables; esa es una razón por la cual los comparatistas intentaron contrarrestar la presunción de la diferencia predominante entre los juristas ordinarios de esa época¹⁹². En este sentido, la presunción de la similitud era tan crítica del estado de cosas de su época como lo es el acento actual en la diferencia, que también podría calificarse como una estrategia retórica¹⁹³. Por lo tanto, los llamados a la “falsación” de la presunción están, por lo tanto, igual de fuera de lugar que los llamados a sustituirla por una *praesumptio dissimilitudinis*, ya que lo único que alteran es la relación entre norma y excepción¹⁹⁴.

Más en concreto, la crítica se basa en una mala comprensión de lo que significa similitud en sentido propio. Sin duda, Zweigert es consciente de que el derecho de la responsabilidad extracontractual y el aseguramiento son diferentes, y que la diferencia no desaparece sin más por el hecho de que desempeñen la misma función, en este caso, compensar a las

188 Von Benda-Beckmann (n. 130).

189 Curran (n. 76); Pierre Legrand, *Le droit comparé* (París: Puff, 1999), p. 110: “*principium individuationis*”; Hyland (n. 178), p. 194: “*coniectura dissimilitudinis*”.

190 Geertz, “Local Knowledge” (n. 84); Volkmar Gessner, “*Praesumptio similitudinis?—A Critique of Comparative Law*”, en *1995 Annual Meeting of the ISA Research Committee on Sociology of Law “Legal Culture: Encounters and Transformations”, Section Meetings, August 1-4, 1995* (1995), pp. 41, 50: (“la *praesumptio similitudinis* no es más que una consecuencia de la pobre recogida de datos en los estudios jurídicos comparados”); véase la obra ya citada *idem*, 36 *RechtsZ* 235 (n. 100).

191 Véase, por ejemplo, Ancel, *Utilité* (n. 1), pp. 55 y ss.; De Cruz (n. 1), p. 230; Husa (n. 136), pp. 440-441, 442; cfr. Hein Kötz, “The Common Core of European Private Law: Presented at the Third General Meeting of the Trento Project”, 21 *Hastings International and Comparative Law Review* 803 (1998), p. 807, ligeramente revisada de 5 *European Review of Private Law* 549 (1997), p. 552: “debe refutarse cuando hay evidencia para hacerlo”; véase también Ruskola (n. 158).

192 Curran (n. 76), pp. 67 y ss.

193 En este sentido Legrand (n. 80), p. 302; véase también Husa (n. 136), pp. 442-443.

194 Para un uso estratégico véase Nathaniel Berman, “Aftershocks: Exoticization, Normalization and the Hermeneutic Compulsion”, 1997 *Utah Law Review* 281 (1997).

víctimas. No es casualidad que hable de equivalencia funcional en lugar de similitud. Siendo así, la presunción no es algo excéntrico, sino que está ligada estrechamente a supuestos metodológicos. Si lo único comparable son instituciones funcionalmente equivalentes, entonces, por definición, estas instituciones deben ser parecidas, en el sentido de responder al mismo problema. En esta medida, la presunción es algo más que una idea ingenua de Zweigert: es un elemento necesario del derecho comparado funcionalista. Ya expliqué antes el movimiento interpretativo por el cual los problemas se comprenden como problemas universales.

Por lo tanto, si la presunción de similitud es central para el método funcional, es vital, entonces, comprender con claridad lo que la presunción dice y no dice. Lo que se presume similar no son las instituciones jurídicas, ni los problemas que deben solucionar y la necesidad de las sociedades de responderlos, sino la relación funcional entre problemas y soluciones: si una sociedad tiene un cierto problema *a*, debe tener una institución jurídica *y*, y diferentes soluciones a *a* son equivalentes funcionales. No significa que las diferentes soluciones a los problemas similares, el elemento central del método funcional, sean en verdad sustantivamente “similares”; la propia formulación de Zweigert de “similitud” es confusa. El derecho de la responsabilidad civil extracontractual y el derecho de seguros no son similares por el hecho de cumplir la misma función y proporcionar a las víctimas de accidentes una indemnización por sus accidentes. Son obviamente diferentes, no solo en sus estructuras doctrinales, sino también (y esto se les pasa por alto a menudo a los comparatistas) en sus efectos y funciones (o disfunciones) con respecto a problemas distintos al de la indemnización, como la disuasión, la creación de ciertas clases de empleos (jueces o aseguradores), litigiosidad o mentalidad asistencial. Son parecidos solo con respecto a un elemento, en este caso, la solución de un problema específico. Esto no es similitud. Es equivalencia funcional¹⁹⁵.

Algunos críticos consideran que la *praesumptio similitudinis* es incoherente internamente, porque los comparatistas afirman que diferentes sistemas jurídicos llegan a resultados similares, aunque al mismo tiempo defienden las diferencias entre las instituciones que comparan¹⁹⁶. En parte tienen razón. Los comparatistas miran la diferencia y la similitud al mismo tiempo, pero eso no es incongruencia. La equivalencia funcional es similitud en la diferencia; es encontrar que las instituciones son similares en un aspecto (a saber, una de las funciones que cumplen), mientras que son diferentes (o al menos pueden serlo) con respecto a otros aspectos (no solo en sus formulaciones doctrinales y formas concretas de resolver un problema, sino también en las otras funciones o disfunciones que pueden

195 Cfr. Scheiwe (n. 105), p. 35; Hein Kötz, “Abschied von der Rechtskreislehre?”, 6 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 493 (1998), pp. 504-505.

196 Hill (n. 79), p. 109; cfr. Frankenberg (n. 41), p. 440.

tener además de aquella en la que se centra el comparatista). La decisión de estudiar un cierto problema y, por consiguiente, una cierta función, hace crucial encontrar la similitud. Sin embargo, es siempre similitud solo con respecto a esa función. El hallazgo de la similitud es contingente y se restringe al centro de atención del comparatista.

De ahí se deriva que el grado de similitud no puede explicar una institución en su totalidad. En primer lugar, al elegir una institución, una sociedad descarta otras instituciones funcionalmente equivalentes. La elección del derecho de la responsabilidad civil extracontractual como forma de indemnización es, al menos en parte, una elección contra el derecho de seguros para esos mismos fines. Por lo tanto, sería equivocado decir que el derecho de la responsabilidad civil extracontractual y el aseguramiento son iguales, porque eso le sustraería su relevancia a la decisión en favor de uno y en contra del otro. En segundo lugar, cuando el comparatista usa una función como su *tertium comparationis*, deja por fuera de manera consciente otras funciones para las cuales las instituciones pueden ser muy diferentes¹⁹⁷. En la medida en que la equivalencia funcional significa similitud con respecto a una función, la presunción es tautológica¹⁹⁸: porque solo las instituciones que cumplen la misma función son comparables, por definición tienen que ser similares con respecto a la cualidad de cumplir esta función. Nada se dice sobre parecidos o diferencias adicionales. Debido a que los críticos han gastado mucha tinta en esta confusión, hay que repetir esta idea: el funcionalismo lleva a la comparabilidad de instituciones que pueden mantener, por consiguiente, sus diferencias incluso en la comparación. No presume, ni conduce, a la similitud. Lo más que supone es equivalencia funcional.

La función sistematizadora: la construcción de sistemas y paradigmas

Como último paso del método comparativo, Zweigert propone la “elaboración de un sistema” con su propia “sintaxis y vocabularios especiales”¹⁹⁹.

197 Luhmann (n. 107), p. 25: “Einzelne funktionale Leistungen sind nur in einer bestimmten analytischen Perspektive äquivalent” (“Los logros funcionales lo son solo desde una perspectiva analítica equivalente”); Scheiwe, 83 *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, pp. 36-37.

198 Para esta crítica véase Scheiwe (n. 105), p. 35.

199 Zweigert y Kötz (n. 3), pp. 44-46; Max Rheinstein, “Teaching Comparative Law”, 5 *University of Chicago Law Review* 615 (1937-1938), pp. 620-621. Para los problemas de sistematización y terminología en un ejemplo práctico de derecho comparado funcionalista véase Ulrich Drobnig, “Methodenfragen der Rechtsvergleichung im Lichte der ‘International Encyclopedia of Comparative Law’”, en *Ius Privatum Gentium—Festschrift für Max Rheinstein* (Tübingen: J. C. B. Mohr/Siebrek, 1969), pp. 221, 228-33. La posición destacada del sistema en el tratado de Zweigert y Kötz puede deberse al interés de Zweigert en un sistema de derecho comparado antes de que defendiera el funcionalismo. Véase, por ejemplo, Konrad Zweigert, “Book Review”, 15 *RabelsZ* (1949), pp. 354-358; Bernhard C. H. Aubin y Konrad Zweigert, *Rechtsvergleichung im deutschen Hochschulunterricht*

Aunque Zweigert tiene en mente un sistema universal, merece la pena ocuparse de la forma en la que un método funcionalista permite y requiere la comprensión de los derechos nacionales como sistemas²⁰⁰. La mayor parte del derecho comparado comprende los sistemas jurídicos como sistemas, en el sentido de que dan respuesta a preguntas; podemos explicar lo que el derecho francés dice sobre la legalidad del aborto, o cómo los japoneses se ocupan del problema de la excepción de la cosa penal juzgada. Sin embargo, el funcionalismo de la equivalencia tiene una relación más cercana y específica con los sistemas²⁰¹. Esto se debe a que las normas jurídicas no pueden desempeñar una función social salvo que lo hagan con respecto a la sociedad en su conjunto, y, lo que es más importante, a que la decisión de cuál de las posibles respuestas equivalentes se elija es una decisión contingente, que depende del sistema en que se adopta. Es una decisión que depende también de otras decisiones que el sistema haya tomado. Esto significa que los sistemas jurídicos no son completamente libres para elegir entre soluciones equivalentes: se ven restringidos por otras decisiones que han tomado con respecto a otros problemas²⁰².

En sociología, este es el punto en el que el método funcionalista y la teoría de sistemas se conectan. En el derecho comparado, una consideración parecida lleva al concepto de paradigmas jurídicos²⁰³. Un paradigma jurídico es, sin ser estrictos en la definición, el marco en el que se toma una decisión jurídica, el marco en el que encaja. En cierto grado, este marco es de naturaleza cultural: constituye un patrón, un trasfondo epistémico para el análisis. Al mismo tiempo, un paradigma se ve configurado por las decisiones tomadas por el derecho en otros lugares. Por ejemplo, el cumplimiento de las políticas públicas en el derecho estadounidense se lleva a cabo a menudo mediante demandas judiciales de particulares, mientras que en los países europeos lo usual es que se haga a través de las autoridades. Estos diferentes paradigmas reflejan en parte decisiones tomadas por el derecho en otros lugares: el derecho estadounidense ha establecido condiciones institucionales y doctrinales para las demandas de interés público y las acciones judiciales colectivas, mientras que los países europeos tienen poderosas instituciones encargadas de hacer cumplir la ley. En cierta medida reflejan diferentes mentalidades: la relevancia principal del

(Tübingen: J. C. B. Mohr/Siebrek, 1952), por ejemplo, p. 39 ("Einheit eines überpositiven Systems", "unidad de un sistema suprapositivo").

200 Véase Catherine Valcke, "Legal Traditions or Legal Systems?", en Helge Dedek y William Twining (eds.), *Sustainable Diversity in Law-Essays in Memory of H. Patrick Glenn* (Oxford: Oxford University Press, 2018).

201 Luhmann, "Funktionale Methode und Systemtheorie" (n. 109).

202 Véase Luhmann, *ibid.*, p. 48; Fateh-Moghadam (n. 105), p. 56.

203 Ralf Michaels, "Two Paradigms of Jurisdiction", 27 *Michigan Journal of International Law* 1003, especialmente 1013 (2006); véase también Jacco Bomhoff, "Comparing Legal Argument", en Maurice Adams y Jacco Bomhoff (n. 166), pp. 74-96; Fateh-Moghadam (n. 105), pp. 56-58 (quien, sin embargo, es crítico de la terminología).

Estado en Europa; la de los demandantes particulares en Estados Unidos. Por estas razones, cuando hay que hacer cumplir una nueva política, un Estado europeo suele escoger un mecanismo de cumplimiento público, mientras que en Estados Unidos podría observarse un aumento de las acciones procesales disponibles. En este punto, la comparación funcionalista se alimenta de la macrocomparación, de la comparación de sistemas jurídicos completos.

Lo que Zweigert tiene en mente es un tipo diferente de sistema: un sistema global. ¿Cómo es posible crear ese sistema, teniendo en cuenta que el “derecho comparado es por naturaleza un método funcional y antidoctrinal”?²⁰⁴. ¿Un sistema como ese no será necesariamente tan formalista y doctrinal como los sistemas nacionales que los métodos funcionales intentan superar?²⁰⁵.

En un sentido, la respuesta es sí: los enfoques científicos buscan elaborar sistemas, y los sistemas son formalistas por su naturaleza. Vemos este desarrollo en los antropólogos sociales que esperaron que la función llevara a una heurística general de las sociedades y de los sistemas sociales; en sociólogos como Parsons, que desarrolló un sistema AGIL complejo²⁰⁶; y en los filósofos del derecho, que vincularon el derecho comparado al proyecto de elaboración de un sistema de teoría general del derecho. Todos estos proyectos dirigidos a la elaboración de un sistema han sido criticados por ser insensibles a los detalles y por tecnocráticos.

Para comenzar, los juristas comparatistas pueden responder en primer lugar que hacen lo que juristas funcionalistas como Philipp Heck hicieron: si las normas y los sistemas no se pueden descartar totalmente, al menos deberían mejorarse. Por ejemplo, la comparación muestra que la propiedad se transfiere por el mero consentimiento en algunos sistemas jurídicos, mientras que en otros se requiere transferir la posesión, pero las respuestas a las situaciones específicas de hecho son marcadamente parecidas. Estos resultados se pueden formalizar en tres reglas sencillas: entre el transmitente y el adquirente la propiedad se transmite por el mero consentimiento; con respecto a terceros la propiedad se transmite mediante la transferencia de la posesión; los terceros notificados deben aceptar la transferencia de propiedad entre el transmitente y el adquirente bajo la primera regla²⁰⁷.

204 Konrad Zweigert, “Rechtsvergleichung, System und Dogmatik”, en *Festschrift für Eduard Bötticher* (Tübingen: J. C. B. Mohr/Siebrek, 1969), pp. 443, 448.

205 Para críticas véase Ernst Kramer (n. 22), pp. 10-12, contra Esser y Rothoef (ambos en la n. 24). Riles (n. 7), pp. 244-245, plantea que el ataque posmoderno contra el derecho comparado modernista es análogo al ataque modernista contra el derecho comparado anterior:

206 Parsons define cuatro elementos necesarios para la supervivencia de una sociedad: adaptación, consecución de fines, integración y latencia. “AGIL” es el acrónimo en inglés de estas palabras: “Adaptation, Goal attainment, Integration, Latency”. Véase Brownstein (n. 177).

207 Ralf Michaels, *Sachzuordnung durch Kaufvertrag* (Berlín: Duncker & Humblot, 2002), en especial las pp. 188 y ss.; cfr. Fr. Vinding Kruse, “What Does ‘Transfer of Property’ Mean with Regard to Chattels? A Study in Comparative Law”, 7 *American Journal of Comparative Law* 500 (1958); Rodolfo

El sistema derivado sigue siendo doctrinal y, por lo tanto, está abierto a la crítica externa, pero al menos describe el estado de sistemas jurídicos diferentes mejor que sus propias reglas.

Más allá de esto, la creación de un sistema global no es necesaria e incluso es contraproducente. El derecho comparado funcionalista requiere relaciones entre sistemas jurídicos: relaciona problemas en diferentes sistemas mediante la comprensión de estos sistemas como parecidos y las soluciones jurídicas de diferentes sistemas como funcionalmente equivalentes. Sin embargo, no es necesario elaborar un sistema para comprender estas relaciones. De hecho, hacerlo mediante un sistema, si es doctrinal, sería incluso contraproducente. Esto se debe a que ese sistema global debe escoger, a la hora de formular sus propias respuestas a los problemas, entre las diferentes soluciones funcionalmente equivalentes que están disponibles, y eso significa, a su vez, rechazar todos los otros equivalentes. El sistema global no puede conseguir entonces una neutralidad plena; no se puede separar de los sistemas que intenta describir²⁰⁸. Si ese sistema se quiere elaborar, no puede hacerse a partir del funcionalismo de la equivalencia.

La función evaluativa: determinar cuál es el mejor derecho

Mientras que la elaboración de un sistema es por lo tanto un proyecto implícitamente normativo-crítico, el derecho comparado funcionalista afirma a veces tener una función explícitamente normativa: la funcionalidad debería servir como vara de medir para determinar el “mejor derecho”²⁰⁹. Este paso de los hechos a las normas es siempre problemático en el derecho comparado. Saleilles propuso mirar la solución mayoritaria en los ordenamientos jurídicos para encontrar un “droit idéal relatif”²¹⁰, pero ¿por qué la mayoría debería indicar la superioridad? Los proyectos del Common Core (“Núcleo Común”) europeo buscan los aspectos comunes entre todos los ordenamientos jurídicos, pero incluso el hecho de la comunalidad (en la medida en que exista) no tiene fuerza normativa intrínseca²¹¹. A la hora de saltar a esas conclusiones normativas, los comparatistas funcionalistas dudan a menudo. Por ejemplo, Rabel argumentó que la

Sacco, “Diversity and Uniformity in the Law”, 49 *American Journal of Comparative Law* 171 (2001), pp. 183-184.

208 Cfr. Frankenberg (n. 41), p. 424.

209 Véase Mathias Siems, “Bringing in Foreign Ideas: The Quest for ‘Better Law’ in Implicit Comparative Law”, 9 *The Journal of Comparative Law* 119 (2014).

210 Saleilles (n. 51); *idem*, “École historique et droit naturel”, 1 *Revue trimestrielle de droit civil* 80 (1902), pp. 101, 106, 109 y ss.; Zweigert (n. 43), pp. 19-21.

211 Hill (n. 79), p. 103; J. P. Verheul, “Così fan tutte”, en *Comparability and Evaluation: Essays on Comparative Law, Private International Law and International Commercial Arbitration in Honour of Kokkini-Iatridou* (Nueva York: Springer, 1994), pp. 143-149.

evaluación no era estrictamente un componente del derecho comparado²¹². El concepto de derecho ideal de los neokantianos es independiente de los ordenamientos jurídicos existentes²¹³. Por lo tanto, ambos enfoques enfrentan el mismo problema desde distintos lados. El sociólogo no puede deducir el “deber ser” del “ser”; el material comparado no proporciona directrices; ni siquiera la comunalidad tiene una fuerza normativa independiente. El filósofo idealista puede desarrollar su derecho ideal en abstracto, pero no es claro cómo el conocimiento de los distintos ordenamientos jurídicos le puede ayudar o por qué ese conocimiento sería siquiera relevante.

El mismo Zweigert era consciente de que el material empírico recogido por el comparatista no tenía autoridad jurídica²¹⁴ y que el jurista comparatista, con el fin de determinar cuál es el mejor derecho, “debe operar con supuestos de los que [...] el sociólogo del derecho se burlaría con todo derecho por ser simples hipótesis de trabajo”²¹⁵. Sin embargo, pensó que, cuando quiera que el derecho comparado funcionalista encontrase la similitud como resultado entre diferentes ordenamientos jurídicos, todo lo que se necesitaría sería evaluar la mejor formulación doctrinal, y esa es una tarea para la cual el jurista está capacitado y que tiene derecho a hacer²¹⁶. Otros parecen más ambiciosos²¹⁷.

La incomodidad está justificada: el funcionalismo de la equivalencia proporciona herramientas muy limitadas para la evaluación²¹⁸. La función específica no puede servir como vara de medir, porque, por definición, las instituciones funcionalmente equivalentes tienen por definición el mismo valor con respecto a esa función; la equivalencia significa, literalmente, de igual valor. Una vez que se ha usado una función específica para determinar la similitud relativa, la misma función no determina la superioridad, puesto que eso requeriría una diferencia relativa. Es imposible aislar primero la función de una institución jurídica de su formulación doctrinal y medir el elemento funcional resultante a partir de alguna función ideal, porque no existe tal función ideal más allá de la realidad mundana del ordenamiento jurídico. En sentido estricto, la teoría del mejor derecho no es

212 Rabel (n. 66), p. 280 (pero véanse las pp. 286 y ss.).

213 Radbruch, “Über die Methode” (n. 43); Salomon (n. 44), pp. 30 y ss.; Blomeyer (n. 159), p. 2.

214 Zweigert (n. 43), pp. 14-15; *idem*, “Die kritische Wertung in der Rechtsvergleichung”, en *Law and Trade: Recht und Internationaler Handel. Festschrift für Clive Schmitthoff* (Fráncfort del Meno: Athenäum, 1973), pp. 403, 405.

215 Zweigert y Kötz (n. 3), pp. 11-12; *cf.* p. 47.

216 Zweigert (n. 204), pp. 408-409; para un traslape más explícito del ser/debe ser véase *idem*, p. 20.

217 Rheinstein (n. 199), pp. 617-618: “[T]oda norma e institución tienen que justificar su existencia conforme a dos indagaciones; en primer lugar, ¿qué función tiene en la sociedad actual? En segundo lugar, ¿sirve bien esa función u otra regla la serviría mejor? Es obvio que la segunda pregunta no se puede responder salvo a partir de la comparación con otros sistemas jurídicos” (nota a pie de página omitida).

218 *Cf.* Niklas Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität* (Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1968), p. 120.

compatible con el derecho comparado funcionalista. Esto podría explicar por qué tantos estudios comparados enumeran los parecidos y las diferencias, y luego quedan sin criterios para determinar cuál de esos derechos es mejor.

Es evidente que la evaluación comparativa de los equivalentes funcionales no es imposible: se puede decir que diferentes instituciones son mejores o peores a la hora de desempeñar una función²¹⁹. Sin embargo, la vara de medir debe encontrarse por fuera de la función específica estudiada; se puede encontrar en los costos de una institución o en su funcionalidad o disfuncionalidad con respecto a otros problemas. Sin embargo, esto hace una evaluación integral compleja hasta el extremo de la imposibilidad. Considérense, por ejemplo, las diferentes respuestas a los accidentes automovilísticos del sistema de seguros de Nueva Zelanda y el derecho de la responsabilidad civil extracontractual inglés. Cabe defender que el derecho neozelandés es funcionalmente superior al derecho inglés con respecto a la función de la indemnización, porque sus costos de transacción son menores. A su vez, el derecho inglés es superior con respecto a la función de la disuasión, porque crea mejores incentivos para conducir con cuidado. Ahora bien, el funcionalismo de la equivalencia sugiere que Nueva Zelanda cubre esta segunda función de disuasión con otras instituciones —la responsabilidad penal, por ejemplo—, de manera que debemos tener en cuenta esto en nuestra evaluación. Sin embargo, el derecho penal es costoso y tal vez disfuncional en la medida en que satura los tribunales, así que debemos tener en cuenta el costo de los procesos judiciales, y así sucesivamente. La microcomparación con respecto a las funciones individuales se vuelve macrocomparación entre sistemas jurídicos completos.

Este ejemplo ilustra el quid del funcionalismo de la equivalencia: sus ventajas a la hora de conseguir la comparabilidad se vuelven desventajas a la hora de evaluar. El concentrarse en la equivalencia funcional en lugar de hacerlo en los parecidos o las diferencias es una forma deliberada de dominar la complejidad sin reducir la especificidad: las instituciones se vuelven comparables justo porque se reducen a una única función. Sin embargo, para evaluar estas instituciones no basta concentrarse en esa única función, porque las instituciones son multifuncionales, pero, entonces, estudiar todas las otras funciones y disfunciones reintroduce la complejidad.

Eso no hace imposible la evaluación de los resultados de la comparación funcionalista, pero muestra sus límites²²⁰. En primer lugar, el criterio de evaluación debe ser, en última instancia, diferente del criterio de

219 James Gordley, "The Functional Method", en Pier Giuseppe Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law* (Cheltenham: Edward Elgar, 2012), pp. 107, 109.

220 Véase también Note, "Bundled Systems and Better Law: Against the Leflar Method of Resolving Conflicts of Law", 129 *Harvard Law Review* 544 (2015), pp. 555 y ss.

comparabilidad; la evaluación sigue siendo una decisión de política pública, un juicio práctico, en condiciones de incertidumbre parcial. El método funcional puede mostrar alternativas y proporcionar algo de información, y, por lo tanto, mejorar en gran medida esa decisión de política pública, pero no la puede sustituir. En segundo lugar, toda evaluación de soluciones funcionalmente equivalentes es válida solo con respecto a la función examinada en la indagación comparativa (un derecho o una institución no es mejor que otro *tout court*). En el mejor de los casos, será mejor con respecto a una función específica. Por lo tanto, el funcionalismo de la equivalencia hace posible la comparación, pero al mismo tiempo aconseja restricción en la evaluación de los resultados.

Un buen ejemplo de las fortalezas y los límites del funcionalismo a la hora de evaluar es la decisión de la Cámara de los Lores en *White v. Jones*²²¹. La cuestión era si un abogado que, por negligencia propia, no había terminado de elaborar un testamento tenía responsabilidad ante los beneficiarios designados. El tribunal comienza evaluando las diversas funciones de la responsabilidad legal: a los que comenten actos dañinos no debería salirles gratis; los abogados deberían tener elevados criterios profesionales; los legados tienen una importante función en la sociedad, etcétera. Luego el tribunal compara varias creaciones doctrinales extranjeras, funcionalmente equivalentes, que apoyarían la responsabilidad legal del abogado con el fin de escoger la mejor solución para su caso. Sin embargo, si bien todas estas soluciones extranjeras son comparables porque son respuestas al mismo problema (funcionalismo), el segundo paso, evaluar cuál de estas soluciones se podría adoptar como mejor solución en el derecho inglés, es un problema de encaje doctrinal en el derecho inglés. El funcionalismo no tiene nada que hacer a ese respecto.

La función universalizadora: el derecho unificador

La evaluación está ligada estrechamente a otra función conectada con el método funcional desde sus primeros días: ser una herramienta para la unificación del derecho. Algunos comparatistas funcionalistas defienden que su método es ideal para este propósito, ya sea regionalmente (por ejemplo, en Europa) o en todo el mundo. Este argumento descansa en la capacidad del funcionalismo de identificar los parecidos entre leyes diferentes en apariencia; debería permitir a los legisladores redactar un derecho uniforme óptimo que supere y trascienda las peculiaridades doctrinales de los sistemas jurídicos locales. Según este argumento, una vez que se identifican los parecidos funcionales de diferentes leyes es más fácil unificarlas a partir de esas similitudes.

221 [1995] 2 AC 207.

Este argumento tiene dos problemas que ya hemos tratado: el método funcional no puede revelar por sí mismo el mejor sistema jurídico y como método antidoctrinal no está bien equipado para formular normas jurídicas que deben ser doctrinales. Los legisladores no pueden pasar por alto las experiencias reales de los abogados con la doctrina jurídica y la creación de sistemas si quieren crear una nueva doctrina y un nuevo sistema²²². El derecho comparado funcionalista sirve bien para criticar la doctrina, y mucho menos bien para establecerla.

No obstante, hay una razón adicional, menos obvia, por la cual el derecho comparado funcionalista es una herramienta particularmente mala para la unificación del derecho. Una versión teleológica del funcionalismo (o del neofuncionalismo) es fácil que contenga una preferencia por la convergencia, algunos de cuyos elementos aparecen en la obra de Rabel y en la de Zweigert. El funcionalismo de la equivalencia, en cambio, proporciona argumentos contra la unificación. Si diferentes sistemas jurídicos ya son parecidos en cuanto a sus funciones individuales, como muestra el método funcional, entonces los beneficios de la unificación son únicamente mejoras formales²²³, cuyos costos podrían ser superiores a su beneficio²²⁴. En primer lugar, con frecuencia es ineficiente para los abogados aprender nuevas reglas formales si estas cumplen las mismas funciones que las antiguas; esa es una razón importante para que la falta de interés de los practicantes en la Convención de Ventas de Naciones Unidas y para las reservas mostradas por las empresas europeas frente a un derecho europeo de contratos unificado²²⁵. En segundo lugar, el método funcional supone que cada institución jurídica desempeña una variedad de funciones en su sistema jurídico y que la interacción razonable entre las diversas instituciones de cada sistema explica las diferencias intersistémicas. Por consiguiente, la unificación de áreas específicas del derecho es probable que altere ese equilibrio interno. Esto se puede observar en la difícil coordinación entre la Convención de Ventas de Naciones Unidas (CISG) y los sistemas jurídicos nacionales²²⁶. El método funcional, con su énfasis en la

222 Christian Baldus, "Historische Rechtsvergleichung im zusammenwachsenden Europa: Funktionelle Grenzen der funktionellen Methode?", 1 *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht* 225 (2003/2004); cfr. Jansen (n. 179), pp. 72 y ss.

223 Véase, por ejemplo, Ugo Mattei, "A Transaction Cost Approach to the European Code", 1997 *European Review of Private Law* 537 (1997), p. 540.

224 Véase, por ejemplo, Hein Kötz, "Rechtsvereinheitlichung: Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele", 50 *RabelsZ* 1 (1986); Christian Kirchner, "A 'European Civil Code': Potential, Conceptual, and Methodological Implications", 31 *University of California Davis Law Review* 671 (1998), pp. 686 y ss.

225 Pero véase Stefan Vogenauer y Stephen Weatherill, "The European Community's Competence to Pursue the Harmonisation of Contract Law-An Empirical contribution to the Debate", en Vogenaur y Weatherill (eds.), *The Harmonisation of European Contract Law* (2006), pp. 105, 119 y ss.

226 Para el uso del derecho comparado funcionalista en este punto véase Franco Ferrari, "The Interaction between the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and Domestic Remedies (Rescission for Mistake and Remedies in Torts)", (2007), 71 *RabelsZ* 52, pp. 66-67.

equivalencia funcional, muestra por qué la unificación podría ser más fácil de lo que se podría pensar, pero también por qué es menos importante.

Como es evidente, el último argumento de las interacciones dentro de un mismo sistema puede proporcionar también uno a favor de la unificación. El que diferentes sistemas jurídicos respondan a problemas parecidos con diferentes soluciones lleva a problemas en la elección de las normas jurídicas aplicables si los actores, de manera consciente o no, escogen soluciones de órdenes jurídicos diferentes que no se combinan en un todo. Por ejemplo, un sistema jurídico puede proteger a las esposas supervivientes mediante el derecho de sucesiones y otro hacerlo mediante el derecho de familia; un sistema jurídico protege a las partes en desventaja económica mediante el derecho de daños y otro mediante el derecho procesal. Eso puede producir incongruencia si, tras un análisis sobre la elección de normas jurídicas, derechos diferentes son aplicables para áreas diferentes. La unificación puede superar esas incongruencias, pero no es el único instrumento para hacerlo. La mayoría de estos problemas se pueden contrarrestar mediante un enfoque funcionalista en la elección de las normas²²⁷.

Se hace evidente, y causa cierta sorpresa, que el método funcionalista no solo sea una mala herramienta para la unificación jurídica, sino que incluso proporcione argumentos poderosos para mantener las diferencias. De hecho, el derecho moderno prefiere a menudo la equivalencia funcional a la unificación. Por ejemplo, en el derecho de la Unión Europea, las directivas deben implementarse no en cuanto a su estructura doctrinal, sino solo con respecto a sus resultados: las leyes implementadas en los Estados miembros no son parecidas, sino equivalentes funcionalmente. En el mismo sentido, el principio de reconocimiento mutuo en el derecho de la Unión Europea no requiere similitud, sino equivalencia —cabe presumir que equivalencia funcional—²²⁸. Las acciones restrictivas de la competencia, tras la decisión *Dissonville*, se definen funcionalmente, no formalmente²²⁹. La Convención contra la Corrupción de la OCDE no requiere que los Estados miembros usen medidas parecidas, sino funcionalmente equivalentes contra la corrupción²³⁰. Lo mismo pasa con el derecho del comercio internacional: en el famoso caso de los semiconductores, los europeos se quejaron de que, mediante la vigilancia de las grandes sociedades mercantiles japonesas, el Gobierno japonés estaba impidiendo de manera efectiva

227 Véase *supra* sección "La función crítica: la crítica de los ordenamientos jurídicos".

228 Cfr. los ejemplos de los títulos de educación y la protección de datos en Scheiwe (n. 105), pp. 31-32.

229 Bram Akkermans, "The Use of the Functional Method in European Union Property Law", 2 *European Property Law Journal* 95 (2013), pp. 112-113.

230 Gemma Aiolfi y Mark Pieth, "How to Make a Convention Work: The Organisation for Economic Co-operation and Development Recommendation and Convention on Bribery as an Example of a New Horizon in International Law", en Cyrille Fijnaut y Leo Huberts (eds.), *Corruption, Integrity and Law Enforcement* (La Haya: Kluwer Law International, 2002), pp. 349, 351-353; Mireille Delmas-Marty, *Le relatif et l'universel* (París: Seuil, 2004), pp. 253-257.

que esas empresas exportaran por debajo de determinados costos específicos para cada empresa. Japón contestó que las medidas de vigilancia no eran restricciones. Sin embargo, un grupo de expertos del GATT aclaró que el carácter formal o no de la medida del Gobierno era irrelevante en la medida en que operara de manera equivalente a una restricción obligatoria²³¹. En la cultura jurídica japonesa, incluso las medidas formalmente no vinculantes impuestas por el Gobierno se consideraban y trataban como si fueran vinculantes. En otras palabras, eran funcionalmente equivalentes.

La función crítica: la crítica de los ordenamientos jurídicos

Esto deja la última función proclamada del análisis funcional, su función crítica, que se manifiesta en varios aspectos: la tolerancia frente al derecho extranjero, la crítica del derecho extranjero o de nuestro propio derecho, y la crítica del derecho en general. El funcionalismo proporciona un fundamento para esa crítica, pero solo eso.

El derecho comparado funcionalista puede ayudar a superar el sesgo nacional contra el derecho extranjero²³². Eso se muestra especialmente bien en el caso del derecho internacional privado, en el que la cuestión de la aceptación del derecho extranjero tiene una relevancia práctica y en el que se aplica a menudo la comparación funcionalista²³³. El ejemplo más famoso del funcionalismo en el derecho internacional privado es la propuesta de Rabel de usar la comparación funcional a los efectos de la caracterización²³⁴. En el mismo sentido, la sustitución y la adaptación, los métodos (en parte idiosincráticos) de alinear diferentes órdenes jurídicos, requieren la comparación funcional. Sin embargo, el uso más importante de las comparaciones funcionalistas y la equivalencia funcional afecta a la cuestión de si la aplicación del derecho extranjero viola el orden público del foro. El *Bundesgerichtshof* alemán, que establece que una sentencia extranjera que concede daños punitivos no viola automáticamente el orden

231 *Japan: Trade in Semi-conductors*, Report of the Panel adopted on 4 May 1988, L/6309, Basic Instruments and Selected Documents 35S/116, especialmente las notas 109, 117.

232 Martijn W. Hesselink, *The New European Legal Culture* (Deventer: Kluwer Law International, 2001), pp. 51, 55.

233 Sobre la utilidad de la comparación funcionalista para el derecho internacional privado véase Arthur T. von Mehren, "An Academic Tradition for Comparative Law?", 19 *American Journal of Comparative Law* 624 (1971), p. 625; Ralf Michaels, "Comparative Law and Private International Law", en Jürgen Basedow et al. (eds.), *Elgar Encyclopedia of Private International Law* (Northampton: Edward Elgar Publishing, 2017), p. 417.

234 Ernst Rabel, "Das Problem der Qualifikation", 5 *RabelsZ* 241 (1931). Graziadei (n. 7), pp. 103 y ss., incluso plantea que las raíces del derecho comparado funcionalista están en los problemas de caracterización. No obstante, si bien los primeros textos sobre funcionalismo establecen la conexión con frecuencia, Rabel señaló su educación en historia del derecho como fuente de su enfoque funcionalista: Rabel, "In der Schule" (n. 174), pp. 158 y ss.; y véase Reinhard Zimmermann, "In der Schule von Ludwig Mitteis: Ernst Rabels rechtshistorische Ursprünge", 65 *RabelsZ* 1 (2001), pp. 35-36.

público alemán, se basó en un análisis amplio de las diversas funciones de los daños punitivos y sus equivalentes funcionales alemanes²³⁵. Un tribunal de apelaciones californiano libró a una empresa francesa del requisito de obtener un seguro frente a indemnizaciones laborales de un asegurador californiano, al defender que la función manifiesta del requisito —que los empleadores debían estar asegurados apropiadamente por una compañía solvente— se podía conseguir por diferentes medios, en este caso la suscripción de un seguro con una compañía francesa²³⁶. Los tribunales occidentales están ahora más dispuestos a reconocer el divorcio islámico basado en el repudio unilateral del otro cónyuge porque es funcionalmente equivalente al divorcio en las democracias occidentales que, aunque nominalmente es consensual, se puede solicitar contra o sin la voluntad de uno de los esposos²³⁷. Entre los Estados miembros de la Unión Europea, el derecho comunitario contiene normas funcionalmente equivalentes²³⁸. En todos estos casos, la tolerancia al derecho extranjero se produce mediante el reconocimiento de la equivalencia funcional.

Al mismo tiempo, la comparación funcionalista puede ayudar a la crítica del derecho extranjero, en especial cuando un sistema jurídico insiste en su autonomía cultural. En beneficio de la pluralidad y la autonomía, las corrientes críticas del derecho comparado invocan a menudo la cultura en contra del funcionalismo. Sin embargo, a veces la cultura es inventada y a veces indeseable. Distinguir entre la cultura “buena” y “mala” es difícil para un participante que carece de perspectiva crítica, y también para un observador externo que carece de suficiente conocimiento. El derecho comparado funcionalista puede ser útil aquí a la hora de preparar el terreno para la crítica, porque combina dos importantes perspectivas: la conciencia sobre la cultura, por un lado, y una perspectiva externa, por el otro. Al reconstruir la cultura jurídica en términos funcionales, el derecho comparado funcionalista ayuda a preservar la otredad de la cultura, al mismo tiempo que la hace conmensurable con nuestro propio derecho: vemos las funciones y disfunciones del derecho extranjero, manifiestas y latentes, y sabemos también a partir de la comparación cómo se pueden producir también esos efectos. El método no nos proporciona las herramientas para evaluar el derecho extranjero, pero sin el trabajo preparatorio de las comparaciones funcionalistas, esa evaluación es difícil de realizar.

235 BGH (4 de junio de 1992), BGHZ 118, 312; traducción en inglés en 32 *International Legal Materials* 1327 (1993).

236 *Tucci v Club Méditerranée, SA*, 89 Cal App. 4th 180, pp. 192-193.

237 Véase, por ejemplo, Mathias Rohe, “The Application of Islamic Family Law in German Courts and its Compatibility with German Public Policy”, en Jürgen Basedow y Nadjma Yassari (eds.), *Iranian Family and Succession Laws and their Application in German Courts* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2004), pp. 19, 28 y ss. Sin embargo, véase Cassation Civil (17 de febrero del 2004), D 2004, p. 825.

238 Hélène Gaudemet-Tallon, “De nouvelles fonctions pour l’équivalence en droit international privé?”, en *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde* (París: Dalloz, 2005), pp. 303, 315 y ss.

Por otro lado, el derecho comparado funcionalista es menos útil a la hora de criticar el propio derecho. Es cierto que la perspectiva funcionalista permite tomar distancia de nuestro derecho. Además, el reconocimiento de la equivalencia funcional ayuda a comprender que las soluciones del derecho propio no son necesarias; son resultado de decisiones contingentes efectuadas por el sistema entre otras posibles soluciones equivalentes. Por último, podría haber casos en los que la solución extranjera se considere superior a la solución del propio sistema y, en consecuencia, se use para la reforma del derecho.

Sin embargo, esos casos suelen ser relativamente raros. La razón es de nuevo la equivalencia funcional: debido a que, en abstracto, no podemos decir con facilidad si un derecho extranjero es mejor que el nuestro, reconocer las soluciones diferentes extranjeras no nos muestra nuestras deficiencias. La comparación funcionalista puede abrir nuestros ojos a las soluciones alternativas, pero no nos puede decir si esas soluciones alternativas son mejores o no. El funcionalismo nos puede proporcionar una visión de nuestro propio derecho desde fuera, pero si lo que vemos es deficiente o no debe determinarse mediante otros criterios. El funcionalismo puede ser crítico frente al doctrinarismo al revelar la contingencia de una doctrina, pero no nos puede mostrar un camino hacia el derecho sin doctrina, y no puede proporcionar ese derecho.

Por último, el funcionalismo no ayuda en varios aspectos en los que sería deseable la crítica. En primer lugar, el funcionalismo no ayuda a evaluar la funcionalidad y los propósitos²³⁹. Muy por el contrario, al mostrar que otras sociedades buscan los mismos objetivos por diferentes medios, puede reforzar nuestra convicción de que ciertos propósitos son de alguna manera necesarios. En segundo lugar, el funcionalismo no nos ayuda gran cosa a efectuar una crítica fundamental del derecho. Los funcionalistas pueden mostrar cómo otras sociedades satisfacen algunas necesidades sociales con instituciones diferentes al derecho, pero no puede proporcionar alternativas al pensamiento funcionalista inherente a nuestro pensamiento sobre el derecho. En tercer lugar, con su énfasis en la comprensión del *statu quo* y el análisis apolítico, el derecho comparado funcionalista tiene poca utilidad para los proyectos de gobernanza política²⁴⁰. En cuarto lugar, debido a que el derecho comparado funcionalista presupone la existencia de sociedades separadas y de sistemas jurídicos separados como objetos de la comparación, es incapaz de conceptualizar la forma en la que estos sistemas y estas sociedades son interdependientes y se sola-

239 Hill (n. 79), pp. 106-107.

240 David Kennedy, "New Approaches to Comparative Law: Comparativism and International Governance", 1997 *Utah Law Review* 545 (1997), pp. 588 y ss.; pero véase para una propuesta prometedora, Richard Buxbaum, "Die Rechtsvergleichung zwischen nationalem Staat und internationaler Wirtschaft", 60 *RebelsZ* 201 (1996), pp. 211 y ss.

pan (un problema creciente en condiciones de globalización). En quinto lugar, la comparación funcionalista es incapaz de explicar las tensiones en el interior de los sistemas jurídicos, al menos en tanto se concentra en las relaciones entre sistemas jurídicos completos más que en los subsistemas jurídicos. Todos estos son defectos reales, no solo del método funcionalista en el derecho comparado, sino del derecho comparado tradicional en conjunto, y en esta medida están justificadas las críticas al método funcional que realmente se dirigen al derecho comparado dominante. Se necesitan otros métodos de derecho comparado para esos fines.

Conclusión

La sección “Funciones de la función” arrojó algunos resultados sorprendentes. En general, se supone que la fuerza del método funcionalista reside en el énfasis en su similitud, sus aspiraciones hacia la evaluación y la unificación del derecho. Esta es la principal razón por la cual sus partidarios desde Rabel lo han considerado una herramienta tan poderosa, y por qué sus oponentes han sentido la necesidad de combatirlo con tanta fiereza. No obstante, el análisis ha revelado que el método funcional destaca las diferencias junto con la similitud; no proporciona criterios para la evaluación, y suministra poderosos argumentos contra la unificación. Además, se suele suponer que el método funcional no explica suficientemente la cultura y que es reduccionista. Sin embargo, el análisis demuestra que el método funcionalista no solo nos exige estudiar la cultura, sino que nos permite formular leyes generales sin tener que prescindir de las especificidades.

Estas confusiones sobre la utilidad del método funcionalista surgen del hecho de que los comparatistas usan inadvertidamente diferentes conceptos de función, como se muestra en la sección “Conceptos de funcionalismo”. Debido a que la relación entre estos conceptos diferentes y el método no era clara, algunas de las esperanzas puestas en el método funcional eran poco realistas. El giro de los comparatistas de un concepto de función inspirado por la sociología a otro inspirado por lo jurídico ocurre justo cuando se mueven de la descripción a la sistematización y la evaluación. Un método reformulado simplemente a partir de la equivalencia funcional por ser este el más robusto de los conceptos y que siga una epistemología interpretativa tiene menos pretensiones en estas cuatro áreas; de hecho, puede dar razones a favor de la precaución y la restricción. Al mismo tiempo, un método como ese está menos expuesto a algunas de las críticas presentadas contra el método funcionalista como herramienta explicativa.

Otras disciplinas han descartado el funcionalismo solo después de haber usado sus ideas. El derecho comparado funcionalista todavía no ha

disfrutado lo suficiente los beneficios del funcionalismo. Mi estudio solo puede apuntar sus posibilidades, pero sus hallazgos sugieren que un funcionalismo más consciente metodológicamente nos proporcionará mejores perspectivas sobre el funcionamiento del derecho. Además, el funcionalismo en el derecho comparado podría ser inmune a algunas de las críticas que se le hacen al funcionalismo en las ciencias sociales. Después de todo, el derecho es una disciplina normativa para la cual la teleología puede ser útil e incluso necesaria. Lo que se requiere es la elaboración de un método funcionalista más sólido. Este ensayo ha propuesto basar ese método en el funcionalismo de la equivalencia y en una epistemología propia del funcionalismo constructivista.

¿Qué características tendría un método como ese? Podría ayudar a delinearlo una síntesis de los hallazgos de este capítulo, mediante un esquema metodológico articulado en torno a tres pasos y tres conceptos centrales: funcionalidad, equivalencia funcional y paradigmas.

1. Un primer paso del funcionalismo interpretativo, el paso de la funcionalidad, es interpretar las normas jurídicas desde una perspectiva funcional, como respuestas frente a problemas. No hay una pretensión de verdad. La sugerencia no es que las leyes “realmente”, o incluso “esencialmente”, tengan una función. En lugar de eso, es un paso interpretativo, una forma de comprender las leyes de una manera fructífera para la comparación. Esta funcionalidad se deriva de una combinación de la perspectiva interna con la externa. La perspectiva interna remite a la forma en que el sistema jurídico le da sentido a sus propias instituciones jurídicas; la perspectiva externa se refiere a la comprensión del comparatista de lo que hacen las normas jurídicas.

Cabe destacar que al interpretar las normas de una manera funcional se crea deliberadamente una perspectiva parcial. No se pretende afirmar que el derecho consista exclusivamente de sus funciones, ni tampoco se pretende siquiera que el hecho de que una ley cumpla una función signifique que no pueda tener otras funciones.

Pudiera ser útil una comparación con el análisis literario. Si describimos *Los años de aprendizaje de Wilhelm Meister*, de Goethe, como una *Bildungsroman*, decimos que se comprende mejor como un relato sobre la entrada de un joven en la madurez. En esa declaración no hay una verdad objetiva; es un asunto de interpretación, que se basa en la propia perspectiva interna del autor y en la perspectiva externa del lector. Tampoco decidimos que *Wilhelm Meister* sea solo una *Bildungsroman*, y solo eso. No describe la totalidad de la novela; la comprendemos de una cierta forma. Ninguna de estas dos limitaciones hacen que la comprensión presentada sea inútil. Todo lo contrario: la limitación permite un enfoque más claro.

2. El segundo paso, el de la equivalencia funcional, se refiere a la creación de la comparabilidad. El comparatista buscará una norma jurídica

en un sistema jurídico diferente que se pueda interpretar que desempeña una función similar. Se reconoce que las funciones son siempre específicas de cada sistema: diferentes sistemas jurídicos no enfrentan exactamente los mismos problemas, y la funcionalidad es, al menos en cierto grado, específica con respecto al sistema. Sin embargo, la comparación, al menos desde una perspectiva interpretativa, no requiere ese grado de similitud. Basta con que sea posible, mediante la interpretación, realizar paralelos entre diferentes instituciones jurídicas; unos paralelos que son interesantes en sí mismos y fructíferos para profundizar el estudio. Decir que la asistencia jurídica gratuita y los honorarios por éxito de los abogados tienen la misma función, la de proveer acceso de los demandantes a los tribunales, no quiere decir que sean similares en ningún sentido significativo estricto. Ni siquiera dice que esta función esté definida claramente o se desempeñe con precisión en ambas sociedades en las que encontramos estas instituciones jurídicas. Es, ni más ni menos, una propuesta para comprender estas instituciones como entes comparables a este respecto.

De nuevo, la comparación con la literatura puede ayudar. Una vez que hemos interpretado *Wilhelm Meister* como una *Bildungsroman*, podemos compararla con otros ejemplos de este género: *El guardián en el centeno* de Salinger, por ejemplo, o *Grandes esperanzas* de Dickens. De manera más precisa: hemos encontrado un enfoque prometedor (un *tertium comparationis*) con el que comparar estas novelas. Al concentrarnos en la característica común de relatos sobre la salida de la adolescencia, contamos con un lente para encontrar similitudes (o paralelos) y diferencias significativas entre ellos.

3. El tercer paso es la comparación en sí, el paso de los paradigmas funcionales. Aquí la equivalencia funcional tiene un uso bastante limitado. Encontrar equivalencia funcional entre la regulación al estilo estadounidense, mediante las demandas judiciales de particulares, y la regulación europea, que recurre a la delegación a autoridades públicas, hace comparables las acciones para el cumplimiento de la ley de esas dos clases de regulación, pero no muestra cómo debería producirse la comparación. En ese momento, el comparatista puede hacer varias cosas. Puede explicar por qué los sistemas se desarrollaron de esa manera: históricamente (diferentes historias de un Estado y de otro); políticamente (Estados europeos fuertes y poblaciones relativamente homogéneas); económicamente (conjuntos diferentes de incentivos); institucionalmente (un fuerte colegio de abogados estadounidense); filosóficamente (el esfuerzo europeo por encontrar las mejores soluciones neutrales frente al pragmatismo estadounidense) y culturalmente (el individualismo estadounidense, el comunitarismo europeo). Puede explicar qué consecuencias tienen estos diferentes modelos de regulación. Podemos incluso analizar cuál de ellos desempeña mejor la función reguladora con respecto a sus costos, efectos en otros asuntos de interés, etcétera.

Todos estos análisis usan la equivalencia funcional como fundamento, pero van más allá de eso. La atención se mueve de las funciones similares que desempeñan las leyes a las diferentes formas en las que lo hacen, lo que a veces es una comparación doctrinal y otras una comparación cultural más general. El funcionalismo puede ayudar aquí en conexión con el concepto de paradigmas. La idea del paradigma es que las respuestas funcionales a los problemas no están aisladas del sistema jurídico en su conjunto. Están incorporadas al sistema y a su vez lo influyen. El sistema crea una coherencia interna relativa mediante lo que aquí llamamos paradigma.Cuál de los varios equivalentes de un sistema jurídico se escoja dependerá de cuál encaje mejor y, por lo tanto, de la conexión entre la función específica y el sistema general. Las explicaciones históricas se comprenden mejor como evoluciones; las explicaciones políticas, económicas e institucionales se comprenden mejor a partir de la interrelación de los diferentes subsistemas. Por último, las explicaciones filosóficas y culturales son explicaciones interpretativas: explican la manera en que los participantes dan sentido de la mejor forma, latente y manifiestamente, a sus problemas y a las soluciones apropiadas. Ninguna de estas explicaciones es funcionalista de una manera reduccionista, pero ninguna pierde de vista las ideas de funcionalidad, equivalencia funcional y paradigmas.

Puede parecer que este es un papel más modesto para la función. La funcionalidad es solo un asunto de interpretación, no una verdad ontológica. Por último, el paradigma es solo un marco que hay que llenar de contenido. Sin embargo, es ese uso más modesto el que continúa garantizando el papel central que conserva la función en los estudios jurídicos comparados. Por eso el método funcional, en sus variantes, sigue teniendo una importancia crucial para el derecho comparado.

**El derecho extranjero como
estrategia de autodefinición
de la identidad del jurista
o *self-fashioning*^{*,**}**

Pierre Legrand^{***}

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.717>

** Este capítulo es una traducción de Pierre Legrand, "Foreign Law as Self-Fashioning", 12 *Journal of Comparative Law* 6 (2017).

*** Titular de la cátedra Rhodes, supervisado de Ruden, invitado a los desayunos de Weir (una vez me cocinó huevos revueltos, que acompañó con caviar; en sus habitaciones del Trinity College): tal vez mis tres pretensiones más contundentes a algo parecido a la distinción académica. Mi actividad principal la desempeño en la Sorbona, en la que ofrezco una variedad de cursos comparativos que van de la (in)traducibilidad del derecho al proceso civil, pasando por el razonamiento jurídico. Además, y mucho más importante, desde hace tiempo enseño "derecho comparado" (el nombre inapropiado de la disciplina) en la Facultad Pritzker de Derecho de la Universidad de Northwestern, en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Diego, en la Universidad de Cambridge y en Sciences Po. Además de esas ocupaciones pedagógicas, no tengo responsabilidad administrativa de ninguna clase, y no soy miembro activo de ninguna sociedad, organización, consorcio, equipo, laboratorio, instituto, centro, grupo de investigación, fuerza de trabajo, comité o red. No controlo ningún presupuesto ni tengo acceso a recursos financieros. No evalúo propuestas de investigación o solicitudes para asistencia financiera. No evalúo escritos para su publicación. No dirijo nada ni a nadie. Excepto como calificador del trabajo de estudiantes, no juzgo a nadie en desempeño de mi cargo. Además, mi lector debe saber que en mi forma *apasionada* de ser en la universidad, o de morar en el mundo que habito, no albergo deseos de renombre o fama, ni urgencia por ser leído o escuchado, citado o referido, ni propensión a que me vean (un golpe de muy, muy buena fortuna). Fatalidades adicionales, en aras de la transparencia total: no tengo tendencia a promover la certidumbre intempestiva (como la neutralidad), el dogma intemperado (como la objetividad), el credo imperioso (como la verdad) —nada que tenga que ver con el sótano de las ofertas epistémicas—. En cambio, le dedico agradecido el texto a Geoffrey Samuel, un académico auténtico, un jurista conocedor; un experto en el derecho inglés, un comparatista empeñado, un teórico profundo, un epistemólogo perspicaz, un coautor sabio, un colaborador generoso en los empeños colectivos, un compañero de cenas entusiasta, un francófilo tenaz, un francófono devoto y un amigo de larga data. Samuel fue mi consejero durante mis años de enseñanza en Inglaterra. Como colega senior del departamento me ofreció apoyo considerable y me presentó oportunidades profesionales sustantivas cuando comencé la parte europea de mi carrera profesional. Sobre todo, me mostró que las cuestiones teóricas en el derecho comparado merecen un tratamiento intelectual serio. Estoy en deuda con Geoffrey Samuel por su compromiso firme con la investigación sobre qué debe significar la investigación del derecho extranjero y la comparación de derechos.

*Uno cree estar escogiendo algo, y
es siempre uno mismo el que se está escogiendo.*

Samuel Beckett¹

*Un hombre se propone la tarea de dibujar el mundo.
A lo largo de los años puebla un espacio con imágenes de
provincias, de reinos, de montañas, de bahías, de naves, de islas,
de peces, de habitaciones, de instrumentos, de astros,
de caballos y de personas. Poco antes de morir, descubre que ese
paciente laberinto de líneas traza la imagen de su cara.*

Jorge Luis Borges²

*Como seres existentes [...] somos siempre bestimnt, amoldados,
orientados según preferencias y aversiones, nunca simplemente
presentes [...] en medio de objetos, sino situados de manera activa
y empeñados en acciones dirigidas a huir de ciertas cosas
y a buscar ciertas otras...*

Gianni Vattimo³

Toda palabra es prejuicio.

Friedrich Nietzsche⁴

- 1 Samuel Beckett, "Letter to Marthe Arnaud", en *The Letters of Samuel Beckett*. vol. I (edición de Martha D. Fehsenfeld y Lois M. Overbeck; Cambridge: Cambridge University Press, 2009 [1940]), p. 683 ["On croit choisir une chose, et c'est toujours soi qu'on choisit"].
- 2 Jorge Luis Borges, *El hacedor* (Madrid: Alianza Editorial, 2009 [1960]), p. 128.
- 3 Gianni Vattimo, *Della realtà* (Garzanti: 2012), p. 46 ["In quanto esistenti [...], noi siamo sempre *bestimmt*, intonati, orientati secondo preferenze e repulsioni, mai semplicemente-presenti [...] in mezzo agli oggetti, ma attivamente situati e impegnati in azioni dirette a sfuggire certe cose e a cercarne certe altre. [...] È solo entro l'orizzonte di un progetto che le cose 'si danno'"] (énfasis en el original).
- 4 Friedrich Nietzsche, [1880] *Menschliches, Allzumenschliches*, vol. II, en *Digitale Kritische Gesamtausgabe* (edición de Giorgi Colli et al.), <http://www.nietzschesource.org/#eKGWB/WS-55>, p. 2, §55 ["Jedes Wort ist ein Vorurtheil"].

Se ganaría mucho en nuestras instituciones de enseñanza [...] si reconociéramos que [...] siempre estamos hablando sobre nosotros, siempre a nosotros, para nosotros y en nuestra contra, y que somos siempre nosotros los que hablamos, cuando quiera que hablamos. Sea lo que sea lo que enseñamos, exploramos, teorizamos, formalizamos o actuamos, estamos enseñando nosotros, nosotros somos el tema, el destinatario, los profesores: estamos explorando a nosotros mismos.

Werner Hamacher⁵

En este ensayo no pretendo afirmar que tengo razón. Mi propósito es exhortar una liberación del pensamiento en una coyuntura en la que ningún argumento parece ser erróneo.

*

Sin perjuicio de su influencia en una multitud de disciplinas, la hermenéutica filosófica de Hans-George Gadamer ha sido merecidamente objeto de una crítica radical, en particular por Jacques Derrida, que ha refutado de manera convincente aspectos fundamentales de su tratamiento de la otredad⁶. Sin embargo, ni siquiera las objeciones de Derrida le quitan nada al hito que supone la contribución de Gadamer a la dilucidación de los actos interpretativos. En concreto, el concepto hermenéutico de “prejuicio”, en el sentido del *Vorurteil* alemán o prejuzgamiento, demuestra ser crucial para aclarar el hecho de que ningún intérprete emprende la tarea de la interpretación sin que su disposición, su inclinación, su predilección —su forma de pensar— este insuflada significativamente de un conjunto predeterminado de impulsos epistémicos pertenecientes a lo que apropiadamente podría calificarse de “condicionamiento cultural”⁷. Sea discernible o indetectable,

5 Werner Hamacher, “To Leave the Word to Someone Else”, en Julian Wolfreys (ed.), *Thinking Difference* (Nueva York: Fordham University Press, 2004), p. 174.

6 Exploro el alegato de Derrida en Pierre Legrand, “Derrida’s Gadamer”, en Simone Glanert y Fabien Girard (eds.), *Law’s Hermeneutics: Other Investigations* (Nueva York: Routledge, 2017), pp. 144-167.

7 En lugar de “cultura”, el término operativo de Gadamer es “tradición”. Por ejemplo, escribe que “[l]a anticipación de significado que gobierna nuestra comprensión [...] se determina a partir de lo común que nos vincula a la tradición”: Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode* (5.ª ed.; Tübingen: Mohr Siebeck, 1986), p. 298 [“(d)ie Antizipation von Sinn, die unser Verständnis eines Textes leitet, (...) bestimmt sich aus der Gemeinsamkeit, die uns mit der Überlieferung verbindet”]. Acepto que “[hemos] recibido más de lo que creemos saber de la tradición”: Jacques Derrida, *Limited Inc* (edición de Elisabeth Weber; París: Galilée, 1990), p. 139 [“(n)ous avons reçu plus que nous ne croyons savoir de la tradition”]. Por ejemplo, Martin Krygier, “Law as Tradition”, 5 *Law and Philosophy* 237 (1986). Si bien estoy de acuerdo con que el pasado sigue viviendo — véase Jacques Derrida, “Living On”, en Harold Bloom et al., *Deconstruction and Criticism* (trad. James Hulbert, Londres-Nueva York: Continuum, 2004 [1979]), pp. 62-142—, y aunque he subrayado el tropo de la “supervivencia” en gran parte de mi obra, encuentro que la insistencia exclusiva en la noción de “tradición” es inconvenientemente estrecha y reaccionaria, conservadora y autoritaria. Lo que es más importante, atender a la tradición no consigue explicar los procesos de “destradicionalización”; véase, por ejemplo, Paul Heelas, Scott Lash y Paul Morris (eds.), *Detraditionalization* (Oxford: Blackwell, 1996).

esta culturización, esta ausencia de experiencia prerreflexiva, surge del mundo de la vida en el que se ha socializado o institucionalizado al intérprete. Si hubiera que extraer unas pocas frases del largo desarrollo que hace Gadamer sobre el carácter irreductible de la subsunción de la interpretación⁸ se podrían incluir tres afirmaciones en particular que representarían apropiadamente su sensibilidad hermenéutica:

“[Los prejuicios] son los sesgos de nuestra apertura hacia el mundo”⁹.

“Una situación hermenéutica está determinada por los prejuicios que traemos consigo. [...] [R]epresentan aquello más allá de lo cual es imposible ver”¹⁰.

“Sin duda, ninguna comprensión estaría libre de todo prejuicio; por mucho que la voluntad de nuestro conocimiento se tenga que dirigir a escapar del embrujo de nuestros prejuicios”¹¹.

Gadamer reconoce de manera sistemática haber sido profundamente influenciado por la filosofía de Martin Heidegger, que fue su maestro en Marburg de 1923 a 1928, y muy pronto reconoció haber recurrido literalmente a las intuiciones existenciales de Heidegger (esta relación maestro-discípulo se reafirmó, a pesar de la relación personal algo tortuosa entre los dos filósofos). De hecho, la idea de “prejuicio” se localiza con facilidad en la explicación de Heidegger sobre la historicidad radical de la situación humana. La filosofía no dualista de la existencia elaborada por Heidegger, que quiebra la antigua confianza cartesiana en la supremacía de la autonomía racional y en la autoconciencia explícita como fundamento de toda certidumbre, mantiene que “la interpretación de algo como algo se fundamenta en su esencia mediante el haber previo, el ver previo y el entender

La idea de cultura que utilizo está en la línea de la caracterización efectuada por Giorgio Agamben, que dice que “[t]oda cultura es un proceso de transmisión y de *Nachleben*”, una concepción interpretativa de la cultura mucho más satisfactoria. Para esta definición véase Giorgio Agamben, *Stanze* (Milano: Einaudi, 1977), p. 131 [“un processo di trasmissione e di *Nachleben*”] (énfasis en el original).

8 Rudolf Bultmann tiene escritos decisivos sobre el tema; véase, por ejemplo, Rudolf Bultmann, “Das Problem der Hermeneutik”, 47 *Zeitschrift für Theologie und Kirche* 47 (1950).

9 Hans-Georg Gadamer, “Die Universalität des hermeneutischen Problems”, en *Gesammelte Werke*, vol. II (Tübingen: Mohr Siebeck, 1986 [1966]), p. 224 [“(Vorurteile) sind Voreingenommenheiten unserer Weltoffenheit”]. Al considerar el prejuicio como productor de significado, Gadamer parece romper con la denigración tradicional de ese concepto. Para un examen de la posición del prejuicio como impedimento epistémico, como un problema que debe superarse, con especial referencia a la obra de Bacon, Descartes y Kant, véase Adam A. Sandel, *The Place of Prejudice* (Cambridge: Harvard University Press, 2014), pp. 24-53.

10 Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, *supra* nota 7, p. 311 [“(E)ine hermeneutische Situation (wird) durch die Vorurteile bestimmt (...), die wir mitbringen. (...) Sie stellen das dar, über das hinaus man nicht zu sehen vermag”].

11 *Ibid.*, p. 494 [“(E)s (gibt) gewiß kein Verstehen, das von allen Vorurteilen frei wäre, so sehr auch immer der Wille unserer Erkenntnis darauf gerichtet sein muß, dem Bann unserer Vorurteile zu entgehen”].

previo"¹². Para Heidegger, "la interpretación nunca es una aprehensión carente de suposiciones de algo previamente dado"¹³. Dicho de otra forma, la interpretación es "no directa"¹⁴. Considérense las propias palabras de Heidegger con respecto a su comprensión de un trozo de tiza, de una pizarra o de una puerta: "Lo entiendo de forma tal que se podría decir, desde el principio, que ya he estado cerca de ello"¹⁵. De hecho, la interpretación no se puede disociar de la idea de una estructura previa radical —una estructura previa *arraigada*— en la cual mora siempre el pensamiento desde ya. En efecto, la interpretación se proyecta necesariamente desde esa estructura previa, conformada por prejuicios. Además, es el carácter de la interpretación como proyección el que delimita inevitablemente qué posibilidades interpretativas estarán disponibles o vedadas al intérprete. Por consiguiente, la interpretación, la proyección y la posibilidad están gobernadas empíricamente y entrelazadas inextricablemente. (Obsérvese que sería simplista reducir la estructura previa de prejuicios a un "pre-*conocimiento", puesto que el nexo instrumental que analizo opera en un nivel mucho más primordial. Por ejemplo, representa todas las clases de emociones prepredicativas que sustentan la interpretación, aun cuando no se refieren al conocimiento en sentido estricto¹⁶.)

12 Martin Heidegger, *Sein und Zeit* (Tübingen: Niemeyer, 2006 [1927]), p. 150 ["(d)ie Auslegung von Etwas als Etwas wird wesenhaft durch Vorhabe, Vorsicht und Vorgriff fundiert"].

13 *Ibid.* ["Auslegung ist nie ein voraussetzungsloses Erfassen eines Vorgegebenen"].

14 Martin Heidegger, *Logik: Die Frage nach der Wahrheit*, en *Gesamtausgabe vol. xxi* (2.^a ed.; edición de Walter Biemel; Fráncfort: Klostermann, 1995 [1926]), p. 147 ["nicht direkt"].

15 *Ibid.* ["(I)ch erfasse es so, daß ich es gleichsam im vorhinein schon umgangen habe"].

* Este uso del guion, que separa, en lugar de unir, prefijo y sustantivo, lo realiza el autor con el fin de indicar la fuerza del prefijo y su distintividad con respecto al sustantivo. Se opta así por mantenerlo cuando el contexto lo aconseja (*N. del T.*).

16 Gilles Deleuze y Jacques Derrida ofrecen percepciones esclarecedoras sobre la estructura previa de prejuicios. Considérese la mención de Deleuze a "una composición singular; una idiosincrasia, una cifra secreta como la oportunidad única que esas entidades han retenido, que han querido, esa combinación misma, extraída: es esa y no otra": Gilles Deleuze, *Critique et clinique* (París: Editions de Minuit, 1993), p. 150 ["une composition singulière, une idiosyncrasie, un chiffre secret comme la chance unique que ces entités-là aient été retenues, voulues, cette combinaison-là, tirée: celle-là et pas une autre"]. Esta "composición singular", esta "idiosincrasia", esta "combinación", concierne a "entidades" como el lenguaje propio, la familia propia, los profesores de cada uno, los interlocutores de cada uno, los autores (favoritos) de cada uno, los conferencistas (preferidos) de cada uno y similares. En ese ensamblaje específico, el yo consiste en esa "cifra secreta", ese arreglo excepcional, esa "oportunidad única". En Giacomo Marramao, *Passaggio a Occidente* (2.^a ed.; Torino: Bollati Boringhieri, 2009), pp. 106-107, el autor expresa de manera aguda la contingencia de la que trata Deleuze: "La misma identidad actual de cada uno de nosotros no es más que el resultado de selecciones y bifurcaciones irrepetibles o, cuando menos, altamente improbables: si en determinados momentos de nuestra vida hubiéramos enfrentado otras ocasiones, si frente a alternativas cruciales hubiéramos tomado una decisión distinta a la que tomamos efectivamente, seríamos hoy personas diversas, sin duda, de las que somos" ["La stessa identità attuale di ciascuno di noi non è che la risultante di selezioni e biforcazioni irripetibili, o perlomeno altamente improbabili: se in determinati momenti della nostra vita ci fossimo imbattuti in altre occasioni, se di fronte ad alternative cruciali avessimo assunto una decisione diversa da quella che abbiamo effettivamente preso, saremmo oggi persone certo diverse da quelle che siamo"]. Por su parte, Derrida señala cómo "en un trazo autobiográfico mínimo se puede juntar la potencialidad más grande de cultura histórica, teórica, lingüística, filosófica": Jacques Derrida y Derek Attridge, "Cette étrange institution qu'on appelle la

Por lo tanto, la explicación de Gadamer es que es imposible para la interpretación, en tanto interviene en el mundo, generar criterios transcendentales de apreciación, una idea ininteligible en última instancia. En otras palabras, no hay criterios interpretativos rectores que tengan éxito sin estar ligados epistemológicamente a la estructura previa de prejuicios en la cual reside la posibilidad de apercepción* de un sujeto, con independencia de cuán diferenciados estén supuestamente¹⁷. Es obvio que no es que el pensamiento sea prisionero de la estructura previa de prejuicios, en el sentido de que se estructurará de manera exhaustiva y permanente. La percepción crucial de Gadamer es que incluso la intervención interpretativa más compleja debe aceptar que no tiene lugar *grundlos in der Luft*, es decir, “infundadamente, en el aire”, citando la crítica pionera de Edmund Husserl¹⁸. Más bien, la interpretación está arraigada, lo que significa que es siempre cultural o pública en algún sentido, que nunca se puede limitar a la intención personal de un intérprete dado. De hecho, por cuenta de la primacía ontológica de la estructura previa de prejuicios como matriz epistémica, la proyección del intérprete solo puede ser finita. El pensamiento propio, al estar atado, tiene un alcance limitado.

Siguiendo la fenomenología de Husserl, Gadamer se refiere a la posibilidad interpretativa como algo circunscrito o confinado en un “horizonte”. Para él, “[el] horizonte es el rango de visión que delimita e incluye todo lo que es visible desde un punto de vista específico” (lo que no quiere decir en absoluto que esa delimitación sea percibida por el sujeto)¹⁹. Además, “nunca se escapa del propio horizonte, ya que el enfoque propio del mundo se tiene que articular mediante ‘las cuestiones que surgen

littérature”, en Thomas Dutoit y Philippe Romanski (eds.), *Derrida d'ici, Derrida de là* (París: Galilée, 2009 [1989]), p. 262 [“(d)ans un trait autobiographique minimal peut se rassembler la plus grande potentialité de culture historique, théorique, linguistique, philosophique”]. Las palabras son de Derrida. Apropriadose de Emmanuel Levinas, Derrida escribe también lo siguiente: “El sujeto: un huésped”: Jacques Derrida, *Adieu* (París: Galilée, 1997), p. 102 (“Le sujet: un hôte”). Para el texto de Levinas véase Emmanuel Levinas, *Totalité et infini* (Le Livre de Poche, 2000 [1971]), p. 334: “El sujeto es un huésped”. [“Le sujet est un hôte.”] Para una tesis bien conocida sobre como las emociones son juicios véase Robert C. Solomon, “On Emotions as Judgments”, 25 *American Philosophical Quarterly* 183 (1988); Robert C. Solomon, *True to Our Feelings* (Oxford: Oxford University Press, 2001), pp. 203-217.

* El *Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano de Literatura, Ciencias y Artes* (Barcelona: Montaner y Simón Editores, 1887) define apercepción como sigue: “Esta palabra fue usada la primera vez por Leibniz. Distingue la percepción de la apercepción. Para Leibniz la percepción es simplemente el hecho representativo, interno o psicológico y la apercepción no es sólo, como se ha creído, la reflexión o el estado del espíritu que vuelve sobre percepciones conscientes para conocerlas mejor; refiriéndolas a ideas o principios generales, sino que es más bien la conciencia en el sentido que hoy se la atribuye o el estado del espíritu que conoce lo que pasa en él” (tomo II, p. 390). Es un concepto usado también en la hermenéutica gadameriana (N. del T.).

17 Véase Rodolphe Gasché, *The Wild Card of Reading* (Cambridge: Harvard University Press, 1998), pp. 4-5.

18 Edmund Husserl, *Die Krisis der Europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie* (edición de Meiner; Ströker, 2012 [1956]), p. 153.

19 Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, *supra* nota 7, p. 307 [“Horizont ist der Gesichtskreis, der all das umfaßt und umschließt, was von einem Punkt aus sichtbar ist”].

del [...] horizonte propio”²⁰. Puesto que “toda lectura [...] recorre un camino interpretativo que se corresponde al horizonte del lector”²¹, de ahí se sigue que la interpretación solo puede ser parcial, en ambos sentidos del término: estará sesgada y será incompleta. Como toda interpretación se corresponde con el horizonte del sujeto, está hecha para encajar en la estructura previa de prejuicios con el fin de que tenga sentido para él (lo que significa que la interpretación debe lidiar con la tendencia integradora espontánea de la apropiación a pasar por alto la heterogeneidad, aun a costa de alguna disonancia)²². Si se tiene en cuenta que toda interpretación se manifiesta como una proyección que surge de la estructura previa de prejuicios, y puesto que la interpretación inevitablemente tiene la huella o el tono de la estructura previa de prejuicios correspondiente, entonces la relación interpretativa con el mundo es efectiva e inevitablemente una relación adulterada, en el sentido, al menos, de que un sujeto solo le puede asignar sentido a un *interpretandum* como se contempla a través de la estructura previa de prejuicios, en lugar de como tal, *an sich, tel quel*²³. En palabras de Gadamer, “baste con decir que un sujeto comprende *diferentemente*, si es que se comprende algo”²⁴. Sin embargo, y de nuevo, mientras que la interpretación no puede ser prejuiciosa (puesto que el prejuicio no puede erradicarse de ninguna empresa interpretativa), ninguna disposición heterónoma es definitiva, y puede pasar que la configuración semiótica que se articula dentro de la estructura previa de prejuicios sea revisada: los elementos estructurales de la estructura no son inalterables. En

- 20 Richard Bernstein, “Hermeneutics, Critical Theory and Deconstruction”, en Robert Dostal (ed.), *The Cambridge Companion to Gadamer* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002), p. 273.
- 21 François Rastier, *Arts et sciences du texte* (París: Presses Universitaires de France, 2001), p. 277 [“chaque lecture (...) trace un parcours interprétatif qui correspond à l’horizon du lecteur”].
- 22 El asunto involucra la estrategia de salvaguardas epistémicas mediante las cuales las perturbaciones externas se codifican como información en los términos prevalecientes (o *prevalecientes*) en una cultura, de forma que todo cambio a esta situación de fondo tiende a ser marginal e incremental. Como otros organismos, una cultura se esfuerza por mantener un equilibrio homeostático con respecto a su entorno y por perpetuarse mediante duplicación: busca superar las transgresiones.
- 23 De hecho, la idea misma de “en-la-mismidad-de-la-cosa” del *interpretandum* no está disponible epistémicamente, puesto que es, literalmente, *inimaginable*. ¿Cómo podría la mente interpretativa contemplar algo —“la entidad en sí”— que se considera *ex hypothesi* estar más allá de la mente, a salvo de los prejuicios de la mente? El “en-la-mismidad-de-la-cosa” del *interpretandum* es *inimaginable*; es inconcebible en última instancia, incluso en cuanto a aquello que es inconcebible. El hecho es que no se puede tener en mente una “entidad sin la mente” sin tenerla en la mente, lo que tiene que significar que no se puede tener en mente “una entidad sin la mente”.
- 24 Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, *supra* nota 7, p. 302 [“(e)s genügt zu sagen, daß man anders versteht, wenn man überhaupt versteht”] (énfasis en el original). Aunque estas palabras me hacen pensarme como perceptor si las leo de manera separada, no puedo olvidar que forman parte de una teoría general que mantiene que el yo puede llegar al otro en última instancia; por ejemplo, Hans-Georg Gadamer, “Destruktion und Dekonstruktion”, en *Gesammelte Werke*, vol. II (Tübingen: Mohr Siebeck, 1993 [1985]), p. 364. Según Gadamer, ahí ocurre entonces un “milagro” (“Wunder”) de comprensión: Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, *supra* nota 7, pp. 297, 316 y 347. Como Derrida, yo no creo en milagros. En particular, no comparto el irenismo y el optimismo que parece evocar la idea de “milagro”. Para un análisis de la reacción justificablemente escéptica de Derrida hacia la posición de Gadamer véase Pierre Legrand, “Derrida’s Gadamer”, *supra* nota 6.

términos de Gadamer, “el horizonte es [...] algo en lo que deambulamos y que deambula con nosotros. Los horizontes cambian para la persona que se mueve”²⁵. (La aceptación de esta revisabilidad potencial depende, como es obvio, de cuán determinista sea la perspectiva que se toma de la situación humana; una opinión que, a su vez, no se puede separar de la estructura previa de prejuicios del sujeto²⁶.)

Considérese al relato de José de Acosta sobre tierras extranjeras en el siglo xvi. Acosta (1539-1600), español y jesuita, residió en Perú y México de 1570 a 1587. En la entrada que cito de sus crónicas, uno de los primeros informes sobre el Nuevo Mundo, hoy en día famosas y publicadas en español por primera vez en 1590, Acosta se propone describir una llama, un animal que ve en Perú, por primera vez en su vida. Con el fin de lograr su tarea descriptiva proyecta necesariamente su estructura previa de prejuicios que le brinda un rango de posibilidades interpretativas —en este caso, ovejas, terneros y camellos— y, de manera menos expresa, pero igual de primordial, le suministra lo que podríamos llamar su apreciación de la animalidad, su concepción de la descripción y su familiaridad con el idioma español. Es clave para apreciar cómo la narrativa de Acosta surge de la estructura previa de prejuicios en la que ha sido culturizado (y cómo podría no haber surgido de esa estructura). Si bien la estructura previa de prejuicios le suministra a Acosta las herramientas interpretativas necesarias²⁷, este trasfondo epistémico implica que no puede ser fiel a la llama en los términos de esta, que su relato interpretativo de la llama debe funcionar como una relación adulterada frente al *interpretandum*:

Ninguna cosa tiene el Perú de mayor riqueza y ventaja, que es el ganado de la tierra, que los nuestros llaman carneros de las Indias; y los Indios en lengua general los llaman llama [...]. [...] Son estos carneros ó llamas en dos

25 Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, *supra* nota 7, p. 309 [“(d)er Horizont ist (...) etwas, in das wir hineinwandern und das mit uns mitwandert. Dem Beweglichen verschieben sich die Horizonte”].

26 Como yo lo leo, Heidegger favorece un determinismo hegemónico. Por ejemplo, Martin Heidegger, *Sein und Zeit*, *supra* nota 12, p. 20: “En su ser fáctico [uno] es siempre cómo fue y lo ‘que’ [uno] ya fue. Explícitamente o no, [uno] es su pasado” [“(Man) ist (...) in seinem faktischen Sein, wie und ‘was’ (man) schon war: Ob ausdrücklich oder nicht, (man) ist (...) seine Vergangenheit”] (énfasis en el original). También el alemán le permite a Heidegger escribir “[I]ch bin-gewesen”, literalmente “Yo soy-sido” (en vez de “yo he sido”); *ibid.*, p. 327 [énfasis omitido]. Por lo tanto, es el “haber-sido” primordial del individuo (su *Gewesenheit*) el elemento constitutivo de su propia existencia. Para Heidegger, la gobernanza de la estructura previa de prejuicios permanece incluso cuando se produce una revisión posterior: Eso es así porque toda modificación se sitúa necesariamente frente a la estructura previa de prejuicios: “En ella, a partir de ella y contra ella se lleva a cabo toda genuina comprensión, interpretación y comunicación, todo redescubrimiento y toda nueva apropiación”: *ibid.*, p. 169 [“In ihr und aus ihr und gegen sie vollzieht sich alles echte Verstehen, Auslegen und Mitteilen, Wiederentdecken und neu Zueignen”].

27 Para subrayar su carácter generativo, Gadamer se refiere a los prejuicios como “condiciones de comprensión”: Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, *supra* nota 7, p. 281 [“Bedingungen des Verstehens”].

especies: unos son pacos ó carneros lanudos: otros son rasos y de poca lana, y son mejores para carga: son mayores que carneros grandes, y menores que becerros; tienen el cuello muy largo á semejanza de camello, y hanló menester, porque como son altos y levantados de cuerpo, para pacer requiere tener cuello largo²⁸.

Este extracto me inspira cinco grupos de comentarios. En primer lugar, el discurso de Acosta no es estrictamente descriptivo o indicativo. De hecho, no podría serlo, con independencia de la forma que tomara. Con independencia de cuán descriptivo o indicativo pretenda ser de manera consciente, todo discurso está ya siempre entretejido con la expresividad —*está atado, diríamos, a su inflexión o tonalidad*—, de manera que no puede haber tal cosa como una pureza discursiva descriptiva o indicativa. En particular, y sin más, “[ningún] punto de vista [...] está separado de la esfera de influencia de la existencia, [ni] siquiera un ápice”²⁹. Bracha Ettinger acuña inteligentemente así la palabra *wit(h)nessing** (“co(n)testimoniar”), añadiendo una letra en inglés al verbo “witnessing” (testimoniar), lo que subraya el papel activo, significativo, del intérprete en lo que se refiere al relato que está desarrollándose³⁰.

En segundo lugar, es claro que la interpretación de Acosta, su articulación de la inteligibilidad, depende de “su” estructura previa de prejuicios³¹.

28 José de Acosta, *Historia natural y moral de las Indias vol. I* (Sevilla: Juan de León, 1590), pp. 445-46, California Digital Library, <https://archive.org/stream/historianatural01acosrich#page/n485/mode/2up>; hay versión inglesa: José de Acosta, *Natural and Moral History of the Indies* (edición de Jane Mangan; trad. Frances López-Morillas; Durham: Duke University Press, 2002 [1604]), p. 244.

29 Theodor Adorno, *Minima Moralia* (Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 2001 [1951]), p. 481 [“(kein) Standort (...) (ist) dem Bannkreis des Daseins, wäre es auch nur um ein Witziges, entrückt”]. Véase también, por ejemplo, Karen Barad, “Diffracting Diffraction: Cutting Together-Apart”, *20 Parallax* 168 (2014), p. 180: “El aparato es una parte inseparable del fenómeno observado”. Obsérvese que, igual que no hay descripción sin interpretación, no hay interpretación posible sin descripción; véase Cannon Schmitt, “Interpret or Describe?”, *135 Representations* 102 (2016).

* El juego de palabras no se puede traducir de manera especular. En inglés, “witnessing” es testimoniar; Ettinger añade una “h”, muda en inglés, al verbo original, e introduce un cambio en el sentido de la palabra, puesto que “with” es la preposición “con” en español. El sentido de “testimoniar” pasa así de contemplación externa del sujeto a un proceso interno del mismo (*N. del T.*).

30 Bracha L. Ettinger, *The Matrixial Borderspace* (edición de B. Massumi; Mineápolis: University of Minnesota Press, 2006) p. 147 y *passim*.

31 El uso del adjetivo posesivo remite a la estructura previa de prejuicios a partir de la cual Acosta, y nadie más que él, se compromete con una proyección interpretativa. Sin embargo, el posesivo no quiere sugerir que la estructura previa de prejuicios le pertenecía, y que, por consiguiente, tenía control sobre ella y la delinió personalmente. El concepto de Heidegger de *Geworfenheit* (literalmente “estar arrojado” o, si usamos un neologismo, “yección”) captura perceptivamente la idea de que el sujeto es lanzado a la existencia fáctica que pertenece al espacio público y que no es creación de uno mismo. En concreto, se nos arroja a las características constitutivas de la estructura previa de prejuicios, tales como la lengua, la religión, la moralidad, las formas de cortesía o el derecho. Obsérvese que puesto que el espacio al que se nos arroja inscribe el rango de posibilidades aceptables, el proceso no niega el pluralismo. En otras palabras, aun si se piensa solo en una comunidad mínima (y se reconoce que toda comunidad es creada y contestada), no todos en esa comunidad hablarán la lengua de esa comunidad de la misma forma. Sin embargo, todos hablarán la lengua de la comunidad (un hecho que la propia “comunidad” da por sentado), una lengua que no

Es evidente que “no hay comprensión o interpretación en la que totalidad de esta estructura existencial no esté actuando, aun cuando la intención de que conoce no sea otra que la de describir ‘lo que está ahí’ y de extraer de las fuentes ‘lo que realmente era’”.³²

De hecho, se podría decir que la interpretación de Acosta *pende* de su estructura previa de prejuicios, no solo en el sentido de que depende de ella, sino también porque es un elemento de *suspense* con respecto a qué aspectos de la estructura previa de prejuicios pasarán a la acción interpretativa habilitante en el momento relevante. ¿Quién podría haber anticipado la referencia a los “becerros” en la descripción de Acosta de las llamas? Sin embargo, no cabe duda de que está actuando la estructura previa de prejuicios. De nuevo, la estructura previa de prejuicios es la que le suministra a Acosta las herramientas interpretativas. Por ejemplo, si su estructura previa de prejuicios no hubiera incluido los becerros, la interpretación de Acosta de la llama no podría haberse formulado en torno a este animal y, por consiguiente, hubiera diferido de las declaraciones que inscribió en su diario. Además, si Acosta hubiera recurrido a otros elementos de la estructura previa de prejuicios para entrar en el espacio interpretativo y mantener la carga (pesada) del significado habría realizado otras posibilidades interpretativas y ofrecido una interpretación diferente de la llama. Por ejemplo, podría haberse referido a los avestruces (que su libro indica que conocía). También, suponiendo que le eran familiares la carne de vaca y de carnero, podía haber descrito la carne de la llama como una carne cuyo sabor está más o menos entre los dos, aunque más cercana a la de vaca (se describe usualmente la carne de llama como más ligera y suave que la de vaca). En resumen, la estructura previa de prejuicios a la que recurre Acosta para darle sentido a la llama le otorga un presentido, que también es presencia: es lo que está ahí, para él.

En tercer lugar, la narración de Acosta explica reiteradamente la llama en términos de lo que no es. Por lo tanto, la llama se asimila a las ovejas y los becerros mediante las ideas inesperadas de “equivalencia” o “analogía”, en la que ambos conectores *asemejadores* operan de manera silenciosa para desvincular la estructura previa de prejuicios del *interpretandum*. No obstante, las principales diferencias entre los distintos animales que

se nos invitó escoger y que no se nos permite hacer radicalmente idiosincrática, salvo que queramos prescindir de la comunicación; véase, por ejemplo, Martin Heidegger, *Sein und Zeit*, *supra* nota 12, pp. 135 y 383. Obsérvese que “[n]o solo la yección no es una ‘cuestión de hecho finalizada’ sino tampoco un hecho autocontenido. [Nuestra] facticidad es tal que [uno], en tanto [uno] siga siendo [uno], continuará estando arrojado [en el mundo]”: *ibid.*, p. 179 [“(d)ie Geworfenheit ist nicht nur nicht eine ‘fertige Tatsache’, sondern auch nicht ein abgeschlossenes Faktum. Zu (unserer) Faktizität gehört, daß (man), solange (man) ist, was (man) ist, im Wurf bleibt”] (énfasis en el original).

32 Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, *supra* nota 7, pp. 266-267 [“(es) gibt (...) kein Verstehen und Auslegen, in dem nicht die Totalität dieser existenzialen Struktur in Funktion wäre — auch wenn die Intention des Erkennenden keine andere ist, als zu lesen, ‘was da steht’, und den Quellen zu entnehmen, wie es eigentlich gewesen ist”].

aparecen en la narrativa no se suavizan o eliminan³³. En efecto, la llama de Acosta es una traducción³⁴, un concepto que no se puede separar de la idea de “transformación”³⁵; un proceso que plantea el asunto de su “ajuste”³⁶. La configuración carnero/becerro/camello *interviene* como un segundo original (una apreciación que evoca una arquitectura más complicada que una disposición en la que hubiera un *Haupttext* y un *Untertext*, un texto principal y un subtexto). La llama de Acosta no es la-no-llama (en la forma en que la traducción francesa de Macbeth efectuada por Pierre Leyris no es una obra-no-de Shakespeare). Sin embargo, tampoco es la llama (de la misma forma que el texto de la traducción de Leyris no es la obra de Shakespeare). De la misma manera en que la traducción de Leyris no puede duplicar el Macbeth de Shakespeare (y cabe suponer que no lo pretende), el informe de Acosta no puede reflejar idénticamente la llama (una limitación de la que Acosta es obviamente consciente). En los dos casos, la refracción de la narrativa, ya sea mediante la estructura previa de prejuicios de Acosta o de Leyris, implica que la interpretación subsiguiente es productiva más que reproductiva y confirma cómo el *abismo* entre los mundos epistémicos copresentes es insuperable³⁷. Derrida explica este agnismo en términos convincentes: “Entre mi mundo y cualquier otro mundo se encuentra inicialmente el espacio y el tiempo de una diferencia infinita, de una interrupción [que es] incommensurable frente a todos los intentos de paso, de puente, de istmo, de comunicación, de traducción, de tropo y de transferencia que [...] el ser [humano] intentará plantear, imponer, proponer, estabilizar. [...] [No] hay sino islas”³⁸. A eso añade: “[L]os mundos en

33 Cfr: Gilles Deleuze, *Différence et répétition* (París: Presses Universitaires de France, 1968), p. 56: “Es pues inevitable que la analogía caiga en una dificultad sin salida: a un mismo tiempo, debe remitir esencialmente el ser a existencias particulares, pero no puede decir aquello que constituye su individualidad”. [“Il est dès lors inévitable que l’analogie tombe dans une difficulté sans issue: à la fois, elle doit essentiellement rapporter l’être à des existants particuliers, mais elle ne peut dire ce qui constitue leur individualité”].

34 Cfr: Gilles Deleuze, *Proust et les signes* (4.^a ed.; París: Presses Universitaires de France, 2010 [1964]), p. 124: “Pensar es, por lo tanto, interpretar; es, por lo tanto, traducir”. [“Penser; c’est donc interpréter; c’est donc traduire”].

35 Por ejemplo, Jacques Derrida, *Positions* (París: Editions de Minuit, 1972), p. 31: “La idea de traducción habrá que sustituirla por una idea de *transformación*: transformación reglada de una lengua en otra, de un texto en otro” (énfasis en el original). Uno de los teóricos más importante de la traducción señala ese aspecto sucintamente en un feliz título: Lawrence Venuti, *Translation Changes Everything* (Nueva York: Routledge, 2013).

36 Para un análisis de la traducción “justa” con referencia específica al derecho comparado véase Simone Glanert y Pierre Legrand, “Foreign Law in Translation: If Truth Be Told...”, en Michael Freeman y Fiona Smith (eds.), *Law and Language* (Oxford: Oxford University Press, 2013), pp. 513-132.

37 La palabra “abismo” (“Abgrund”) aparece tanto en la correspondencia de Rainer Maria Rilke como de Paul Celan para señalar la separación entre lenguas: Rainer Maria Rilke en *Rilke Briefe vol. I*, en *Rilke-Archiv in Weimar* (Berlín: Insel, 1950 [1902]), p. 41; James K. Lyon, *Paul Celan and Martin Heidegger* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2006), p. 37.

38 Jacques Derrida, *La Bête et le souverain vol. II* (edición de Michel Lisse, Marie-Louise Mallet y Ginette Michaud; París: Galilée, 2010 [2002]), p. 31 [“(E)ntre mon monde et tout autre monde, il y a d’abord l’espace et le temps d’une différence infinie, d’une interruption incommensurable à toutes les tentatives de passage, de pont, d’isthme, de communication, de traduction, de trope et de transfert

los que vivimos son diferentes hasta la monstruosidad de lo irreconocible, de lo disímil, de lo increíble, de lo no-similar, de lo no-parecido, de lo no asimilable, de lo intransferible”³⁹. Nótese que ni la complejidad exegética de la traducción de Leyris ni el refinamiento fiel de la descripción de Acosta pueden eliminar la discrepancia de la que me ocupo⁴⁰. Frente al primer original, el segundo original está siempre “dislocado”⁴¹, con independencia de cuánta agudeza o adecuación muestre el *interpretans*. No hay ninguna representación (como en la mimesis), sino una re-presentación, una nueva presentación; una repetición con una diferencia, una iteración. Es paradójico que mientras que Acosta no puede permanecer externo a la llama que está afirmando (no hay disociación posible y sus crónicas hablan de “su” llama) —esta es la esencia del primer conjunto de consideraciones—, la llama que existe obviamente antes que Acosta, que está ahí sin él y con independencia de él, y que, por consiguiente, está por fuera de su alcance epistémico, se le resiste a él y a su incursión interpretativa (no hay posible identificación y sus crónicas solo cuentan “su” llama). Ese es el doble ciego de Acosta: no estar en una posición externa a cualquier re-declaración de la llama significa que mantiene efectivamente la llama externa a él. No es que la autoridad interpretativa de Acosta se descalfique en sí misma, sino que su autoridad está confinada a su resultado interpretativo, con lo que se excluye cualquier pretensión de objetividad (o verdad).

En cuarto lugar, aunque Acosta se basa en una estructura previa de prejuicios que se podría intersectar de varias formas con otras estructuras previas de prejuicios —es evidente que Acosta no era el único en la España de 1590 que conocía los “becerros”—, la estructura previa

que (...) l'être (...) tentera de poser, d'imposer, de proposer, de stabiliser: (...) (l) n'y a que des îles". Obsérvese que la distancia entre el *interpretans* y el *interpretandum* afirmada por Derrida revela “una diferencia infinita” que la finitud existencial del intérprete no le permite superar; *ibid.*, [“une différence infinie”]. Para subrayar su afirmación, Derrida yuxtapone *entre* (“entre”) y *antre* (“guardia”, “cavidad”, como en un “lugar hueco” o “vacío”), que en francés se pronunciarían de manera idéntica: Jacques Derrida, *La Dissémination* (París: Editions du Seuil, 1972), p. 240. Derrida se coloca por tanto en una oposición firme a toda idea gadameriana de “fusión de horizontes” (“Horizontverschmelzung”). Por ejemplo, Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, *supra* nota 7, pp. 311, 383, 392 y 401. Para un análisis de la afirmación de Gadamer véase Stanley Rosen, “Horizontverschmelzung”, en Lewis E. Hahn (ed.), *The Philosophy of Hans-Georg Gadamer* (Chicago: Open Court, 1996), pp. 207-218; Philippe Eberhard, *The Middle Voice in Gadamer's Hermeneutics* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2004), pp. 77-95. Como he mencionado, explico la *dissémination* de Derrida en Pierre Legrand, “Derrida's Gadamer”, *supra* nota 6.

39 Derrida, *La Bête et le souverain*, *supra* nota 38, p. 367 [“(L)es mondes dans lesquels nous vivons sont différents jusqu'à la monstruosité du méconnaissable, de l'in-semblable, de l'intra-semblable, du non-semblable, du non-ressemblant ou ressemblable, du non-assimilable, de l'intransférable”].

40 “Por muy correctas y legítimas que sean, [...] [las traducciones] están todas ellas desajustadas [...]. La excelencia de la traducción no puede evitarlo”: Jacques Derrida, *Spectres de Marx* (París: Galilée, 1993), p. 43 [“Si correctes et légitimes qu'elles soient, (...) (les traductions) sont toutes désajustées (...). L'excellence de la traduction n'y peut rien”].

41 *Ibid.*

de prejuicios que utiliza sigue siendo única (Deleuze expone justo ese aspecto)⁴². Es “suya” (una vez más, la idea no es que él esté a cargo de ella y pueda hacer lo que desee con ella, sino que en última instancia es distintiva, *sans pareil*). De hecho, no habría dos individuos en 1590 en España que pudieran haber presumido de tener la misma estructura previa de prejuicios⁴³, lo que significa que cada estructura previa de prejuicios aplicada a una cierta disposición de circunstancias (por ejemplo, la presencia de la llama ante uno) debe manifestarse como una estructura previa de prejuicios singular. Se podría afirmar del acto de interpretación de Acosta que se resuelve en sí mismo como aplicación de la estructura previa de prejuicios, cuya expresión y desarrollo (a menudo más allá de su control) no anula la singularidad de su descripción (o, de forma más precisa, de su inscripción-como-descripción). Por consiguiente, la interpretación muestra dos dimensiones enlazadas: la “enciclopedia” —el depósito servil de facticidad que alimenta el ser-un-intérprete-del-mundo— y la “autobiografía” —la individualidad que insertamos en la escritura de la interpretación mientras se desarrolla—. Para Derrida, la interpretación es, por lo tanto, “autobiograficaenciclopédica”⁴⁴, una práctica que se puede decir que es “contradictoriamente coherente”⁴⁵.

En quinto lugar, la interpretación de Acosta puede no convencernos en la medida en que la fuerza retórica de su formulación depende del grado de aceptación que los lectores del texto estén dispuestos a conceder a las afirmaciones propuestas. La re-presentación de la llama que hace Acosta no se puede imponer por sí misma durante su lectura. En vez de eso, la disolución de Acosta de la llama (necesariamente sesgada) en la inscripción se manifiesta como un evento (de poder) en el que cada lector se implica y a cuya determinación son invitadas a contribuir significativamente, mediante una forma u otra de respaldo, las suposiciones de cada lector. Nótese que cabe esperar que los procesos de validación efectuados por la lectura de un texto intervengan en consonancia con las memorias

42 *Supra* nota 16.

43 Cfr. Gottfried W. Leibniz, *Nouveaux essais sur l'entendement*, en *Die philosophischen Schriften von Gottfried Wilhelm Leibniz* vol. v (edición de Carl Immanuel Gerhardt; Darmstadt: Olms, 1960 [1704]), p. 49; Gottfried W. Leibniz, *Discours de métaphysique*, en *Die philosophischen Schriften von Gottfried Wilhelm Leibniz* vol. iv (edición de Carl Immanuel Gerhardt; Darmstadt: Olms, 1960 [1686]), p. 433. A menudo etiquetado como “el derecho de Leibniz”, el argumento de Leibniz sobre la inevitabilidad de lo que llamo una “copresencia diferencial” sostiene la proposición de que los indiscernibles son idénticos o, si así se prefiere, que lo diverso es necesariamente “otro que” (o que distintas entidades no son nunca réplicas exactas la una de la otra, es decir; que si hay un X y un Y, X es algo que existe como no-Y, al menos mínimamente. ¿Leyó Duchamp a Leibniz? En sus notas manuscritas publicadas póstumamente escribe que “[t]odos los ‘idénticos’, por muy idénticos que puedan ser (y cuanto más idénticos sean), se aproximan a esta diferencia separadora infradelgada”: Marcel Duchamp, *Notes* (París: Flammarion, 1999 [1980+]), p. 33 [“(t)ous les ‘identiques’ aussi identiques qu’ils soient, (et plus ils sont identiques) se rapprochent de cette différence séparative infra mince”].

44 Jacques Derrida, *Ulysse gramophone* (París: Galilée, 1987), p. 66 [“autobiographicoencyclopédique”].

45 Jacques Derrida, *L'écriture et la différence* (París: Editions du Seuil, 1967), p. 410 [“contradictoirement cohérent(e)”].

culturales o personales de un lector, y sobre la base de una percepción de corroboración textual del lector. En resumen, “los resultados de investigación son por consiguiente lo que las diferentes comunidades de recepción hacen con ellos”⁴⁶.

*

No parecería ser conflictiva una proposición que declarase que los juristas se ocupan sobre todo de la interpretación de textos cuando se preocupan del mundo en su capacidad profesional. Nos viene a la mente con rapidez asignar significado a las leyes, a las decisiones judiciales y a los comentarios académicos. Cabría defender que la situación interpretativa característica implica circunstancias locales, es decir, abogados locales que intentan darle sentido a su derecho local en su lenguaje local⁴⁷. La decisión del 2008 del Tribunal Supremo de Estados Unidos en *dc v Heller* es ilustrativa de la dinámica de la que me estoy ocupando aquí⁴⁸. En *Heller*, el Tribunal Supremo buscó interpretar la Segunda Enmienda a la Constitución de Estados Unidos, que dice así: “Siendo necesaria una milicia bien regulada, no se violará el derecho a tener y portar armas”. Según el fallecido magistrado Antonin Scalia, ponente de la posición mayoritaria del Tribunal, “no parece haber duda..., a partir del texto y de la historia, que la Segunda Enmienda otorgó un derecho individual a tener y portar armas”⁴⁹. El magistrado Scalia destacó que “la Enmienda, además de promover el objetivo

46 George Marcus, “The Ambitions of Theory Work in the Production of Contemporary Anthropological Research”, en Dominique Boyer, James Faubion y George Marcus (eds.), *Theory Can Be More than It Used to Be* (Ithaca: Cornell University Press, 2015), p. 52. Cfr. Bruno Latour, *Science in Action* (Cambridge: Harvard University Press, 1987) p. 56: “Los lectores son gente taimada, obstinada e impredecible, incluso los cinco o seis que se leen el escrito desde el principio al final”.

47 Sin duda, la idea de “lo local” requiere problematización y no hay nada que exista obviamente como local —o no—. En un análisis cuidadoso, incluso el llamado derecho “globalizado” —una función del ritmo y amplitud creciente de la desterritorialización y reterritorialización capitalista— se manifiesta como derecho “glocalizado” por cuenta de la producción global de un caleidoscopio de conocimientos locales incorporados y significativos, diferenciados y singularizados. Ejercicios triviales que confirman esta percepción serían la yuxtaposición de una famosa cafetería en State Street, en Chicago, con otra cafetería del mismo nombre en la calle Rivoli de París, o el texto inglés de una novela popular infantil en varios volúmenes con la versión francesa del mismo libro. Para el concepto de “glocalización” véase Roland Robertson, “Glocalization: Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity”, en Mike Featherstone, Scott Lash y Roland Robertson (eds.), *Global Modernities* (Nueva York: Sage, 1995), pp. 25-44. Parece que la palabra inglesa es una transliteración del japonés: Roland Robertson, *Globalization* (Nueva York: Sage, 1992) p. 173. Véase, en general, Victor Roudometof, *Glocalization* (Nueva York: Routledge, 2016). Tal vez dándose cuenta del hecho de que cuando alguien identifica el conocimiento como local cabe presumir que recurriendo a una concepción local de lo local, Whitehead se refiere a la “falacia de la localización simple”: Alfred North Whitehead, *Process and Reality* (edición de David R. Griffin y Donal W. Sherburne, Nueva York: Free Press, 1978 [1893]), p. 137.

48 554 us 570 (2008). Por consiguiente, una interpretación favorable a los derechos individuales ha quedado como algo marginal. Sin embargo, véase Sanford Levinson, “The Embarrassing Second Amendment”, 99 *Yale Law Journal* 637 (1989).

49 *dc v Heller*, 554 us 570 (2008), p. 595.

relacionado con las milicias, promueve también el interés de poseer armas para fines de defensa propia”⁵⁰. En su salvamento de voto, el magistrado John Paul Stevens adopta la posición de que “la Segunda Enmienda se aprobó para proteger el derecho del pueblo de cada uno de los distintos estados a mantener una milicia bien regulada. Fue la respuesta a las preocupaciones manifestadas durante la ratificación de la Constitución de que el poder del Congreso de desarmar a las milicias estatales y crear un ejército nacional permanente plantearía una amenaza intolerable a la soberanía de varios estados [...]. En particular, no hay ninguna señal de que los proponentes originarios de la Segunda Enmienda pretendieran consagrar el derecho de defensa propia, reconocido en el *common law*, en la Constitución”⁵¹. Por su parte, el magistrado Stephen Breyer, que redacta un salvamento de voto separado, afirmó que “la Segunda Enmienda protege intereses relacionados con las milicias, no con la defensa propia”⁵².

El que la Segunda Enmienda consagre un derecho a la defensa propia (como sostiene el magistrado Scalia) o su alcance se limite a los derechos de la milicia (como los magistrados Stevens y Breyer argumentan) es propiamente una cuestión de interpretación. De hecho, hay una fuerte analogía entre la situación interpretativa generada en *Heller* y la que enfrentó Acosta cuando escribió su crónica peruana. Es evidente que el texto de la Segunda Enmienda existía antes de la interpretación que se hace de él en *Heller*. El Tribunal ya lo había visto dos veces: se había aprobado doscientos años antes, y estaba delante de los jueces, en la recopilación de leyes, ahí. Si no hubiera existido texto previo, entonces las interpretaciones que tuvieron lugar en *Heller* hubieran sido interpretaciones de nada, lo que sería un sinsentido obvio. No obstante, la Segunda Enmienda no tiene significado en sí misma. El alcance semántico de expresiones como una “milicia bien regulada” o “el derecho del pueblo” no es autoevidente e inalterable. Como ocurre con cualquier otro texto —ya sea *Macbeth*, o *I Wandered Lonely as a Cloud*, o la pegatina “Gone Surfing” adherida al carrito del café de Doug —, la Segunda Enmienda requiere un intérprete para poder tener significado. Aunque la Segunda Enmienda existe de manera independiente del Tribunal Supremo, no puede existir *significativamente* sin el magistrado Scalia o sus otros intérpretes: no puede existir *significativamente* sin un lector. En sentido estricto, no puede existir *significativamente* sino como *palabras interpretadas*: “El lector es el que significa”⁵³, de manera que “la lectura se convierte en *reescritura* de los textos”⁵⁴. En otras palabras,

50 *Ibid.*, p. 683.

51 *Ibid.*, p. 637.

52 *Ibid.*, p. 681.

53 Hugh J. Silverman, *Textualities* (Nueva York: Routledge, 1994), p. 79.

54 Catherine Malabou, *Changer de différence* (Paris: Galilée, 2009), p. 66 [“la lecture devient une réécriture des textes”] (énfasis en el original). Considérese la intrincada referencia de Georges Bataille

puesto que “el significado de un texto no se encuentra en él como una piedra y listo para mostrarse”⁵⁵, porque “el texto es *lo que es leído*”⁵⁶, “una estructura signifiante [es lo que] debe *producir* una lectura crítica”⁵⁷. Teniendo en cuenta que “el significado de un texto no es inmanente al texto, sino a la práctica de interpretación”⁵⁸, sin la intervención decisiva del lenguaje del intérprete para darle significado, para darle sentido, el texto constitucional carece de sentido. Para que la naturaleza significativa del texto surja, la interpretación —de hecho, la especulación— tiene que intervenir de forma constitutiva; debe habilitar o emancipar el texto para que tenga significado; lo gira, ata, retuerce, aprieta, constriñe, para que tenga significado en “un espacio de copiosis”⁵⁹. La Segunda Enmienda adquiere significa en la forma en que se recibe en el lenguaje de sus intérpretes (legítimos). Para transmitir significado, se resuelve, por lo tanto, como interpretación —o especulación— constitutiva. Además, cada magistrado del Tribunal Supremo continúa interpretando o especulando hasta que tiene confianza en que ha estructurado una interpretación textual susceptible de ser admitida por otros (toda recepción de la lectura propuesta está subordinada no a un algoritmo, sino a un entrelazamiento extraordinariamente intrincado de regímenes complejos de provocación interpretativa y apreciación lectora). En resumen, las palabras y la frase de la Segunda Enmienda son entidades materialmente presentes que acogen una dependencia ontológica, al menos en cuanto a su significado, en la forma en que son experimentadas por sus intérpretes.

Es crucial el hecho de que los magistrados del Tribunal Supremo que decidieron *Heller* actúan a partir de las estructuras previas de prejuicios en las que fueron culturizados. Para expresar económicamente los intereses específicos que motivan una determinada asignación interpretativa de relevancia a ciertas características de la Segunda Enmienda, consideradas por ello pertinentes (el magistrado Scalia subraya que la referencia a las milicias no es limitante, mientras que el magistrado Breyer opina que el uso de la palabra “milicia” restringe el alcance del texto), una opinión está caracterizada o teñida por una ideología “conservadora”, mientras que la otra posición interpretativa está inspirada por el “liberalismo”. Sin duda, la estructura previa de prejuicios tiene influencia en muchos otros

al papel de su lector: “[E] lector que me agita”, “que habla en mí”, “que mantiene en mí el discurso vivo dirigido a él”: Georges Bataille, *L'expérience intérieure* (París: Gallimard, 1954), p. 75 [“le lecteur qui m'agit”; “qui parle en moi”; “qui maintient en moi le discours vivant à son adresse”].

55 James Boyd White, *Heracles' Bow* (Madison: Wisconsin University Press, 1985), p. 80.

56 Hugh J. Silverman, *Textualities*, *supra* nota 53, p. 81 [énfasis en el original].

57 Jacques Derrida, *De la grammatologie* (París: Editions de Minuit, 1967), p. 227 [“une structure signifiante [est ce] que la lecture critique doit produire”] (énfasis en el original).

58 François Rastier, *Arts et sciences du texte*, *supra* nota 21, p. 277 [“le sens du texte est immanent non au texte, mais à la pratique d'interprétation”].

59 Bracha L. Ettinger, *The Matrixial Borderspace*, *supra* nota 30, p. 109 [énfasis en el original].

aspectos. Por ejemplo, cuando manifiestan sus predilecciones sustantivas y estilísticas, la elección de autoridades, la selección de citas, la formulación de encabezados y la adopción de ciertas palabras, según van forjando su camino interpretativo mediante un proceso muy fuerte de *ordenación* con el fin de estructurar un ensamblaje discursivo (o *agencement*)⁶⁰, las dos opiniones judiciales se pueden retrotraer a las estructuras previas de prejuicios que les han constituido y que les han llevado por lo tanto a desarrollarse en un determinado horizonte. En cualquier caso, debería ser obvio que las opiniones judiciales aquí analizadas no surgen “del aire” (en palabras de Husserl)⁶¹, sino que están incorporadas a un proceso de estructuración heterónomo, a una estructura que proviene de otro lado. La observación de Gadamer viene al caso: “De hecho, la interpretación debe comenzar en algún lugar. Sin embargo, su utilización no es fortuita. No es en absoluto un comienzo real”⁶².

Para indagar sobre algunas de las principales cuestiones teóricas con mayor detalle, tenemos, por lo tanto, el texto de la Segunda Enmienda, que muestra una existencia material (esas palabras, esa frase) independiente de toda interpretación que pueda ocurrirle. Además, luego están las dos versiones de la Segunda Enmienda, las dos interpretaciones discordantes del texto, que propone el Tribunal Supremo, sin que la multiplicación de interpretaciones o especulaciones cambien nada con respecto a la materialidad del texto, a su naturaleza como cosa (siguen siendo las mismas veintisiete palabras inglesas que constituyen la Segunda Enmienda, con independencia de cuantas lecturas se hayan realizado).

Sin duda, es difícil refutar la incongruencia de las interpretaciones de Scalia y de Stevens/Breyer por muchas matizaciones, ampliaciones o refinamientos que se quieran hacer. No obstante, por muy extraña que pueda ser la situación desde el punto de vista de la normatividad, el hecho de que las dos interpretaciones sean contradictorias no excluye el que ambas puedan ser convincentes al mismo tiempo, desde la perspectiva de varios intérpretes o diferentes bases electorales con capacidad de interpretar, para quienes la interpretación del texto disponible genera resultados interpretativos específicos que se muestran incompatibles *inter se*⁶³. Resulta

60 Para una reflexión atenta véase Manuel DeLanda, *Assemblage Theory* (Edinburgo: Edinburgh University Press, 2016).

61 *Supra* texto de la nota 18.

62 Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, *supra* nota 7, p. 476 [“Gewiß muß die Auslegung irgendwo einsetzen. Aber ihr Einsatz ist nicht beliebig. Er ist überhaupt kein wirklicher Anfang”]. Cfr. Allan C. Hutchinson, *Toward an Informal Account of Legal Interpretation* (Cambridge: Cambridge University Press, 2016), p. 162: “No hay ninguna herramienta intelectual confiable que demuestre que el ‘derecho’ tiene alguna forma distintiva y auténtica de responder a preguntas como ‘¿Qué es un parque? ¿Qué es un vehículo?’, de una forma separada y diferenciada de la orientación ideológica de los abogados y jueces concretos que están respondiendo” [énfasis en el original].

63 Cfr. Catherine Belsey, *Criticism* (Londres: Profile Books, 2016), pp. 23-24: “Míralo de una forma y funciona. Míralo de otra, y sigue funcionando. No obstante, [...] cada una de las interpretaciones excluye la otra”.

obvio decir que “las necesidades interpretativas varían con los intereses que las personas buscan en el mundo”⁶⁴. Ahora bien, las interpretaciones incongruentes —una que afirme que la Segunda Enmienda reconoce un derecho general a la defensa propia, y otra que explique que el texto no reconoce ese derecho salvo para las milicias— no pueden ser verdaderas las dos, en el sentido de que la Segunda Enmienda no puede enunciar y negar al mismo tiempo un derecho general a la defensa propia. Ahora bien, el concepto de “verdad” es irrelevante en cuanto a la pertinencia de las declaraciones interpretativas, puesto que el texto constitucional no tiene significado como entidad independiente-de-la-interpretación, lo que implica que no hay ningún acceso epistémico posible a un texto independiente-de-la interpretación —al texto *como tal*— que hiciera posible evaluar el tenor de una interpretación propuesta a la luz de algo como “el verdadero texto” o “el propio texto”⁶⁵. Siempre, desde ya, la Segunda Enmienda a la Constitución estadounidense es “por consiguiente”, y este “por consiguiente” es “un por consiguiente sin referencia objetiva”, un por consiguiente “inevitable en teoría”⁶⁶. En consecuencia, la interpretación o la especulación excluye la verdad, siendo efectivamente lo que llamamos “verdad” lo que se esté dispuesto a interpretar *como si fuera verdad*⁶⁷. De

64 Andreas Glaeser, “Theorizing the Present Ethnographically”, en Dominique Boyer, James Faubion y George Marcus (eds.), *Theory Can Be More than It Used to Be* (Ithaca: Cornell University Press, 2015), p. 79.

65 Explico la indisponibilidad epistémica de la “en-la-mismidad-de-la-cosa” en *supra* nota 22.

66 John Paul Ricco, *The Logic of the Lure* (Chicago: University of Chicago Press, 2002), p. 77.

67 Cfr. Gianni Vattimo, *Addio alla verità* (Meltemi, 2009), p. 73: “[N]o hay experiencia de verdad que no sea interpretativa”. [“(N)on c’è esperienza di verità che non sia interpretativa”.] No obstante, según Ronald Dworkin, “un académico que se esfuerza durante años por ofrecer una nueva interpretación de *Hamlet* no puede dejar creer que sus varias conclusiones interpretativas sean más válidas que las conclusiones contradictorias de otros académicos [...]. [...] [S]i [los intérpretes] concluyen que una interpretación de algo es mejor; también pueden pensar sensatamente que la interpretación pasa la prueba de lo que define el éxito de la empresa, incluso si no pueden expresar esa prueba en gran o en algún detalle. De manera que piensan que hay una verdad objetiva en la interpretación”: Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (Cambridge: Harvard University Press, 2011), p. 151. No puedo ver cómo el académico de Dworkin sea capaz legítimamente —y valiosamente— de pasar de “pensar sensatamente que la interpretación pasa la prueba de lo que define el éxito de la empresa” a “p[ensar] que hay una verdad objetiva en la interpretación”. Considérese un comparatista canadiense asignando una interpretación a la ley francesa del 2004 sobre vestimenta religiosa en la escuela. Es evidente que se podría esperar que este comparatista considerara que su interpretación del derecho francés ofrece una interpretación más convincente que, digamos, otras interpretaciones o especulaciones existentes que se encuentran en varios libros o revistas académicas. Sin embargo, este sentido de logro no significa, no tiene que significar y no debe considerarse que significa que este comparatista deba considerar su interpretación “verdadera”. Lo que este comparatista requiere que se suponga, y que sus lectores tienen que aceptar sobre su trabajo, es que su interpretación tiene una mayor fuerza interpretativa que otras. Aquellos que supongan que no hay más criterios para ese juicio que el de la “verdad” simplemente exponen su propia incapacidad. Sea como fuere, la idea de “verdad” es superflua en lo referente a toda expresión de convicción de la supremacía de una interpretación o especulación sobre otras. Además, parece tener poco sentido hablar de una “verdad para mí”, porque, si se añade ese codicilo, la palabra “verdad” se halla al final vacía de relevancia semántica significativa. Sin embargo, para un enfoque congruente con el de Dworkin véase Richard Gaskin, *Language, Truth, and Literature* (Oxford: Oxford University Press, 2013), p. 254, que sugiere que un intérprete que alega que su interpretación debería imponerse a la mía lo que está sosteniendo efectivamente es que “[su] interpretación [...] es [...] objetivamente

hecho, la interpretación no se puede separar de la estructura previa de prejuicios a partir de la cual debe partirse para poder realizar una asignación de significado⁶⁸. En lo que se refiere al significado de los textos, lo que se llama “verdad” es inevitablemente el resultado de la culturización de los prejuicios interiorizados del agente interpretativo, lo que significa que la idea de que alguien estaría en posición de identificar “la verdad” —como en “la verdad de la Segunda Enmienda”— o el texto como tal, sin ningún insumo interpretativo por su parte, no es sostenible. En resumen, argumento que el perspectivismo ubicuo es la posición interpretativa más seria que puede adoptarse (una posición interpretativa que, como es evidente, también es perspectivista). Si bien la Segunda Enmienda no puede escoger entre la multiplicidad de relatos interpretativos o especulativos aplicables a esta, lo cierto es que cada lectura, necesariamente mediada y que niega implícitamente otras posibles re-presentaciones, es una propuesta narrativa siempre derrotable que, ante la ausencia de criterios neutrales, está destinada a ser validada o desaprobada con base en sus méritos o deméritos persuasivos (percibidos), más que a partir de alguna idea de corrección o exactitud intrínseca. Sin embargo, y una vez más, decir, como yo hago, que sea cual sea el significado accesible de la Segunda Enmienda este solo se puede conseguir mediante la interpretación o la especulación no es defender que la existencia material de la Segunda Enmienda esté subordinada a la utilización de fuentes de re-presentación por el intérprete que pretenda darle sentido. *Tenemos las 27 palabras inglesas de la Segunda Enmienda y no otras*. Es paradójico, y esta observación retoma lo que mencioné sobre Acosta, que aunque los magistrados del Tribunal Supremo de Estados Unidos no pueden permanecer en una posición externa a la Segunda Enmienda que enuncian (no hay disociación y sus opiniones nos hablan de “su” Segunda Enmienda), la Segunda Enmienda existe obviamente con anterioridad a los jueces, está ahí sin ellos y con independencia de ellos, y, por lo tanto, queda fuera de su alcance epistémico, se resiste a esos magistrados y a sus esfuerzos interpretativos (no hay identificación posible y sus opiniones solo cuentan “su” Segunda Enmienda). Ese es el doble ciego de los magistrados Scalia, Stevens y Breyer:

mejor que mi interpretación” [énfasis en el original]. Una vez más, estoy en desacuerdo: ningún argumento a favor de una u otra interpretación o especulación que merezca prevalecer sobre otra requiere una referencia a la objetividad —una idea interpretativa incomprensible en cualquier caso distinto al de si se entiende como la expresión de valores contingentemente relacionados con el lugar y el tiempo, al de si se enfoca como una pretensión *cultural* (una apreciación que la socava faltamente)—. Hay más de una objeción. Como escribe Gianni Vattimo, “toda reivindicación de la verdad está motivada por un proyecto y, por consiguiente, por un interés”: Gianni Vattimo, *Della realtà*, *supra* nota 3, p. 93 [“ogni rivendicazione di verità è mossa da un progetto e cioè da un interesse”]. ¿Cuál es, por lo tanto, el proyecto, el interés, de Dworkin? ¿Cuál es el de Richard Gaskin? Después de todo, una pretensión de verdad es también una afirmación de poder; es un movimiento para colocar a otros bajo el control epistémico de uno.

68 Frank Kermode, *The Genesis of Secrecy* (Cambridge: Harvard University Press, 1979), p. 68: “[T]oda interpretación proviene del prejuicio, y sin el prejuicio no habría interpretación”.

no estar en disposición de poder situarse en una posición externa a toda reformulación de la Segunda Enmienda significa que están manteniendo efectivamente la Segunda Enmienda como algo externo a ellos. No es que la autoridad interpretativa de los magistrados quede descalificada, sino que su autoridad se limita a su actividad interpretativa y, por consiguiente, excluye toda pretensión de objetividad (o de verdad).

La pluralidad de interpretaciones o de especulaciones, los conflictos inevitables de sentido, no pueden significar que haya más de una Segunda Enmienda —eso sería una afirmación ridícula— y estas controversias no implican tampoco que el texto sea vago o problemático por sus defectos, en otras palabras, que esté mal redactado (aunque en su versión inglesa podría también leerse que significa, por ejemplo, que una persona tiene derecho a las extremidades de los osos o, si dejamos la ortografía a un lado y atendemos a la pronunciación, que una persona tiene derecho a llevar desnudas las extremidades superiores)⁶⁹. Lo que ocurre, en cambio, es que el texto es densamente *textual*, lo que significa que siempre es diferente de sí mismo⁷⁰. Además del intérprete y sus prejuicios, la materia del texto —la textualidad del texto— tiene que abordarse como otra restricción que se impone a los actos interpretativos. Toda interpretación o especulación está de hecho constreñida dos veces. No solo depende de la estructura previa de prejuicios del intérprete, sino que está subordinada al “juego” del texto.

Todos los textos y, por lo tanto, también la Segunda Enmienda de la Constitución, están necesariamente expresados en un lenguaje cuya ductilidad intrínseca genera un *juego* o un espacio libre semántico inevitable —como en “espacio para la acción” o “margen de actividad” (Diccionario de Inglés Oxford)—, que pertenece a la propia textura de la textualidad. En otras palabras, la condición primordial de la textualidad es aparecer como heterogeneidad semántica, lo que significa que la presencia del texto existe como movimiento semántico incesante. Debido a que “el texto mismo *juega*”⁷¹, puesto que el “significado es *una función* del juego”⁷², no se puede extraer ningún significado estable o último de un texto, ni tampoco

* La Segunda Enmienda contiene la expresión “bear arms”; en inglés, “bear” y “arms” son polisémicas. “Bear”, como verbo, significa “portar” y, como sustantivo, “oso”; “arms” significa, además de “armas”, “brazos”. Por otro lado, la pronunciación de “bear” es igual a la de “bare”, que significa “desnudo”. Legrand hace un juego de palabras forzado con esos significados (*N. del T.*).

69 Véase Akhili Reed Amar, *The Constitution Today* (Nueva York: Basic Books, 2016), pp. 258-259.

70 Véase Hugh J. Silverman, *Textualities*, *supra* nota 53, p. 81. Aun así, si un texto quiere seguir siendo un texto, si quiere perdurar comprobablemente como ese texto y no otro, tiene que haber límites al grado de discontinuidad que puede mantener con respecto de sí mismo. En ese sentido, la existencia material del texto suministra la necesaria contención (*containment*).

71 Roland Barthes, *Le bruissement de la langue* (París: Editions du Seuil, 1984 [1971]), p. 78 [“le texte lui-même joue”] (énfasis en el original).

72 Jacques Derrida, *L'écriture et la différence*, *supra* nota 45, p. 382 [“le sens est en fonction du jeu”] (énfasis en el original).

asignárselo. En lugar de eso, la acción de la textualidad es tal que todo texto contiene la posibilidad de diseminar una infinidad de significados —un hecho semántico irrepreensible que enfrenta todo intérprete—. Incluso si el intérprete se proyecta hacia el texto con la idea de darle sentido —y de asignarle sus propósitos o fines—, el texto, en una especie de tendencia reactiva, ya ha resuelto gobernar la actividad del intérprete. En concreto, el texto juega incesantemente a través del intérprete, con independencia de cuán decidido esté a detener el movimiento del texto. Si así se prefiere, “el texto escenifica su propia producción”⁷³, lo que, en tanto pretende afirmar su “independencia de la discursividad”⁷⁴, “desafía todo totalización, cierre y terminación”⁷⁵. Es justo el carácter inherentemente abierto de la textura de la textualidad lo que explica por qué más de cuatrocientos años después de que se representara el *Rey Lear* ante la corte inglesa el 26 de diciembre de 1606, la obra continúa generando nuevas lecturas del texto de Shakespeare⁷⁶. La textualidad está incesante e insistentemente en movimiento, de manera que “en lugar de permitir que el texto se cierre sobre sí mismo, que se haga uno consigo, produce solo otros textos, nuevos, sin final a la vista”⁷⁷. En efecto, las características cinéticas omnipresentes de la textualidad son tales que “quedarán abiertas miles de posibilidades, aun cuando uno entiende algo de la frase que tiene sentido”⁷⁸. De hecho, “el significado de un texto solo se detiene mediante la cesación de sus lecturas”⁷⁹. Obsérvese que la renovación textual que analizo “no solo es un índice del fracaso constante [del texto], [de garantizar un significado], sino también una especie de promesa [de expandir su significado]”⁸⁰.

Toda garantía interpretativa debe enfrentar, por lo tanto, el hecho de que mientras el intérprete pretende conseguir la revelación del texto, el

73 Rodolphe Gasché, *The Stelliferous Fold* (Nueva York: Fordham University Press, 2011), p. 9 [énfasis en el original].

74 *Ibid.*, p. 15.

75 *Ibid.*, p. 14.

76 Recuérdese que James VI, rey de los escoceses, accedió al trono inglés como James I en marzo de 1603 y nombró a Shakespeare como miembro de la corte real en mayo de 1603. James Shapiro, al convertir al dramaturgo en funcionario de la corte, en uno de los “hombres del Rey” que buscan complacer a su nuevo amo tras un cambio en el poder, presenta un argumento favorable a la importancia del Shakespeare jacobino, que según él es pasado por alto en demasiadas ocasiones en favor del autor isabelino. La ilustración de *Lear* a la que recurro muestra la condición interminable del juego del texto y la imposibilidad consiguiente de fijar una interpretación. Véase James Shapiro, *The Year of Lear* (Cambridge: Harvard University Press, 2015). El hecho de que la interpretación sea un proceso sin fin significa que Shapiro no tiene, y no puede tener, la última palabra interpretativa o especulativa sobre *Lear* (o sobre Shakespeare). De hecho, véase Brian Vickers, *The One King Lear* (Cambridge: Harvard University Press, 2016). Véase también Stephen Greenblatt, “Can We Ever Master King Lear?”, *The New York Review of Books* (23 de febrero del 2017), pp. 34-36.

77 Rodolphe Gasché, *The Stelliferous Fold*, *supra* nota 73, p. 191.

78 Jacques Derrida, *Limited Inc*, *supra* nota 7, p. 122 [“(m)ille possibilités resteront toujours ouvertes, alors même qu’on comprend quelque chose de cette phrase qui fait sens”].

79 François Rastier, *Arts et sciences du texte*, *supra* nota 21, p. 278 [“(l)e sens d’un texte n’est clôturable que par l’arrêt de ses lectures”].

80 Rodolphe Gasché, *The Stelliferous Fold*, *supra* nota 73, p. 191.

texto y su juego siempre se retiran de todo intento de estabilizarlo en la línea del yo/otro. Al considerar esta resistencia a revelarse, Heidegger se refiere al “conflicto originario entre mostrar y esconder”⁸¹. En lugar de un consenso entre *interpretans* e *interpretandum* hay una lucha insuperable. Es por esta discrepancia que Heidegger rechaza “la estructura de un acuerdo entre el conocimiento y el objeto, en el sentido de un ajuste de un ser (sujeto) a otro (objeto)”⁸². Puesto que la presencia del texto toma la forma de una obstrucción, el juego textual actúa agonísticamente. En consecuencia, lo inherente al juego de la textualidad niega todo intento arqueológico de capturar la totalidad del significado del texto, de capturar completamente el texto. Por muy compleja que sea la respuesta del intérprete al juego del texto, este fracaso del isomorfismo significa que la textualidad preservará un secreto, un resto interpretativo, una “singularidad siempre codificada”⁸³. Incluso si se da por sentado, *concessio non dato*, que se pudiera concebir el derecho-extranjero-como-tal, sigue siendo un hecho que la comprensión del comparatista tendrá que enfrentarse con la insaturación interpretativa del derecho extranjero examinado. En última instancia, el derecho extranjero elude el alcance semántico de todo esfuerzo de enunciación exhaustiva: excede toda re-presentación minuciosa, está más allá de su articulación completa, escapa del arnés de la interpretación integral.

El comparatista nunca llegará a un punto en el que pueda afirmar demostrablemente que ha dicho todo lo que se puede decir con respecto al derecho extranjero. Por muy detallado y largo que sea su estudio, el comparatista nunca podrá afirmar con confianza —ya esté hablando del incumplimiento anticipado en el derecho inglés, o de la ley argentina de amparo, o de la ley indonesia del *adat*— que ha conseguido hacer totalmente presente ahí el derecho extranjero, en su texto interpretativo. De ser el caso, siempre habrá algo que podría haberse mostrado y que el comparatista no mostró. Está lo que resta por decirse en lo que ya se ha dicho o más allá de lo dicho. En ausencia de “el examen [y] la familiaridad total”⁸⁴, la explicación exhaustiva se deja siempre para otro día; siempre se pospone o difiere. Por así decirlo, el comparatista está yendo perpetuamente

81 Martin Heidegger, *Holzwege* (Fráncfort: Klostermann, 2015 [1950]), p. 42 [“der Urstreit von Lichtung und Verbergung”].

82 Martin Heidegger, *Sein und Zeit*, *supra* nota 12, pp. 218-219 [“die Struktur einer Übereinstimmung zwischen Erkennen und Gegenstand im Sinne einer Angleichung eines Seienden (Subjekt) an ein anderes (Objekt)”].

83 Jacques Derrida, *Béliers* (París: Galilée, 2003), p. 41 [“singularité à jamais encryptée”]. Cfr. Andrea Ballester, “Theory as Parallax and Provocation”, en Dominique Boyer, James Faubion y George E. Marcus (eds.), *Theory Can Be More Than It Used to Be* (Ithaca: Cornell University Press, 2015), p. 177: “Cuando lo invisible cambia de un momento a otro, nunca cesa de existir”.

84 Theodor Adorno, *Zur Metakritik der Erkenntnistheorie* (edición de Rolf Tiedemann; Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1970 [1956]), p. 40 [“totale Überschaubarkeit (und) Bekanntheit”]. Cfr. Paul Chan, “Alternumerics FAQ”, en *Selected Writings 2000-2014* (Basel: Laurenz Foundation, 2014), p. 198: “[C]ualquier sistema que reduce un mundo intentando conocerlo en su totalidad [...] es trágico. Piénsese en la *Enciclopedia* de Diderot. Piénsese en el socialismo”.

hacia el otro, permanece al filo de la otredad, hay un no-encuentro del otro en el límite de la otredad. Con el paso del tiempo, el comparatista aprenderá más sobre el incumplimiento anticipado del contrato, el amparo o el *adat* (o desaprenderá aspectos de lo que ha aprendido), de manera que su informe inicial, por fuerza incompleto, será complementado. Por un lado, el hecho de lo incesante de la actividad interpretativa o especulativa significa que, aunque debe buscar siempre la justicia, ningún relato de un texto puede ser jamás justo. Para ser justo, el informe tendría que asegurarse que no existe la mínima arruga, el mínimo pliegue del *interpretandum* que no se haya atendido. Sin embargo, un análisis puede siempre ser más detallado, lo que significa que inevitablemente siempre habrá un aspecto del texto que la interpretación o la especulación no alcanzan a atisbar, una característica del texto que permanecerá escondida, inaccesible, intratable, inexpressable, tanto para el intérprete como para su lector. El texto del otro se muestra en última instancia más fuerte que el yo, puesto que se resiste al yo regulador y deja un resto, una *restance*, sobre el cual el yo, que no puede hacer todo lo que quiere, es incapaz de ejercer su imperio interpretativo. Debido a la persistencia textual existente, *el final del texto nunca está al alcance* del yo interpretador. Por consiguiente, toda interpretación del derecho extranjero actúa haciendo efectiva una ruptura con este, con su naturaleza extranjera.

En *Heller* no es que dos interpretaciones del Tribunal Supremo difieran porque responden a dos textos diferentes o a uno mal escrito. Lo que pasa es que el texto legislativo demanda estructuralmente una variedad inevitable de lecturas. Ahora bien, una cuestión más compleja es si estas interpretaciones *extraen* el significado del contenido del texto o le *imputan* un significado. Según la primera hipótesis, el texto ocultaría una variedad de significados posibles de entre los cuales los diversos intérpretes escogerían uno, el que se alinee con la estructura previa de prejuicios mediante la cual se proyectan en el texto. La segunda opción piensa que el intérprete moviliza su estructura previa de prejuicios, conscientemente o no, y le inyecta al texto su significado. Para nuestros fines importa poco si la obtención del significado es extractiva o imputativa, o una combinación de ambos enfoques, en el sentido de que, sea cual sea la explicación adoptada, sigue siendo cierto que no se puede decir nada inteligible sobre el texto de manera independiente a las versiones textuales de este, que es la idea que quiero defender aquí. En cualquier caso, el texto es ininteligible salvo que se incluya en algún sistema interpretativo o especulativo. De nuevo, mantener que un texto no puede tener significado separado de las versiones del mismo no implica que estas versiones sean todas las que pueden existir. Cualquiera que sea la interpretación de un texto, es de un texto que existe materialmente antes de cualquier interpretación. La interpretación A, que actúa desde el punto de vista de la estructura previa de prejuicios PF1, presenta así TXT, la Segunda Enmienda de la Constitución

estadounidense, como si tuviera el significado M_1 . En cambio, la interpretación B , que actúa desde la estructura previa de prejuicios PF_2 , presenta TXT , exactamente el mismo TXT , como si albergara el significado M_2 . Así, un mismo material TXT es representado significativamente como teniendo más de un M . Entretanto, TXT permanece en lo material lo que es (no hay más palabras, ni palabras diferentes). De hecho, la ruta interpretativa o especulativa es *hacia* TXT (no *desde* TXT). Como es evidente, las interpretaciones son en consecuencia sobre algo (TXT), pero a diferencia de lo que sugiere el legado cartesiano (tal vez el aspecto más débil de la pretensión de certidumbre), ese algo (TXT), una vez más, no tiene una cualidad de “[algo] como-tal” accesible interpretativamente.

Aunque acepto sin reservas que el término despierta un acorde de invulnerabilidad, sugiero que la palabra “invención” transmite bien la tensión que contemplo aquí entre el registro y la narrativa⁸⁵. La Segunda Enmienda existe materialmente, con independencia de los magistrados Scalia, Stevens y Breyer. Se abren camino hacia ella. Se van aproximando para encontrarla, allí, en la Constitución estadounidense, en la que se incluyó hace más de dos siglos. Etimológicamente, la palabra “invención” recoge este movimiento, puesto que su etimología se remonta a *inventio*, “descubrir”, “hallar”, “encontrar”. “Inventar” es “encontrar”, y de ahí que los cristianos llamen al hallazgo supuesto de la Santa Cruz por Helena, madre del emperador Constantino, en el año 326, la “invención de la Cruz”. Sin duda, el intérprete es incapaz de interpretar el texto constitucional estadounidense sin tener en cuenta el texto que esté frente a él, allí. Y no puede transgredirlo deliberadamente. En justicia, le debe fidelidad al texto: hay una ley del texto (y del texto-ley), su orden restrictiva, de manera que “la lectura [...] no puede transgredir legítimamente el texto hacia algo distinto a él”⁸⁶. Si se quiere, los magistrados Scalia, Stevens y Breyer deben reconocer que hay un elemento recalcitrante en la textualidad. Está la fuerza del texto, su retorsión, su resistencia: *hay lo que la Segunda Enmienda quiere*. Esta sumisión ineludible, esta condición de rehén de la materialidad del texto-ley (el significado debe confrontar *estas* palabras, allí) impide que el texto quede bajo la epistemología totalizadora del yo. Salva al intérprete de conectarse solo e interminablemente con su propio pensamiento, que se convertiría, entonces, sin sentido, en el centro exclusivo de su teorización. Además, la materialidad del texto-ley protege al intérprete de afirmaciones ignominiosas como decir que la Segunda Enmienda a la Constitución estadounidense se refiere, por ejemplo, al

85 Alternativamente, cabría referirse “[al] movimiento del documento al documental”: Erika Balsom e Hila Peleg, “The Documentary Attitude”, en Erika Balsom e Hila Peleg (eds.), *Documentary Across Disciplines* (Cambridge: MIT Press, 2016), p. 12.

86 Jacques Derrida, *De la grammatologie*, *supra* nota 57, p. 227 “[la lecture (...) ne peut légitimement transgresser le texte vers autre chose que lui]”.

establecimiento de tarifas del transporte aéreo internacional (aunque lo cierto es que “el respeto al derecho al trabajo no excluye una intervención violenta en el trabajo”)⁸⁷.

Es crucial que la interpretación junte pretensiones existenciales y performativas: cuando los magistrados Scalia, Stevens y Breyer se sujetan al texto-ley que existe antes que ellos, que no pueden dejar a un lado, efectúan simultáneamente una representación retórica en el curso de la cual el texto-ley existente, que está ahí, asume una forma significativa. De ahí se deriva que el trabajo interpretativo o especulativo —cualquier trabajo interpretativo o especulativo— *no* sea representacional, aunque retenga un vínculo con la representación, por tenue que sea (algo como una indexación mínima, si así se quiere), lo que de hecho es indispensable para que el intérprete pueda actuar responsablemente y con “*capacidad de respuesta*” frente al texto-ley⁸⁸. Este razonamiento lleva al otro significado de la palabra “invención”. En un significado que nos es más familiar, “inventar” es “crear” (como en “inventar la pólvora” o “inventar el iPad”). Mientras que el intérprete, llevado de la fidelidad al texto-ley, da cuenta de las palabras que encuentra, allí, actúa inevitablemente usando su propia llave interpretativa o especulativa, es decir, utiliza sus “propias” decisiones interpretativas o especulativas apoyándose en sus “propios” recursos de creación de sentido —en su estructura previa de prejuicios—, en particular debido al exceso de significado disponible que contiene el texto; una situación que fuerza al intérprete a establecer prioridades con respecto a la información que desea transmitir mediante el texto-ley.

Por consiguiente, el término “invención” es útil para encapsular la compleja tarea de educación/adscripción de significado textual. En *Heller*, los magistrados Scalia, Stevens y Breyer están inventando, desde el punto de vista epistemológico, la Segunda Enmienda a la Constitución estadounidense. Cuando superan la tradicional oposición entre “objeto” y “sujeto” demuestran la “lógica” inevitablemente discrepante que subyace a la actividad de la interpretación, presente en la oscilación entre la revelación del texto-ley (extraño) y la inscripción del mismo, una torsión vigorosa de irreconciliables, una dinámica no dialéctica de contrarios en la que, como

87 Rodolphe Gasché, *The Stellerous Fold*, *supra* nota 73, p. 5. Una interpretación indebidamente asertiva puede hacer que apoyemos a Sarah Wood cuando nos insta a “comenzar de nuevo con bastante menos fuerza, porque [uno] quiere dejar hablar [a los textos-derecho extranjeros]”: Sarah Wood, *Without Mastery: Reading and Other Forces* (Edinburgo: Edinburgh University Press, 2014), p. 1.

* En el original, “*response-ably*”. El autor divide el adverbio “responsably” en sus dos elementos: la raíz “response” (“respuesta”) y la terminación adverbial “ably”, que remite a su raíz “able” (“capaz”), de forma que “responsablemente” es también, literalmente, “responsable-capaz”; de ahí mi traducción como perífrasis en el texto (*N. del T.*).

88 Cfr. Rodolphe Gasché, *The Wild Card of Reading*, *supra* nota 17, p. 13: “[U]n acto performativo, que ya no sea referencial [...] puede incluir en sí, como parte del mismo, un acto de referencia”. Adicional: Gayatri C. Spivak, “Book Review”, 27 *Cambridge Review of International Affairs* 184 (2014), p. 186: “La interpretación es una tarea responsable”. Además de evocar la integridad, la idea de “responsabilidad” connota la capacidad de responder a algo que ya está ahí.

intérpretes, están condenados a vivir y, por consiguiente, deben reconocer que esa oscilación está también en el caso que están resolviendo.

*

Mientras que la importancia del derecho extranjero en Estados Unidos es anterior a la ola actual de la *soi-disant* “globalización” y a sus interdependencias tecnoeconómicas y compresiones espacio-temporales vertiginosas⁸⁹, el magistrado Breyer ha mostrado en un argumento extrajudicial convincente cómo el elemento extranjero se ha convertido en una presencia ineludible en el banco de casos del Tribunal Supremo estadounidense, uno de los agentes judiciales más influyentes en el mundo⁹⁰. Entre las muchas manifestaciones de la relevancia creciente del derecho extranjero localmente, las referencias judiciales a decisiones de tribunales extranjeros han atraído una atención particular⁹¹. Entre tanto, varias publicaciones académicas les han dado espacio a reflexiones destacadas sobre la experiencia jurídica extranjera⁹². Como muestra algo drástica de los aspectos conflictivos del asunto, muchos estados de Estados Unidos han hecho intentos legislativos por contener la relevancia del derecho extranjero⁹³.

La mayor visibilidad que ha asumido localmente el derecho extranjero no es un fenómeno circunscrito a Estados Unidos, como es obvio. En muchos países, los juristas han estado interactuando también con la variedad jurídica del mundo, que consideran en gran medida beneficiosa y, de hecho, *relevante* desde el punto de vista normativo⁹⁴. A falta de estudios

89 Por ejemplo, Steven G. Calabresi y Stephanie Dotson Zimdahl, “The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision”, 47 *William and Mary Law Review* 743 (2005).

90 Stephen Breyer, *The Court and the World* (Nueva York: Knopf, 2015).

91 Por ejemplo, *Lawrence v Texas* 539 us 558 (2003); *Roper v Simmons* 543 us 551 (2005). Para un bosquejo conveniente de la controversia véase Richard Posner, “No Thanks, We Already Have Our Own Laws” (julio/agosto) *Legal Affairs* 40 (2004); Vicki Jackson, “Yes Please, I’d Love to Talk with You” (julio/agosto) *Legal Affairs* 43 (2004). El título de Vicki Jackson es engañoso. Como estoy analizando aquí, lo que está en juego es mucho más que una simple conversación (a lo que cabe suponer que Richard Posner no objetaría) e implica la asignación de significación normativa.

92 Por ejemplo, Teemu Ruskola, *Legal Orientalism* (Cambridge: Harvard University Press, 2014); Ran Hirschl, *Constitutional Theocracy* (Cambridge: Harvard University Press, 2010); Theodore Ziolkowski, *The Mirror of Justice* (Princeton: Princeton University Press, 2003); Rebecca R. French, *The Golden Yoke* (Ithaca: Cornell University Press, 1995); Mirjan R. Damaška, *The Faces of Justice and State Authority* (New Haven: Yale University Press, 1991); James Q. Whitman, *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era* (Princeton University Press, 1990).

93 Una ley de Oklahoma, la primera de esas iniciativas prohibicionistas, se declaró inconstitucional en *Awad v Ziriax*, 966 F. Supp. 2d 1198 (WD Ok 2013). Esta decisión dejó sin efecto la sentencia de un tribunal de circuito en *Awad v Ziriax*, 670 F. 3d 1111 (10th Cir 2012), relativa a un requerimiento judicial provisional. Para un examen crítico de las diversas iniciativas estatales véase Faiza Patel, Mathew Duss y Amos Toh, *Foreign Law Bans: Legal Uncertainties and Practical Problems* (2013), <http://www.brennancenter.org/sites/default/files/publications/ForeignLawBans.pdf> [en el archivo del autor].

94 Por ejemplo, *A. v Secretary of State for the Home Department* (n.º 2), [2006] 2 ac 221; *White v Jones* [1995] 2 ac 207 (HL); Günter Frankenberg, *Comparative Law as Critique* (Cheltenham: Elgar, 2016); Ran Hirschl, *Comparative Matters* (Oxford: Oxford University Press, 2014); Simone Glanert, (ed.),

empíricos podría afirmarse con confianza que el número de académicos del derecho que pretenden que su identidad profesional se valide como “comparatista” —la etiqueta asignada a los que se ocupan del derecho extranjero— no tiene precedentes, aunque sean un número marginal en comparación con el conjunto denso de abogados que continúan especializándose en el derecho de un territorio concreto. Por esto, el campo del derecho comparado —una esfera disciplinaria y sociointelectual diferenciada, que presenta los marcadores sociológicos usuales, como sociedades intelectuales, revistas especializadas, cátedras universitarias, conferencias, centros de investigación, cursos y programas de estudios de posgrado— se ha expandido y ha reforzado su legitimidad⁹⁵. Por ejemplo, como se practica en Europa y Norteamérica, el derecho comparado —que surge en sus formas institucionalizadas en la década que comienza en 1820 como reacción al movimiento de codificación europea y en respuesta a lo que entonces se percibía en algunos círculos académicos y profesionales como proclividades aislacionistas— implica la apreciación, bajo una sola mirada, de más de un derecho; uno de esos derechos se invocará como *extranjero* frente al otro, y lo extranjero (jurídico) consistirá no en una forma fija o absoluta, sino en lo que, en efecto, esté considerado interpretativamente como no vinculante (jurídicamente) para uno mismo⁹⁶. Nótese que mientras que la distancia es una precondition para el conocimiento del derecho *extranjero* (la distancia delinea la otredad), hace imposible el *conocimiento* del derecho extranjero (la distancia, al evitar la difuminación perceptiva que acompaña la excesiva cercanía, delimita la inaccesibilidad final, e imposibilita en consecuencia las explicaciones “objetivas” o “verdaderas” de lo extranjero)⁹⁷.

Comparative Law — Engaging Translation (Nueva York: Routledge, 2014); Dan W. Puchniak, Harald Baum, y Michael Ewing-Chow (eds.), *The Derivative Action in Asia* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012); Penelope Nicholson y Sarah Biddulph (eds.), *Examining Practice, Interrogating Theory: Comparative Legal Studies in Asia* (Leiden: Nijhoff, 2008).

- 95 Aunque fomentan ampliar el campo, el fervor creciente por obtener reconocimiento como comparatista tiene un alto precio, puesto que la proliferación de practicantes produce una disolución predecible de los estándares de desempeño. El problema de adulteración que menciono se manifiesta de otras maneras también, por ejemplo, en la extraordinaria degradación institucional de la cátedra de derecho comparado en Oxford desde comienzos de siglo *xxi*.
- 96 La extranjería es contingente: depende de la coyuntura y de la situación.
- 97 Ettinger se refiere a las “permutaciones de la ‘distancia en la proximidad’”: Bracha L. Ettinger, *The Matrixial Borderspace*, *supra* nota 30, p. 109. Por su parte, Castoriadis formula el requisito de la distancia crítica mediante una ilustración famosa: “El etnólogo que ha asimilado tan bien la visión del mundo de los bororos que solo puede verlo de la forma en que ellos lo ven ya no es un etnólogo: es un bororo —y los bororos no son etnólogos—. Su propósito no es asimilarse a los bororos, sino explicar a los parisinos, los londinenses, los neoyorquinos [...] esa otra humanidad que representan los bororos. Esto solo se puede hacer en el *lenguaje*, en el sentido más profundo del término, en el sistema categórico de parisinos, londinenses, etcétera. Sin embargo, estos lenguajes no son ‘códigos equivalentes’”: Cornelius Castoriadis, *L’institution imaginaire de la société* (París: Editions du Seuil, 1975), p. 246 [“L’ethnologue qui a tellement bien assimilé la vue du monde des Bororos qu’il ne peut plus le voir qu’à leur façon, n’est plus un ethnologue, c’est un Bororo — et les Bororos ne sont pas des ethnologues. Sa raison d’être n’est pas de s’assimiler aux Bororos, mais d’expliquer aux Parisiens,

Como pasa en otros campos, el derecho comparado muestra una ortodoxia —y una sola— cuyo poder estratégico y generador, cuya lógica hegemónica, exige la conformidad solidaria de los comparatistas. Desde hace ya tiempo, la *doxa* del derecho comparado se ha comprometido con una comprensión de lo jurídico que se podría calificar con justicia como “analítica-positivista” o como “positivista” sin más⁹⁸. Es inevitable (y no muy distinto a lo que pasa con la doctrina positivista) que el derecho comparado acoja muchas variaciones del positivismo. Cuando se problematiza el positivismo como la razón gobernante en el derecho comparado puede distinguirse, de forma algo esquemática, entre los positivismos “porosos” que se practican en Estados Unidos y las aplicaciones “herméticas” que se encuentran en la Europa continental, en donde el positivismo continúa su dominación como dogma hipostático reverencial. Sin embargo, las manifestaciones diversas de la agenda positivista comparten algunas características básicas. Así, a los positivistas de toda clase les preocupa principalmente la analítica, es decir, la técnica jurídica y la racionalización de la técnica jurídica. Fomentan la “dogmática jurídica”, para transponer una frase alemana, en el mismo grado en el que intentan encajar el derecho en una forma de representación ordenada, coherente y sistemática de las diferentes normas en vigor, en gran parte aplicadas a solicitud del Estado⁹⁹. En conjunto, las investigaciones positivistas permanecen en el

aux Londoniens, aux New-Yorkais (...) cette autre humanité que représentent les Bororos. Et cela, il ne peut le faire que dans le langage, au sens le plus profond du terme, dans le système catégoriel des Parisiens, Londoniens, etc. Or ces langages ne sont pas des 'codes équivalents'"] (énfasis en el original). En otras palabras, “sin distancia, [...] no hay lugar al que ir”: Dominique Boyer y Cymene Howe, “Portable Analytics and Lateral Theory”, en Dominique Boyer, James D. Faubion y George E. Marcus (eds.), *Theory Can Be More Than It Used to Be* (Ithaca: Cornell University Press, 2015), p. 16. A este respecto, es importante destacar que “el desarrollo de potencialidad de uso de la tecnología digital”—las nuevas ecologías de la información digital y el tejido cada vez denso de la conectividad digital— no suprime la distancia: George E. Marcus, “The Ambitions of Theory Work in the Production of Contemporary Anthropological Research”, en Dominique Boyer, James D. Faubion y George E. Marcus (eds.), *Theory Can Be More Than It Used to Be* (Ithaca: Cornell University Press, 2015), p. 56. Entretanto, me ocupo de los espejismos de la “objetividad” y de la “verdad” en Pierre Legrand, “Foreign Law: Understanding Understanding”, 6/2 *Journal of Comparative Law* 67 (2011).

98 “‘Jurisprudencia analítica’ y ‘positivismo’ son ‘designaciones intercambiables’”: Brian Z. Tamanaha, “The Contemporary Relevance of Legal Positivism”, 32 *Australian Journal of Legal Philosophy* 1 (2007), p. 38.

99 En el mundo glocalizado de hoy —a medida que el policentrismo jurídico se asienta de forma sin precedente, se reafirma constantemente el hecho de que hay otros órdenes normativos distintos a los del Estado y se marca la erosión de las prerrogativas nacional-soberanas es aspectos específicos— hay que superar la visión de que lo extranjero debe comprenderse en términos de ese Estado-nación como diferenciado de este Estado nación. En términos simples, lo extranjero ya no se puede abordar como una forma de conocimiento limitada, estable, fija (si es que alguna vez se pudo). De hecho, sus contornos están redibujándose constantemente puesto que incluso el Estado funciona ahora en condiciones de una apertura cosmopolita y de interconexiones internacionales potenciadas. Sigue teniendo validez que, en las condiciones actuales en las que se despliega la glocalización económica, el “Estado-nación” continúa siendo la forma de organización política y social más poderosa; véase, por ejemplo, James Elkins, “Beyond ‘Beyond the State’: Rethinking Law and Globalization”, en Austin Sarat, Lawrence Douglas y Martha Umphrey (eds.), *Law without Nations* (Redwood: Stanford University Press, 2011), p. 52: “No hay ninguna razón para pensar que, en general, la globalización jurídica implique inherentemente una pérdida neta de la autoridad estatal [...]. [D]e formas importantes, la globalización puede no implicar una pérdida general de autoridad estatal, sino

marco de las normas —en lo que los funcionarios afirman “que el derecho es” —¹⁰⁰ y en la formulación de explicaciones autorizadas de estas normas, sean judiciales o académicas, que se presentan típicamente como veraces. En palabras de Frederick Schauer, “la descripción del derecho” se sitúa “en el corazón de la perspectiva positivista”¹⁰¹.

He dicho que es innegable que los juristas se preocupan de la interpretación de textos. Además, creo que tampoco es mucho más memorable ver cómo los comparatistas, por su parte, se suelen ocupar de la interpretación de textos-ley *extranjeros*. Ahora bien, según los dogmas positivistas, la interpretación debe funcionar óptimamente como una clase de escritura neutra. Debería actuarse idealmente de una manera escrupulosamente exegética o, por así decirlo, tan psitacísticamente* como sea posible. Desde el punto de vista del positivismo, un comentario —ya sea del juez que analiza una ley o del autor de un manual que analiza una decisión judicial— debe manifestarse en lo que en última instancia es una forma rígida de desciframiento, que obedezca tanto como sea posible a los mandatos de la repetición textual (asertiva). En otras palabras, cuando intentan realizar un comentario interpretativo de las normas jurídicas vigentes —que serán obstinadamente conceptuales y racionales, lo que explicaría el alcance de los textos-ley y su potencial, y lo que eliminaría o reduciría sus aparentes defectos textuales, oscuridades, hiatos o contradicciones—, los positivistas asumen una clase de escritura que pretende desplegarse en gran medida como si careciera de problemas y no estuviera situada; una escritura que muestra su impermeabilidad al rango de vaguedades existenciales que pueden afectar la interpretación; y que fomenta las declaraciones exactas (es decir, no afectadas por la perspectiva o el horizonte propios) sobre “qué es el derecho”. El compromiso de una ley, por ejemplo, con cualquier significado que se mostrara visiblemente exterior a ella equivaldría a una recreación funesta** del texto legislativo y, en cualquier caso, a una recreación inadmisibles por parte del comentador que actúa como expositor. En un mundo jurídico perfecto, la ley, la opinión judicial y el

una *reformulación* de la identidad de los Estados” [énfasis en el original]. Véase, en general, Michael A. Helfand (ed.), *Negotiating State and Non-State Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015).

100 Por ejemplo, Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Deuticke, 1934), p. 64: “El derecho solo cuenta como derecho positivo, es decir, como derecho legislado”. [“Das Recht gilt nur als positives Recht, das heißt: als gesetztes Recht.”] Hans Kelsen describe su modelo como “la teoría del derecho positivo”: *ibid.*, p. 38 [“die Theorie des Rechtspositivismus”].

101 Frederik Schauer, *The Force of Law* (Cambridge: Harvard University Press, 2015), p. 12.

* Adverbio derivado de psitacismo: “método de enseñanza basado exclusivamente en el ejercicio de la memoria”; se usa para indicar el ejercicio repetitivo de una declaración sin comprensión alguna de su significado (*N. del T.*).

** En inglés “wreck-creation”, una combinación de “wreck” (“naufragio”) y “creation” (“creación”), cuya pronunciación en inglés se asemeja a “recreation” (“recreación”). El autor ironiza con la restricción positivista extrema de entender las normas jurídicas solo desde su texto, sin referencia a nada externo a su lenguaje (*N. del T.*).

manual de derecho se disolverían en una igualdad indivisible: *el* derecho. Los positivistas, confiados en que cualquier dificultad, abordada desde un punto de vista analítico, se puede resolver no cesan en su esfuerzo por conseguir la clase de estabilidad o invarianza de significado más fácil de asociar con el teorema de Pitágoras o las leyes de la termodinámica.

Con el paso del tiempo, las reiteraciones deferenciales de los textos-ley mediante decisiones judiciales o manuales pretenden conseguir la estabilización del significado del derecho como *el* significado del derecho, y suministrar, por consiguiente, la clase de certidumbre tranquilizadora que acompaña a la inmovilidad fundamental. Es de hecho un supuesto crucial del positivismo que el compromiso político o el compromiso personal por parte de las autoridades interpretativas deberían reducirse a tal grado que no contaminen la actitud interpretativa y no impidan que la interpretación suministre el acceso *científico* a los textos-ley-como-lo-que-son, algo supuestamente alcanzable. Por consiguiente, para el positivismo el derecho debe ser independientemente identificable y cognoscible *como tal*. Además, debe expresarse apropiadamente en términos que se restrinjan de manera estricta a una mera descripción del derecho. Debido a la pre-ocupación del positivista, hay información que se excluye de la esfera de significado y hay varias cuestiones epistémicas que no deben surgir jamás, y eso permitiría una valoración conceptual supuestamente inmaculada del mundo de la vida, y también un desarrollo supuestamente inmaculado de procesos heurísticos internos que generarían resultados *jurídicos* supuestamente inmaculados, cuando no científicos. En efecto, el positivismo es un régimen epistémico autorreferencial, una inclinación específica de la mente jurídica. Cuando los positivistas reafirman su predilección, promueven el sentido de la única "realidad" de su punto de vista y de su resistencia. También presumen el progreso hacia la perfectibilidad (conceptual) del derecho mediante el uso autorregulatorio y ordenado teleológicamente de lo postulado.

Las citas que siguen, y que considero como ejemplos de la ortodoxia del derecho comparado (y cuyas expresiones provocadoras y molestas me abstengo de resaltar en cursiva), recuerdan con facilidad lo que comparatistas acreditados consideran una práctica interpretativa razonable, unos buenos modales positivistas. En el camino, estos extractos ilustran como la *doxa* está ansiosa por insinuar la obviedad epistémica calmada.

"Como es evidente, la base de todo trabajo jurídico comparado significativo, orientado hacia las normas, es la obtención de la información correcta sobre las normas que se van a comparar"¹⁰².

102 Michael Bogdan, "On the Value and Method of Rule-Comparison in Comparative Law", en Heinz-Peter Mansel et al. (eds.), *Festschrift für Erik Jayme* (Sellier; 2004), p. 1237.

"[Los informes] deberían ser objetivos, es decir, estar libres de toda evaluación crítica"¹⁰³.

"[Los juristas comparatistas] [...] saben que deben apartarse de sus propias preconcepciones doctrinales y jurídicas, y liberarse de su propio contexto cultural para descubrir los conceptos 'neutrales' con los que describir [...] los problemas"¹⁰⁴.

"El derecho redactado a partir del empeño comparativo puede y debe ser 'imparcial', 'desapasionado' y 'neutral'"¹⁰⁵.

"Me preocupa el derecho que existe"¹⁰⁶.

"[Una] explicación debe incluir el derecho como un todo, pero nada más allá del derecho"¹⁰⁷.

"[Se] debe permanecer en los límites del derecho [...] porque la cultura y su relación con las normas e instituciones jurídicas es poco clara"¹⁰⁸.

"Si la imagen presentada por un académico está influenciada por su historia o educación, la colaboración internacional la corregirá"¹⁰⁹.

Cuando estos diferentes comparatistas (sorprendentemente impávidos ante el carácter reduccionista de su sistema hipnótico y sus canales nefastos) anuncian que quieren "como es evidente, [...] información correcta" sobre el derecho extranjero, o *ortorepresentaciones*, en otras palabras, información que esté "libre de toda evaluación crítica"; cuando afirman que su objetivo es "el derecho que existe" y "nada más allá del derecho"; cuando declaran que la "cultura" debe permanecer por fuera de

103 Konrad Zweigert y Heinz Kötz, *Introduction to Comparative Law* (3.ª ed.; trad. Tony Weir; Oxford: Oxford University Press, 1998), p. 43. En la misma página hay también una referencia a "[e]l informe objetivo". Konrad Zweigert y Heinz Kötz son técnicos (si no tuviera tendencia a la compasión, como la tengo, diría que son "meros técnicos"). Sin embargo, escriben desde un punto de vista institucional influyente y produjeron lo que ha sido ampliamente considerado como el texto contemporáneo principal en el campo del derecho comparado. Aunque ha sufrido ataques epistémicos desde diversos lugares, este libro caduco continúa proporcionando el marco en el cual se desarrolla gran parte del trabajo sobre el derecho extranjero. Aparte de la oportunidad de alabar el trabajo de traducción de Tony Weir, me refiero deliberadamente a la traducción inglesa debido a su extendida circulación (y porque el mismo Kötz se implicó en la escritura de la versión inglesa).

104 *Ibid.*, p. 10.

105 Christian von Bar y Ole Lando, "Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code", 10 *European Review of Private Law* 183 (2002), pp. 222 y 228, respectivamente. Si Zweigert y Kötz son técnicos o meros técnicos (*supra* nota 103), entonces Christian von Bar y Ole Lando no son más que charlatanes. Estos dos académicos tuvieron visibilidad en Europa debido a su autonombriamiento al timón de equipos de trabajo dedicados locuazmente en otra época a la formulación de los principios del derecho europeo de contratos o a la redacción de un Código Civil europeo, que se hubiera aplicado en los Estados Miembros de la Unión Europea.

106 James Gordley, "When Is the Use of Foreign Law Possible? A Hard Case: The Protection of Privacy in Europe and the United States", 67 *Louisiana Law Review* 1073 (2007), p. 1081.

107 Ralf Michaels, "Two Paradigms of Jurisdiction", 27 *Michigan Journal of International Law* 1003 (2006), p. 1017.

108 *Ibid.*

109 Konrad Zweigert y Heinz Kötz, *Introduction to Comparative Law*, *supra* nota 103, p. 47. Estos coautores toman prestado este texto de Ernst Rabel y lo citan con aprobación.

su propósito investigativo porque es “poco clara” y que la interacción de la cultura con el derecho es también “poco clara” —lo que efectivamente es una aseveración de que el análisis jurídico debe mantenerse puro (¡*Reine Rechtslehre* cabalga de nuevo!)—; y cuando afirman que pueden y deben “liberarse de su propio contexto cultural” y, por consiguiente, actuar “imparcialmente”, “desapasionadamente”, “neutralmente”, sin que su relato del derecho extranjero se vea “tintado por [...] historia o educación”, están señalando hacia la doctrina positivista interpretativa básica, es decir, la *adoequatio* entre el mundo (jurídico) y la palabra (jurídica)¹¹⁰. Obsérvese que los comparatistas ortodoxos aceptan este recetario descriptivo (esto es lo que hacemos, lo que podemos hacer) y prescriptivamente (esto es lo que debemos hacer, lo que deberíamos hacer). En el proceso, con el propósito de conservar la soberanía epistémica del positivismo jurídico (nótese la equivalencia presupuesta entre “el derecho” y “las normas e instituciones jurídicas”)¹¹¹, su orden imperial e insuperable, estos comparatistas excluyen de su horizonte epistémico la estructura previa de prejuicios, es decir, borran el medio previo a la delimitación de toda interpretación, aquel al que toda interpretación responde de manera inevitable y cuya finitud hace toda interpretación oblicua o marcada por la perspectiva, en lugar de determinativa, aquello que irremediabilmente encierra la interpretación, aquello que siempre actúa como performativo en una economía epistémica del poder. En el mismo sentido, estos comparatistas se comportan como si las cuestiones de atribución —inevitabilmente derivados del “campo” (aun cuando su territorio consiste a menudo solo de anaqueles de bibliotecas o páginas web, que hacen que ahora la investigación del derecho extranjero incluya horas de pantalla)— carecieran de toda relevancia epistémica.

Comparada con la persistencia (perversa) de las obsesiones metafísicas del positivismo, como la compulsión hacia la descripción duplicada unida a la ambición de una conceptualización totalizadora del derecho puro (“¡Nada de cultura, por favor, que somos juristas!”), por no mencionar otras empresas tediosas y sospechosas como el juramento a la *Wertfreiheit* (un positivista no acepta estar involucrado en un proyecto, sino que cree “estar motivado por la pura voluntad de verdad como un reflejo de la estructura de las cosas que están ‘ahí afuera’”)¹¹², “la pregunta por

110 Este movimiento realiza el compromiso cartesiano con la indagación intelectual a partir del pensamiento puro y de la convicción de que la identidad entre el mundo y el pensamiento es valiosa y es un fin alcanzable. Analizo la interconexión entre la ortodoxia del derecho comparado y el cartesianismo en Pierre Legrand, “Paradoxically, Derrida: for a Comparative Legal Studies”, 27 *Cardozo Law Review* 631 (2005), pp. 645-654.

111 *Supra* nota 108.

112 Gianni Vattimo, *Della realtà*, *supra* nota 3, p. 89 [“di essere mosso dalla pura volontà di verità come rispecchiamento della struttura ‘là fuori’ delle cose”].

el *quién* siempre me ha parecido la gran pregunta”¹¹³. En concreto, quiero argumentar que no es posible que el comparatista más comprometido ideológicamente con la forma más fuerte de positivismo imaginable —por ejemplo, alguien todavía más positivista que un comparatista de Hamburgo o formado allí— pueda escapar a la función epistémicamente constitutiva de la estructura previa de prejuicios o eludir el proceso de invención que caracteriza la interacción del intérprete con los textos jurídicos. De nuevo, no hay ninguna razón concebible por la cual, cuando se trata del derecho extranjero, de textos de derecho extranjero y de su interpretación, el comparatista debería gozar, no se sabe cómo, de una forma de inmunidad epistémica con respecto a la estructura previa de prejuicios y el proceso de invención. Si bien defiendo la perspectiva de que lo extranjero nos presenta exigencias especiales —hay una *Verfremdungseffekt*— y que para el lector inglés, por ejemplo, la poesía de René Char en francés o de Celan en alemán crea una situación interpretativa que lo desafía de una forma diferente a la manera en que la poesía de W. H. Auden o de Philip Larkin lo interpela (ya sea solo porque la demanda está lejos de ser estrictamente lingüística e implica también, en el sentido más amplio del término, cultura —¡sí, *cultura!*!)¹¹⁴, desde un punto de vista ontológico sigue siendo cierto que no hay nada que distinga la textualidad de una decisión judicial extranjera de la de un caso local. En lo material, ambos documentos consisten en palabras, frases y párrafos, y las palabras extranjeras son tan lábiles en lo estructural como las locales. Este argumento tiene que imponerse puesto que, de nuevo, no hay ninguna decisión judicial intrínsecamente extranjera: aunque un caso francés es extranjero desde el punto de vista de un comparatista singapurense, esa misma decisión es local para el jurista francés. Una afirmación análoga puede hacerse en lo que respecta al intérprete. Sin duda, la configuración epistémica en la que opera un intérprete belga frente al derecho belga difiere en aspectos cruciales del caso en el que un intérprete belga aborda el derecho australiano. Sin embargo, en ambos casos el intérprete es la misma persona. Es claro que no es creíble mantener que en una situación el intérprete tendría que ocuparse de la estructura previa de prejuicios y del proceso de invención, mientras que en la otra se metamorfosearía misteriosamente en un individuo capaz “de liberar[se] de [su] propio contexto cultural” y actuaría de manera “imparcial”, “desapasionada” y “neutral”. Imaginemos un intérprete belga

113 Jacques Derrida y Maurizio Ferraris, “*Il gusto del segreto*” (Laterza, 1997 [1994]), p. 38 [“la demanda *chi mi sembra sempre la grande domanda*”] (énfasis en el original). Las palabras son de Derrida y la traducción del francés es de Maurizio Ferrari. Esta traducción italiana se considera la publicación “original” del argumento de Derrida. El texto de Derrida sigue sin estar disponible en francés, el lenguaje en el que se enunció originalmente.

114 En beneficio de los comparatistas y con referencia específica al derecho extranjero, sondeo la “cultura” en Pierre Legrand, “Comparative Legal Studies and the Matter of Authenticity”, 1 *Journal of Comparative Law* 365 (2006), pp. 374-393.

que trabaja con el derecho belga en la mañana de un jueves y con el derecho australiano en la tarde de ese mismo día. ¿La metamorfosis epistémica tendría lugar tras almorzarse un *waterzooi*, el estofado belga típico, digamos tal vez justo después de la segunda copa de Chassagne-Montrachet?

Por consiguiente, mi argumento es que, exactamente de la misma forma que cualquier otro intérprete en el mundo, un comparatista tiene que apoyarse en una estructura previa de prejuicios a la hora de efectuar cualquier acto de atribución de significado. Mi argumento adicional es que el comparatista, igual que cualquier otro abogado local que trabaje textos jurídicos en su propio lenguaje, pone en práctica un proceso de invención cuando se propone darle sentido al derecho extranjero que tiene ante sí. Para enunciar la cuestión con precisión (y para hacerlo, de manera deliberada, en primera persona del singular): “Ya no puedo seguir actuando como si no hubiera caído en esto, en mi situación”¹¹⁵. Quiero ahora completar mi análisis con la introducción del argumento de que el comparatista, cuando interpreta el derecho extranjero a partir de su estructura previa de prejuicios y mediante la invención, introduce inevitablemente elementos autobiográficos en su lectura del derecho extranjero, inextricablemente entretejidos con el derecho extranjero re-presentado, y que, teniendo en cuenta su carácter primordial, no se pueden separar del “derecho-extranjero-como-es-representado”. Aun cuando el estudio del derecho extranjero quiere ocultar sus vínculos con las vidas de los comparatistas, el hecho epistémico es que cuando el comparatista estudia el derecho extranjero, cuando encaja los detalles que ha cosechado en una nueva formación, el yo autor se textualiza: se inscribe —se escribe— en el texto sobre derecho extranjero, se disemina a lo largo del texto y, por consiguiente, a lo largo del “derecho-extranjero-como-es-representado”, si bien a menudo de forma apenas discernible (aunque sostengo que las características orientadoras de la intervención del yo, puesto que surgen estructuralmente del lugar de enunciación¹¹⁶, tienen efectos que son, en principio, revelables en última instancia). Por las mismas razones que ya he explicado, nótese que la “interpretación como autobiografía” no caracteriza solo el derecho comparado y debe aplicarse a situaciones que implican interpretaciones del mundo en un sentido más amplio, por ejemplo, a las situaciones en que el foco interpretativo recae específicamente en el derecho local, lo que significa que la palabra “extranjero” se puede eliminar del título que le he dado a este escrito. Sin embargo, puesto que hay una multitud de circunstancias, muchas más allá de mi control, que me han llevado a habitar

115 Peter Sloterdijk, *Nicht gerettet: Versuche nach Heidegger* (Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 2001), p. 32 [“Ich kann nicht länger so tun, als sei ich nicht in diese meine Situation gefallen”].

116 “Hace falta comenzar en algún lugar en el que nos encontramos”, “[a]lgún lugar en el que somos: en un texto en el que creemos estar ya”: Jacques Derrida, *De la grammatologie*, *supra* nota 57, p. 233 [“Il faut commencer quelque part où nous sommes” / “(q)uelque part où nous sommes: en un texte déjà où nous croyons être”] (énfasis en el original).

el mundo y el derecho sobre todo como comparatista, el resto de mi crítica se dirige espontáneamente al comparatismo, es decir, a las situaciones en las que, por la razón que sea, un jurista intenta *darle sentido al derecho extranjero*. (Las palabras “darle sentido al derecho extranjero” recogen en su emparejamiento las dos caras del proceso de invención que estoy contemplando: la persona fabrica el significado perteneciente a una entidad textual que existe fuera de uno mismo.)

*

Si se expresa la cuestión en términos económicos, mi tesis es que no hay derecho extranjero recuperable más allá de la representación que haga el comparatista de él y, por consiguiente, nada distinto de lo que sería la traducción de ese derecho al lenguaje del comparatista (la expresión “lenguaje” ha de comprenderse en el sentido más amplio). Obsérvese que la traducción se manifiesta en dos etapas, de manera que de forma efectiva la investigación acabe en el derecho extranjero. De manera premonitoria, cuando el comparatista se aproxima al derecho extranjero debe recurrir a sus categorías, concepciones y palabras para abrir su camino epistémico. Por lo tanto, cuando el jurista estadounidense se encuentra con las decisiones judiciales francesas, se apoya de forma inevitable, tal vez involuntaria, en su conocimiento de las decisiones judiciales estadounidenses (en qué es un tribunal más que en qué es una asamblea legislativa, en qué es un juez y no en qué es un sacerdote, en qué es una sentencia y no en qué es un poema). Al final de la investigación, el comparatista debe recurrir a sus categorías, concepciones y palabras una vez más —las únicas categorías, concepciones y palabras que tiene a su disposición— con el fin de poder escribir sobre derecho extranjero. En otras palabras, se podría decir del derecho extranjero lo que Gadamer escribe sobre las humanidades en general: que “el conocimiento [de algo externo] siempre incorpora algo de autoconocimiento sobre ello”¹¹⁷, o lo que David Rodowick defiende sobre la interpretación en sentido amplio, que “toda interpretación implica un grado de autointerpretación incorporada a una corriente de acción”¹¹⁸. De esto se deriva que la identificación de lo extranjero no se puede entender que establezca una frontera clara entre lo externo (el mundo del otro) y lo interno (el “propio” mundo del derecho del comparatista).

Lo extranjero lleva inevitablemente la marca del yo, al menos por otra razón adicional, y es que no puede haber un estudio del derecho extranjero independiente de algún fin. Cuando quiera que el comparatista procede

117 Hans-Georg Gadamer, “Wahrheit in den Geisteswissenschaften”, en *Gesammelte Werke* vol. II (Tübingen: Mohr Siebeck, 1986 [1953]), p. 40 [“Geisteswissenschaftliche Erkenntnis hat immer etwas von Selbsterkenntnis an sich”].

118 David N. Rodowick, “The Value of Being Disagreeable”, 39 *Critical Inquiry* 592 (2013), p. 608.

a identificar, interpretar y enunciar el derecho extranjero, está *interesado*, es decir, tiene un interés en el sentido de que, como mínimo, aborda el derecho extranjero por alguna razón, y esa razón es *su* razón, lo que significa que el comparatista tiene su razón para abordar el derecho extranjero, y que su vida se desplegará en su comprensión del derecho extranjero por cuenta de esa razón. En otras palabras, aun cuando presta atención al derecho extranjero, el comparatista, tal vez de forma contraintuitiva, actúa para sí mismo de una manera tan elemental que la configuración del derecho extranjero que inscribe se muestra inseparable de su interés; eso, en principio, es un hecho verificable empíricamente mediante un análisis textual. Como es obvio, no es que la investigación del derecho extranjero se confunda con una indagación sobre el ser del comparatista (que lleve potencialmente a una posición de autocontemplación narcisista), pero ninguna inscripción del resultado de una investigación sobre derecho extranjero se puede divorciar de la acción propia por parte de su instigador¹¹⁹. Obsérvese que la integración entre el derecho extranjero y el yo del comparatista va más allá de la coextensión, que supone la separabilidad, la mensurabilidad, la divisibilidad y la identificabilidad. No es que la condición del yo y la condición del texto caminen en paralelo o se sucedan, sino que se encajan entre sí, se mezclan —una situación que puede ser conspicua¹²⁰, pero que también puede expresarse de manera furtiva¹²¹, e incluso velada—¹²². Sin embargo, esta síntesis de la presencia del yo en el derecho extranjero requiere una explicación más completa.

No es que el otro derecho sea inenarrable, ni tampoco que una descripción del otro derecho quede *reducida* inevitablemente al yo. En vez de eso, lo que quiero decir es que el otro derecho, cuando abordamos su discursividad, por ejemplo, como se manifiesta en un lenguaje, irrumpe inevitable en el yo o mediante el yo que se ha dirigido hacia ese derecho. Es

119 Cfr. Jacques Derrida, *Force de loi* (París: Galilée, 1994), p. 59: "[T]odo enunciado constativo se apoya en una estructura performativa, al menos implícitamente". ["Tout énoncé constatif repos(e) lui-même sur une structure performative au moins implicite".]

120 Por ejemplo, James Gordley, *Foundations of Private Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006), p. 239: "[L]os sistemas de derecho civil están más inclinados a permitir indemnizaciones por cualquier violación de la dignidad y la reputación [...]. Creo que la razón está en la diferente manera en que se consideran estos derechos". La palabra "creo" muestra abiertamente la proclividad personal a insertarse en la explicación del derecho extranjero.

121 Por ejemplo, *ibid.*, p. 258: "En mi mente, muchas de las diferencias desaparecerían si los tribunales estadounidenses acordaran que hay casos claros en los que la revelación de información que perjudica a alguien tiene poco o ningún valor para el público, y si los tribunales de derecho civil estuvieran de acuerdo en que la prensa debería publicar asuntos que no causan daño a nadie, aun si contribuyen poco o nada a la educación pública". Las palabras "En mi mente, muchas de las diferencias desaparecerían" revelan subrepticamente una insatisfacción con las decisiones judiciales que se han estudiado. De nuevo, ese desacuerdo se convierte en parte integral del informe sobre el derecho extranjero.

122 Por ejemplo, *ibid.*, p. 230: "Se puede observar un grado notable de continuidad en el derecho civil". Las palabras "un grado notable de continuidad", que se presentan asertivamente, consisten en efecto en una interpretación personal de materiales que el comparatista ha escogido considerar. Una vez más, la contribución del comparatista se integra en su informe del derecho extranjero.

importante señalar que esto pasa porque el lenguaje en que surge el otro derecho es el del yo, no en el sentido en el que sería poseído por el yo (el lenguaje, entendido como un sistema de signos, no le pertenece a nadie, o al menos uno le pertenece al lenguaje más de lo que el lenguaje le pertenece a uno)¹²³, sino en la forma en que se moviliza como una extensión del yo. Debido a que el otro derecho se cuenta, y solo puede contarse, por el discurso que emplea el yo como medio de autoexpresión, la otredad jurídica está sujeta necesariamente a esta manifestación específica de la mismidad. Todo discurso imbuido éticamente con respecto al derecho extranjero debe reconocer el hecho de que el otro derecho se desenvuelve en el lenguaje del yo, y que este lenguaje, sin que importe cuán hospitalario se pretenda, no puede conseguir preservar de forma impecable la otredad: la hospitalidad absoluta no es realizable. Aun cuando se pretenda reconocer al otro y mostrar respeto por él, el lenguaje del yo actúa la propia experiencia de irreconocibilidad e irrespeto en el momento en que sitúa al otro bajo su ascendencia. La proyección del yo que caracteriza el derecho extranjero garantiza así que lo que sea que el comparatista presente como “derecho extranjero” será, de hecho, su “propia” presentación, en su “propio” lenguaje, inevitablemente diferente de cualquier otra presentación que pueda haber ocurrido ante en el derecho “propio” del otro —de nuevo, una representación, una iteración, un neografismo, una reanudación necesariamente singular que puede considerarse, de hecho y más apropiadamente, como una invención—. (Obsérvese, no obstante, que la persistencia del yo, la irreductibilidad de la presencia del yo en el trabajo sobre el derecho extranjero, debe considerarse que cualifica el potencial crítico o emancipatorio de toda incursión en lo extranjero. No hay ningún estudio de derecho extranjero que pueda celebrarse, en consecuencia, y como se supone, como antídoto incondicionado frente al provincialismo.)

Decir que el otro derecho existe en el lenguaje del yo debe significar, por consiguiente, que, una vez que se ha movido de una lengua a otra, el otro derecho existe —y está condenado a existir— en una forma discursiva distorsionada. Usar la palabra francesa “contrat” para analizar, en francés, el “contract” inglés es importar, domesticar, indigenizar y, por lo tanto, distorsionar el derecho inglés¹²⁴, aun si “la distorsión es indetectable desde el punto de vista de la experiencia en el marco recibido de interpretación, puesto que [...] [este marco] es capaz de acomodar toda evidencia, textual y de otras clases, dentro de sí”¹²⁵. Es “enugar [el derecho extranjero] a

123 Véase Jacques Derrida, *Apprendre à vivre enfin* (edición de J. Birnbaum; París: Galilée, 2005†), p. 39.

Para una afirmación análoga con respecto a la literatura véase Roland Barthes, *Essais critiques* (París: Editions du Seuil, 1964), p. 14. Roland Barthes argumenta que el material crudo de la literatura no es lo innombrable sino lo nombrado, puesto que el lenguaje siempre es anterior a toda escritura.

124 Cfr. Samuel Beckett, *Ill Seen Ill Said in Company/III Seen Ill Said/Worstward Ho/Stirrings Still* (edición de D. Van Hulle; Faber y Faber, 2009[1981]), p. 51: “[W]hat is the word? What the wrong word?”.

125 Marina Vitkin, “The ‘Fusion of Horizons’ on Knowledge and Alterity”, 21 *Philosophy and Social Criticism* 57 (1995), p. 75, n. 8.

la fuerza en un marco de referencia ajeno [a él]"¹²⁶, *asemejarlo*. El hecho es que incluso si la palabra "contrat" hace posible la transición del "contract" de una estructura gramatical al significado, está también, al mismo tiempo, siempre ahí, desde ya, lo que hace imposible que ese cruce ocurra en una forma fiable o estable epistémicamente frente a la fuente del lenguaje. De hecho, el "lenguaje es monólogo", habla "*solitariamente*", lo que en derecho comparado indica una naturaleza lingüística recalitrante a la recepción de la otredad, que va más allá de la dificultad¹²⁷.

El comparatista está siempre dirigiendo su estudio hacia un punto de llegada subterráneo, que es *la edificación de su yo*: lo hace cuando su mente presta atención a un derecho que es extraño al derecho en que ha sido socializado, un derecho que afirma ser extranjero con respecto a "su" derecho (que se supone no-extranjero); cuando considera que el derecho extranjero que va a examinar, por lo tanto, se encuentra en textos revelables o visibles, como textos que se pueden descubrir y conocer, como textos que se pueden apreciar y que arrojan perspectivas reveladoras sobre el derecho del otro o sobre la otredad en el derecho; cuando espera poder "aprender a aprender a partir de lo singular"¹²⁸; cuando está convencido del uso productivo que se le pueda dar al estudio de la diferencia inconmensurable entre derechos, aunque sea consciente de que ninguna combinación (o *agencement*) de la información sobre el derecho extranjero será nunca adecuada para eso, con lo que acepta en última instancia que lo mejor que conseguirá —y verá valor en esa tarea— es generar una comprensión incipiente del otro derecho en las palabras propias (es decir, en las palabras de su propio lenguaje). En su nivel más rudimentario, el comparatista se guía por el deseo. La disposición facilitadora y estructuradora del impulso conlleva una transferencia de energía psíquica, ya esté dirigida a calmar la ambición del conocimiento, la creación de una impresión favorable en los colegas, la oportunidad de establecerse como una autoridad (o, por lo menos, como una referencia ineludible), la promoción de ciertos valores políticos con los que se está comprometido, la mejora de la posibilidad de promoción profesional o *cualquier otra cosa*. Con independencia de si se aprecia o no ese hecho, todo comparatista aborda el derecho comparado de una forma que es, en su fundamento, autorreferencial o personal en sentido estricto, que está dirigida a mejorar la situación del yo: la satisfacción del deseo no es un asunto de realidad objetiva, no depende de

126 *Ibid.*, p. 58.

127 Martin Heidegger, *Unterwegs zur Sprache* (Tübingen: Neske, 1959), p. 265 ["die Sprache ist Monolog"/"einsam"] (énfasis en el original). Aunque me centro en el comparatismo, también se podría subrayar una configuración local y exclamar: "[H]ablamos el mismo lenguaje y, sin embargo, no te comprendo...": Gilles Deleuze y Félix Guattari, *Qu'est-ce que la philosophie?* (Paris: Editions de Minuit, 1991), p. 105 ["(N)ous parlons la même langue, et pourtant je ne vous comprends pas..."].

128 Gayatri C. Spivak, *A Critique of Postcolonial Reason* (Cambridge: Harvard University Press, 1999), p. 145, n. 49.

un objeto, no está orientada hacia los objetos ni es intransitiva; más bien, el deseo remite a la capacidad de uno mismo de satisfacerse, pertenece al placer. El deseo es por uno mismo, una condición que prevalece aun cuando el comparatista eluda todo intento de subordinar, domesticar y reducir el texto que está leyendo a una perspectiva que encaje con su propio modelo presupuesto. Al ser el impulso —el impulso del texto— hacia el derecho extranjero una expresión de un deseo, se puede afirmar de la investigación sobre el derecho extranjero lo que Heidegger afirma sobre la comprensión: que “nunca fluye libremente sino que siempre está sintonizada [con algo]”¹²⁹. Ni siquiera cuando el yo está profundamente inmerso en los entresijos del derecho extranjero, el yo deja a un lado totalmente el *Bildungsprozess* que se está desarrollando, lo que quiere decir que, en efecto, el yo del comparatista nunca se retira de la escena en la que está presentando el derecho extranjero, en la que lo proyecta y articula en términos de su ensamblaje discursivo (*o agencement*)¹³⁰. El comparatista no puede pensar a partir del deseo; si se prefiere, “el deseo muestra una necesidad, confiere un nombre, una voz”¹³¹. Sin embargo, lo que ocurre es que ese ejercicio de autosatisfacción (que también es una manifestación de la soberanía propia sobre el otro) impide de forma efectiva que el yo sea completamente acogedor del otro derecho.

A pesar de que la totalidad del proyecto de la investigación comparada se propone celebrar la otredad —de que está dirigido hacia el otro, de que se caracteriza por una apertura frente al otro, de que le da la bienvenida al otro, de que de hecho busca validar el otro—, aunque el estudio del derecho extranjero sea intrínsecamente antisolipsista, lo que lo hace complicado es que está inextricablemente imbricado en el yo. De hecho, “tras la aparente generosidad de la comparación, siempre está al acecho la agresión de una tesis”: siempre se perpetra alguna forma de violencia epistémica¹³². Ninguna transfusión de empatía por muy sustancial que sea permitirá un pensamiento orientado estrictamente hacia el otro, con independencia de cuán grande sea la parte del yo que estamos dispuestos a dejar precaria y vulnerable a la mirada del otro presente que lo juzga;

129 Martin Heidegger, *Sein und Zeit*, *supra* nota 12, p. 339 [“nie freischwebend, sondern immer befindliches”].

130 *Supra* nota 60.

131 Sarah Wood, *Without Mastery: Reading and Other Forces*, *supra* nota 87, p. 31.

132 Rajagopalan Radhakrishnan, “Why Compare?”, en Rita Felski, y Susan Stanford Friedman (eds.), *Comparison* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2013), p. 16. Como ocurre muchas veces, el derecho comparado agudiza aquí el discernimiento de problemáticas que están más allá del campo. Considérese Heidegger: “Sin duda, con el fin de expresar lo que las palabras dicen, qué es lo que quieren decir, toda interpretación debe usar necesariamente la violencia. Sin embargo, esa violencia no puede ser arbitrariedad errabunda”: Martin Heidegger, *Kant und das Problem der Metaphysik* (Fráncfort: Klostermann, 2010 [1929]), p. 202 [“Um freilich dem, was die Wortesagen, dasjenige abzurufen, was sie sagen wollen, muß jede Interpretation notwendig Gewalt brauchen. Solche Gewalt aber kann nicht schweifende Willkür sein”].

con independencia de cuán dispuesto esté el yo a comparecer. Aun cuando el yo intenta pensarse como si *él* fuera el otro, el interés propio del yo toma precedencia sobre el otro. Además, no solo la investigación comparada realizada por un sujeto es sobre el yo, sino que se podría decir que el comparatista le escribe *al* yo: está actuando en modo vocativo interno, por así decirlo. Todo relato comparado está, por consiguiente, fundamentado en un coloquio del autor consigo mismo. (Por lo tanto, es importante cuando se considera la inscripción del comparatista que la pretendida referencialidad del texto de derecho extranjero no sea sin más reemplazada por la autorreferencialidad del comparatista. Su lectura debe a su vez deconstruirse —la mecánica de su estrategia expositiva debe ser expuesta a una metacrítica— y mucho menos debe permitirse que se afirme un proceso autoconstruido de reivindicación del yo.)

Por consiguiente, la mismidad debe verse cosida, a veces con puntadas apenas apreciables, al derecho comparado que produzca el comparatista. Al final, el derecho extranjero no se puede destejer de la hegemonía del yo, lo que significa que hay que entender todo estudio de derecho extranjero como inspirado por una fuerza autobiográfica irresistible. Una conclusión importante es que el derecho extranjero que se formula al final del proceso interpretativo no es necesariamente imparcial, objetivo, neutral o cosas parecidas. Otro corolario es que al estar el derecho extranjero imbricado con el yo que compara, al ser el texto-ley sobre lo extranjero *encarnacional*, lo llamado “extranjero” no es tan extranjero para el comparatista después de todo. Este hecho se le puede escapar al comparatista, puesto que el rasgo autobiográfico de su inscripción, aunque está inevitablemente presente, puede mostrar una presencia menos que ostentosa y, por lo tanto, no lograrse la plena conciencia. Pudiera ser perfectamente que la constatación del aporte autobiográfico del comparatista —el desciframiento de los rasgos autobiográficos (de un carácter psicobiográfico)— requiriera *leer entre líneas*¹³³.

133 De manera algo irreflexiva, la identidad de un texto se suele predicar a partir de una concepción de presencia como visibilidad. Derrida refuta nuestra comprensión habitual de que la presencia de un texto —lo que está presente como texto— se pueda confinar de esa manera a la dimensión gráfica del texto. En el proceso, reclama una política de la lectura (y de la memoria) diferente. En pocas palabras, el concepto de “presencia” es más complejo de lo que se presume. Lo que es visible está, como es evidente, presente. Por consiguiente, las palabras contenidas en la página son evidentemente una parte importante de la presencia del texto. Sin embargo, su presencia grafomática no es toda la presencia de un texto. El texto, por así decirlo, no coincide con su superficie gráfica. En concreto, algo puede presentarse como texto —y de hecho ser parte constitutiva, de pleno derecho, de un texto— aun si no está presente gráficamente. La idea de Derrida es que un texto consiste en su dimensión visible —esto sería la parte gráfica del mismo— y que también está constituido por un aspecto invisible. Este elemento imperceptible, al menos igual de constitutivo de la textualidad, es lo que llama “rastro”. Además de sus características gráficas, un texto, estando siempre ya inscrito en el mundo (nadie puede imaginar siquiera un texto que exista “en el aire”), está creado, por lo tanto, a partir de una conjunción intrincada de un número infinito de rastros. Sin duda, esta conjunción de rastros heterogéneos —este plural singular— no le salta a los ojos al intérprete, pero está ahí, siquiera espectralmente; es también, el texto. Le exige al intérprete (digamos, al comparatista) que busque el rastro del texto (digamos, el derecho extranjero) en los hilos invisibles que componen ese tejido.

Ahora bien, la presencia inquietante del deseo en lo capturado y en el derecho extranjero posteriormente expresado —una vez más, afirmo que el deseo no ocupa todo conocimiento o toda expresión del derecho extranjero— debe verse como un impedimento fatal para que el positivismo logre su ideal constante, que se encarna en la descripción pura del derecho vigente como derecho puro. Si así fuera, el positivismo apoyaría de hecho la desaparición del comparatista aun cuando está cumpliendo con la tarea que lo hace comparatista. Para el positivismo, el comparatista debería sacrificarse o, si así se prefiere, abandonarse al derecho extranjero que está investigando con el fin de mantener ese derecho extranjero inmaculado, impoluto frente a algún aporte interpretativo por parte del comparatista. Desde el punto de vista del positivismo, el comparatista solo puede existir legítimamente en la situación comparativa en la medida en que desaparezca de ella, en que no deje su señal contingente en ella. Pero si el comparatista tiene que desaparecer, ¿quién estará relatando el derecho extranjero? Mantengo que la presencia del comparatista es necesaria para cualquier apreciación o inscripción de lo extranjero. Además, y puesto que el deseo proyecta necesariamente su presencia espectral en el comparatista y, por lo tanto, en la delineación y la representación del derecho extranjero que produce el comparatista, que se genera como una extensión del yo, de ahí se deriva que la presencia del deseo infringe inevitablemente el proceso de invención del derecho extranjero. En la medida en que cancela cualquier distinción nítida entre sujeto y objeto, el ensamblaje quiasmático o el trenzado sinérgico entre deseo y repetición conduce inevitablemente al fracaso del positivismo. Aunque el derecho extranjero, en su existencia, está firmado —ha sido elaborado por los individuos (digamos, miembros de las asambleas legislativas o jueces)—, el informe del comparatista parece ser un refrendo, una segunda firma. Mantengo que se requiere el refrendo del deseo en el relato —en cualquier relato— del derecho extranjero. El deseo del comparatista existe, por consiguiente, como una característica imborrable de toda expresión del derecho extranjero, aun cuando el comparatista le otorgue su lealtad última al derecho extranjero y aun cuando busque de manera consciente evitar cualquier transgresión de aquel. Nótese que la deambulación y la divagación, inherentes al hecho de que el comparatista actúa desde su mundo de la vida específico (incluido “su” lenguaje), no están libres de ansiedad. Así, Barthes se refiere a las “dolorosas dificultades”, una expresión que explica como sigue: “Deliberaciones, decisiones incompletas, difíciles; tribulaciones de

Es cuestión de darle sentido al texto de una forma significativa y de hacerle justicia. En palabras de Catherine Belsey, “la interpretación requerirá estar familiarizado, tanto como sea humanamente posible, con el máximo número de esos rastros que constituyen la diferencia —la singularidad— del texto”. Catherine Belsey, *Criticism*, *supra* nota 63, p. 116. Exploro el asunto de la presencia textual con mayor detalle en Pierre Legrand, “Siting Foreign Law: How Derrida Can Help”, 21 *Duke Journal of Comparative and International Law* 595 (2011).

la voluntad y el deseo, dudas, desánimos, juicios, bloqueos, obscuridades [...]; toda una peregrinación”¹³⁴.

El positivismo anhela la inmovilidad del significado, mientras que todo lo que puede producir un comparatista es indecidibilidad interpretativa, es decir, *un indecidible*. De nuevo, todo texto-ley extranjero exige elucidación. Sin embargo, un ser humano —un comparatista que actúa como un intérprete del derecho extranjero *es* un ser humano— es incapaz obviamente de ocupar una posición transcendental que le permita formular una lectura del texto-ley extranjero no informada por su ser-en-el-mundo deseoso, en tanto él encarna o incorpora su condición existencial. Considérese esta explicación de Heidegger en una de sus primeras cartas: “Trabajo en la realidad, fácticamente, a partir de mi ‘Yo soy’ —a partir de mi origen espiritual, de hecho fáctico—, mi entorno —desde mis conexiones de vida, desde lo que es, desde ahí, accesible como experiencia de vida, desde aquello que yo vivo—”¹³⁵. A medida que el comparatista se embarca en su estrategia de invención del significado textual, aplica —*solo* puede aplicar y, de hecho, *debe* aplicar— su estructura previa de prejuicios. Es él —digamos, un jurista francófono francés formado en París— el que pretenderá de forma activa darle sentido, por ejemplo, al derecho inglés. Es él, y no ningún otro. Pero puesto que el significado que le adscribirá al derecho inglés no puede anteceder al hecho de interpretación, porque el derecho inglés ya está a la espera de ser interpretado para poder significar, puesto que su significado se formula mediante la interpretación, debe ser relevante quién es el que lo formula. ¿Cómo podría imaginarse un acto de interpretación en el que no apareciera, en algún nivel básico, la persona (y las circunstancias) del intérprete? En lo que se refiere al acto de la interpretación, si puedo expresar mi idea recurriendo a una expresión familiar, el *interpretandum* y el *interpretans* están juntos en este asunto¹³⁶.

134 Roland Barthes, *La Préparation du roman* (edición de Nathalie Léger; París: Editions du Seuil, 2003 [1978-1980]), p. 235 [“douloureuses difficultés”/“(D)élibérations, décisions partielles, difficiles, tribulations de la volonté et du désir; doutes, découragements, épreuves, blocages, obscurités (...) toute une pérégrination”] (énfasis en el original). Ese libro transcribe los cursos y los seminarios que Barthes dictó en el Colegio de Francia.

135 Martin Heidegger, “Letter to Karl Löwith”, en Dietrich Papenfuss y Otto Pöggeler (eds.), *Zur philosophischen Aktualität Heideggers vol. II* (Fráncfort: Klostermann, 1990 [1921]), p. 29 [“Ich arbeite konkret faktisch aus meinem ‘ich bin’ — aus meiner geistigen überhaupt faktischen Herkunft — Milieu — Lebenszusammenhängen, aus dem, was mir von da zugänglich ist als lebendige Erfahrung, worin ich lebe”]. Heidegger reconoce que incluso “la investigación ontológica que [él] lleva a cabo está determinada por su situación histórica”: Martin Heidegger, *Die Grundprobleme der Phänomenologie* (edición de Friedrich-Wilhelm von Herrmann; Fráncfort: Klostermann, 2005 [1927]), p. 31 [“die ontologische Untersuchung, die (e)r jetzt vollzieh(t), ist durch ihre geschichtliche Lage bestimmt”].

136 Peter Sloterdijk expresa este ensamblaje en términos convincentes. Para un estudio detallado véase Pierre Legrand, “Negative Comparative Law”, *10/2 Journal of Comparative Law* 405 (2015), pp. 414-416.

Debido a que el intérprete es un “intérprete situado”, puesto que no existe en un no-lugar, y teniendo en cuenta que su situación va a orientar su interpretación —¡recordemos a Acosta!—, el derecho extranjero, tal y como aparece en el comentario del comparatista, existirá por consiguiente como un derecho extranjero que está afectado por completo por el yo. Es importante señalar —y aquí es cuando alejarse del positivismo muestra toda su fuerza— que el relato del comparatista del derecho extranjero no se puede contemplar como un informe en el que, como lo querría un positivismo, un término (el derecho extranjero) conseguiría de alguna forma eliminar al otro (el comparatista). No es que haya una superación o una elevación de la heterogeneidad mediante la cual el relato del derecho extranjero sería capaz de disolverse en la mismidad (ahora solo habría un texto-ley extranjero, solo el otro, hasta la exclusión del comparatista, del intérprete, del yo). En lugar de eso, el relato comparado, lejos de eliminar uno de los dos términos, introduce un tercer término. Específicamente, el tercer término de la estructura —el relato—, en lugar de aniquilar el yo, media entre el yo (el comparatista) y el otro (el derecho extranjero), es decir, el relato mantiene ambos términos vivos, incluso si el quiasmo presente diluye efectivamente la distinción entre ellos¹³⁷. Sin embargo, en ningún momento el yo (el comparatista) desaparece ante el otro (el texto-ley extranjero). Por lo tanto, el informe del comparatista junta al yo y al otro, aun cuando los dos términos continúan diferenciándose, de hecho, son *irreconciliables* (el yo no puede ser el otro y viceversa). Si así se quiere, *el relato reconcilia lo irreconciliable*. En otras palabras, incluso la conexión entre el yo (el comparatista) y el otro (el texto-ley extranjero) que permite el texto no puede evitar la desconexión insistente entre los dos términos interactuantes: la conjunción no puede eliminar la disyunción. En la medida en que los límites entre el yo y el otro se fragmentan, en la medida en que la *idea* habitual de los límites entre el yo y el otro tiembla, ocurre una “crisis del *versus*”¹³⁸. En síntesis, el informe del comparatista no se resuelve únicamente mediante el texto-ley extranjero (o únicamente mediante el comparatista; es evidente que el comparatista no puede hacer lo que quiera con el derecho extranjero: está *ese* derecho extranjero, *esas* palabras, *ahí*, que le constriñen). Ni tampoco el texto de derecho extranjero como tal revela, en su interior, dónde comienza la presencia del derecho extranjero y dónde termina la del comparatista. En otras palabras, se produce una transformación esencial del binario, “un cuestionamiento de la naturaleza misma de la dualidad y, en última instancia, de la unicidad también. [...] Uno es demasiado poco, dos son demasiados”¹³⁹.

137 Cfr: Catherine Belsey, *Criticism*, *supra* nota 63, p. 115: “[L]a indecibilidad mantiene el texto vivo”.

138 Jacques Derrida, *La Dissémination*, *supra* nota 38, p. 35 [“(c)rise du versus”] (énfasis en el original).

139 Karen Barad, “Quantum Entanglements and Hauntological Relations of Inheritance: Dis/continuities, SpaceTime Enfoldings, and Justice-to-Come”, 3 *Derrida Today* 240 (2010), p. 251.

Considérense los tres ejemplos que he ofrecido: en cada caso, el relato del comparatista es el relato del *derecho extranjero* del comparatista, que es el *relato del comparatista* del derecho extranjero¹⁴⁰. La delineación entre las zonas de influencia que pertenecen al derecho extranjero y al comparatista es, propiamente dicho, indecible. En el informe, en lugar de encontrarse alguna síntesis, persiste un antagonismo, e incluso una guerra, en cuanto el aspecto deliberado del otro del relato compite por la supremacía interpretativa con el aspecto deliberado del yo en torno a ese relato. La situación recuerda al *pharmakon* de Derrida, que es a la vez remedio y veneno¹⁴¹. El informe del comparatista es una medida correctiva frente al derecho extranjero en tanto permite que el derecho extranjero viva mediante la desterritorialización, se despliegue más allá de su provincia asignada, goce de una existencia difundida. Sin embargo, el texto del comparatista es también venenoso para el derecho extranjero, puesto que cuando el comparatista utiliza ese derecho deseosamente, destruye lo extranjero, entre otras cosas por el hecho mismo de que lo formula en una lengua que no es la del derecho extranjero. Es inevitable que cada acto de enunciación, sin el cual nada puede pasar, transforme, asimile y, de esa forma, ataque lo que registra¹⁴².

¿Y qué pasa con las palabras “Se puede observar un grado destacable de continuidad en el derecho civil”?¹⁴³. La expresión “un grado destacable de continuidad” muestra un compromiso axiológico que implica, por lo general, una conversación con uno mismo, inseparable de una evaluación ética del “otro en el derecho”, un intercambio que depende de la experiencia y que pretende extender el control del comparatista sobre el derecho civil (sobre su apreciación del mismo), un proceso interpretativo profundamente arraigado en su cultura. Obsérvese cómo las palabras instituyen lo que enuncian, cómo el derecho civil se hace “destacable” o “continuo” como lo llama el comparatista. La frase “un grado destacable de continuidad” no es, por lo tanto, un “no-derecho civil”, pero tampoco es “el derecho civil”. El halo de indeterminación en torno a esas cinco palabras significa que no hay una situación interpretativa de “ni/ni” ni de “o/o”; en otras palabras, “no hay forma de ‘reconciliar’ lo indecible”¹⁴⁴. Lo autobiográfico, que no se hace explícito como adscripción importada,

140 *Supra* notas 120-122.

141 Por ejemplo, Jacques Derrida, *La Dissémination*, *supra* nota 38, pp. 108-133.

142 En la formulación de Theodor Adorno, “[l]a interpretación de una realidad dada y su abolición están conectadas entre sí”: Theodor Adorno, “Die Aktualität der Philosophie”, en Rolf Tiedemann (ed.), *Philosophische Frühschriften* (Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1973 [1931]), p. 338 [“(d)ie Deutung der vorgefundenen Wirklichkeit und ihre Aufhebung sind auf einander bezogen”]. Cfr: Juliet Fleming, *Cultural Graphology* (Chicago: University of Chicago Press, 2016), p. 106: “El problema con la preservación es que destruye lo que salva. Como quiera que se haga, y como quiera que uno lo llame, no se puede disfrutar de productos locales frescos producidos fuera de temporada”.

143 *Supra* nota 122.

144 Werner Hamacher, “To Leave the Word to Someone Else”, *supra* nota 5, p. 172.

no obstante está íntima e intrincadamente tejido en la representación del derecho extranjero, que pretende explicarlo como existe con anterioridad al comparatista, y pretende confinar la cuestión de la representación a una adecuación entre el mundo (del derecho) y las palabras (del derecho). Sin embargo, el carácter expresivo del informe se opone al carácter confesamente designatario del mismo: en efecto, el relato consiste en un ensamblaje (o *agencement*) que nunca puede fijarse decisivamente como autoexpresión o designación del otro. ¿Cuánto del “grado destacable de continuidad” que tendría el derecho civil no es más bien del comparatista? ¿Es la palabra “destacable” el término “descriptivo” apropiado? ¿Hay un vínculo isomórfico identificable entre “el derecho civil” y la extensión semántica aceptada de la palabra “destacable” (suponiendo que ese significado recibido exista)? ¿Y por qué “continuidad”? ¿De qué “continuidad” se habla, de la del derecho civil o la del comparatista? ¿Cuánta “continuidad” es suficiente para que haya “continuidad” según el comparatista?¹⁴⁵. Cuando canaliza su estructura previa de prejuicios, su finitud interpretativa anterior e irreducible, ¿qué es lo que el comparatista entiende al usar la palabra “continuidad” en cualquier caso? ¿Qué significa “continuidad” para él? ¿Y su apreciación se corresponde con el derecho civil en la forma en que se muestra? (A propósito, ¿qué es “el derecho civil”? ¿Cuál es la extensión semántica de esta expresión tal y como la usa el autor?). La imposibilidad de ofrecer una respuesta decisiva a estas preguntas ilustrativas confirma cómo una característica operativa clave del relato comparativo es su indecidibilidad. De hecho, el texto del comparatista es indecible en tanto se resiste a todo seguimiento decisivo de la plena magnitud de la mismidad en la textualidad (o de la forma en la que la textualidad se impone a la mismidad), a toda identificación del grado en el que, en cualquier caso concreto, la textualidad se constituye como manifestación de la mismidad (y viceversa)¹⁴⁶. Piénsese en los rasgos autobiográficos como suplemento, de manera muy parecida al sentido complejo que le da Derrida: la mismidad alcanza al derecho extranjero e incluso se le añade como un excedente o como un exceso de presencia, se insinúa en el lugar del derecho extranjero, sustituye lo extranjero, aunque sin borrar lo extranjero¹⁴⁷. Por lo tanto, está al mismo tiempo fuera del derecho extranjero (le llega desde otro lugar) y dentro de él (se inscribe en el reconocimiento mismo y la escritura misma del derecho extranjero, en su invención). Como diría Beckett: “Todo lo que pasó, pasó dentro, y al mismo tiempo

145 Cfr. Juliet Fleming, *Cultural Graphology*, *supra* nota 142, p. 127: “¿Quién sabe lo que es una palabra, de qué tamaño o densidad, cuánto puede extenderse, qué vacío puede llenar? ¿Quién sabe que hay bajo su superficie...?”. Véase también *ibid.*, p. 128: “Las palabras son madrigueras, túneles, embudos, pasajes, territorios expansivos y estrellas caídas. Es un milagro que alguien pueda leer”.

146 Cfr. Jacques Derrida, *Positions*, *supra* nota 35, pp. 54-64.

147 Por ejemplo, Jacques Derrida, *De la grammatologie*, *supra* nota 57, p. 208.

todo lo que pasó, pasó fuera. Confío en haber sido claro”¹⁴⁸. Lo que parece claro, en cualquier caso, es que debido a que muestra simultáneamente una interioridad y una externalidad, el relato del comparatista carece de un centro. Está localizado donde lo intratextual encuentra lo extratextual, donde *el yo está dibujando el (auto)retrato del otro*, y eso está presente en todo el informe. Si bien la mismidad y la textualidad son conceptualmente identificables como dos entidades discretas, el comparatista que se ocupa del derecho extranjero vive en las dos dimensiones en cada instante, en ese mismo momento como un “ser para el yo”, sobre todo, pero también en un “ser para el texto”. Teniendo en cuenta la imposibilidad de separar la textualidad de la mismidad, y debido a la imposibilidad adicional de realizar una síntesis entre la textualidad y la mismidad¹⁴⁹, la invención del derecho extranjero por el comparatista es “irreductiblemente [...] no-simple”¹⁵⁰.

Permítaseme subrayar que incluso cuando James Gordley proclama que solo está interesado en “cuál [es] el derecho”¹⁵¹, la mismidad permanece enfáticamente como una característica de la textualidad, a pesar de la larga tradición del positivismo de olvidar lo relativo a la presencia del yo, con independencia de la “gravedad cegadora de la letra estricta de la ley”¹⁵². Sin perjuicio de todos los esfuerzos positivistas por mantener ambas ideas separadas, tiene de hecho que existir un rastro imborrable de mismidad en toda indicación de textualidad. El efecto intrusivo de la mismidad sigue siendo inmanente a toda designación de la textualidad: está actuando siempre en cualquier manifestación de la textualidad, está inextricablemente entrelazada con ella. Por lo tanto, el deseo no permanece cerrado en los límites del lugar desde el que emana, sino que se extiende al lugar textual en el que es efectivo (nos referimos al efecto del afecto). Obsérvese que la “mismidad como esfuerzo” (¿o es el esfuerzo de la mismidad?) tiene sentido solo como una acción *dentro de* la textualidad, no como opuesto a ella. Actúa como una fuerza de dislocación que enerva el sistema del positivismo, que lo fisura y lo confina. Interviene como una fuerza

148 Cfr: Samuel Beckett, *Watt* (edición de Chris J. Ackerley; Faber y Faber, 2009 [1953]), p. 35. Para una mediación adicional sobre la interconexión externo/interno, considérese el comentario pertinente de Adorno de que “nada se puede interpretar de algo que no estuviera interpretado en eso al mismo tiempo”: Theodor Adorno, “Der Essay als Form”, en Rolf Tiedemann (ed.), *Noten zur Literatur* (Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1974 [1958]), p. 11 [“(n)ichts läßt sich herausinterpretieren, was nicht zugleich hineininterpretiert wäre”].

149 Cfr: Jacques Derrida, *La Dissémination*, *supra* nota 38, p. 271: “Una proposición indecible [...] es una proposición [...] sin síntesis” [“Une proposition indécidable (...) est une proposition (...) sans synthèse”].

150 Jacques Derrida, *Marges* (París: Editions de Minuit, 1972), p. 14 [“irréductiblement non-simple”].

151 James Gordley, “When Is the Use of Foreign Law Possible? A Hard Case: The Protection of Privacy in Europe and the United States”, *supra* nota 106, p. 1081.

152 Peter Goodrich, “Proboscations: Excavations in Comedy and Law”, 43 *Critical Inquiry* 361 (2017), p. 383.

de significación, como una certificación también. Es importante que no se trata aquí de priorizar la mismidad sobre la textualidad, porque si se intentara establecer cualquier prioridad se permanecería en el sistema clásico de pensamiento y en las oposiciones y las jerarquías que lo constituyen y que están a disposición del crítico como si fueran sus únicas opciones. Se debe huir de estas elecciones simplistas preprogramadas, que no son efectivamente elecciones en absoluto. Si se va más allá de la distinción irreflexiva entre el texto y el yo, eso permite también apreciar que cuando James Whitman argumenta cómo el fascismo orienta el derecho alemán de la intimidad, se nos muestra como un “comparatista-que-distingue-restos-del-fascismo-que-acechan-al-derecho- alemán-de-la-intimidad”¹⁵³. En otras palabras, es un intérprete que, incluso cuando se proyecta en el texto desde la estructura previa de prejuicios que él estructura, al mismo tiempo “se expone al texto y recibe [de él] un yo más amplio”. De hecho, “el yo se constituye por la ‘materia’ del texto”, de forma que no permanece el mismo una vez que ha entrado en un encuentro deliberado con el derecho extranjero¹⁵⁴.

*

Incluso si se dejan a un lado los reproches predecibles de los detractores, soy muy consciente de que “se nos puede comprender [...], pero nunca se nos comprende *bien*”¹⁵⁵. Por consiguiente, permítaseme insistir en que lo que estoy haciendo es exponer un punto ciego que plaga la investigación del derecho extranjero y que parecería inerradicable por la vacuidad del positivismo: que la epistemología comparativa sería denotativa en lugar de enactiva. Mi argumento pretende hacer más transparente la investigación del derecho extranjero —sus valoraciones, sus adscripciones y sus compromisos—, en un contexto en el que el comparatista no considera en gran medida las restricciones asociadas con la creación de conocimiento y tiende bastante a comportarse como si esas limitaciones no existieran. El comparatista, conformado desde una óptica positivista, se da poca cuenta de cómo no puede haber ninguna interpretación del derecho extranjero sin su intervención deseosa; de cómo siempre está ya presente una dimensión “en aras de la cual” en su investigación del derecho extranjero; de cómo el significado de los textos-ley extranjeros no se puede garantizar por el contenido del texto; de cómo la adscripción de significado a los

153 Véase James Q. Whitman, “The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty”, 113 *Yale Law Journal* 1151 (2004), pp. 1166 y 1188.

154 Paul Ricoeur, *Cinq études herméneutiques* (Ginebra: Labor et Fides, 2013 [1972]), p. 73 [“s'expose(e) au texte et re(çoit) de lui un soi plus vaste 'l' le soi est constitué par la 'chose' du texte”] (énfasis omitido).

155 Bruno Latour, “Irréductions”, en *Pasteur: guerre et paix des microbes* (2.^a ed.; París: La Découverte, 2001), p. 274 [“(o)n peut être compris, (...) mais jamais bien compris”] (énfasis en el original).

textos-ley extranjeros es una manifestación de su yo (estructurada por el papel constitutivo de la normatividad cultural); de cómo la interpretación del derecho extranjero canaliza su existencia como comparatista; de cómo la interpretación y la existencia están unidas de forma indistinguible, así que cualquier idea de que el comparatista pudiera descubrir “el verdadero y único significado” del texto-ley extranjero remite a una indulgencia fútil e insostenible con el transcendentalismo. En cambio, el comparatista supone que el derecho extranjero es “real”, que es lo que es, que es lo que es en sí mismo, que está “separado y diferenciado en su exterioridad, y espera el ser interpretado”¹⁵⁶. También supone que su descripción del derecho extranjero puede aprehender “realmente” el derecho extranjero, que se revela a sí mismo con una inmediatez no distorsionada, en ausencia de cualquier vacío entre “su” lenguaje y el derecho “mismo”: tendría lugar una genuina tautología, habría una identidad pura. Sin embargo, y debido a que no se percibe en gran medida la estructura de significación que se le impone al derecho extranjero, el comparatista no se da cuenta de que el derecho extranjero no puede existir sino en la medida en que existe para él, en la medida en que le da el significado que quiere darle. Mientras que el comparatista tiene tendencia a pensar que el derecho extranjero se le impone, en realidad es desde el comparatista desde donde se adscribe sentido de formas significativas e inevitables al derecho extranjero (de nuevo, mediante una estrategia extractiva o imputativa). En lugar de desplegarse desde “dentro hacia afuera” (el derecho extranjero tendría un significado *suo motu* e imprimiría su significado en la mente comparativa), el proceso tiene una trayectoria epistémica de “fuera hacia dentro” (la mente comparativa realiza su lectura del derecho extranjero). Afirmando que es irreductible el marco epistémico autoorientado del cual emerge el significado. No se puede esquivar. Actúa como una condición de posibilidad de todo significado que se le adscriba al derecho extranjero que, como he explicado, pierde de manera instantánea su condición extranjera cuando se reformula en los términos del intérprete. La situación, en estricto sentido, es aporética y por mucha imaginación o voluntariedad que se tenga no se puede superar la aporía: el componente de la agencia no se puede separar significativamente de lo biográfico.

Con este ensayo, con esta actividad de escrutinio epistemológico, que escribo incluso mientras la ortodoxia sigue con su trabajo ortodoxo sobre el derecho extranjero como si fuera inequívoco epistemológicamente, quiero mejorar la visión que tiene el comparatista del derecho extranjero y de sí mismo cuando mira el derecho extranjero, al hacerse autoevidente que no hay mucho ya con respecto a la escritura del derecho extranjero que sea autoevidente (por expresarlo como lo haría Adorno). Al ofrecer

156 Allan C. Hutchinson, *Toward an Informal Account of Legal Interpretation*, *supra* nota 62, p. 97.

mi argumento en un espacio público, elijo constituir una vía social para discusiones futuras. En este momento, afirmo que el comparatista no puede superar los límites epistémicos que encuentra cuando emprende deseosamente la interpretación del derecho extranjero, porque está inevitablemente situado: ¡no hay acercamiento a los textos sin deseo! Sin embargo, el comparatista puede enfrentar sus límites y aprender a vivir a la luz de ellos. Entre tanto, mis conclusiones significan que las citas positivas que he recogido y que exaltan la objetividad, la neutralidad, la imparcialidad y la pureza son profundamente falaces como declaraciones epistémicas, lo que implica que haya habido innumerables comparatistas confundidos y mal guiados por ellas¹⁵⁷. Por expresarlo de manera cruda, debido al involucramiento y a la inscripción del deseo del yo en la información recogida sobre el derecho extranjero y en el informe del yo sobre lo extranjero (no hablo, como es evidente, de “datos”, porque la información relativa al derecho extranjero existe como “no-dato”: no es dada, en el sentido de que esté ahí, lista para tomarse, con independencia de toda explotación por parte del comparatista)¹⁵⁸, el relato del derecho extranjero es “inevitablemente tendencioso, didáctico, competitivo y prescriptivo”¹⁵⁹, “siempre posicionado, nunca neutro en lo político, nunca inocente”¹⁶⁰ —aunque, sin duda, el yo opera a menudo de manera inadvertida, cuando no inconsciente.

No obstante, debe considerarse que el conocimiento, entendido aquí en el sentido (cartesiano) de representar una entidad cognoscible “ahí afuera”, frente al “que conoce”, es ilusorio en la práctica. Lo que uno llama “conocimiento” del derecho extranjero es, de hecho, información parasitaria de una pre-comprensión más primordial o, en el sentido etimológico del término, de un prejuicio. Lo que se llamamos “conocimiento” del derecho extranjero es, en efecto, lo que uno “sabe” del otro derecho mediante la estrategia anticipatoria que se despliega hacia él. El comparatista nunca encuentra el texto-ley extranjero separado de su yo deseoso. Aunque pretenda paralizar o constreñir su impulso básico proveniente de sus predilecciones e intereses, aun si intenta deliberadamente debilitarlos, suspenderlos, pararlos en la medida en que es posible hacerlo, el punto de vista al que se llegue entonces, tras recortar la proyección del yo, seguirá

157 Véase *supra* notas 102-109. A este respecto, el engaño que inspira el modelo de Zweigert y Kötz es especialmente sorprendente. Aun cuando estos autores afirman que el comparatista debe erradicar las preconcepciones de su sistema jurídico nativo (*supra* nota 103, p. 35), proponen con insistencia un enfoque del derecho comparado que deriva, como es comprobable, de supuestos característicamente alemanes (y de referencias alemanas).

158 Para parafrasear a Clifford Geertz, “lo que [los comparatistas] llaman [sus] datos son realmente [sus] propias interpretaciones de otras interpretaciones [de juristas] acerca de lo que les ocupa a ellos y a sus compatriotas”; Clifford Geertz, *The Interpretation of Cultures* (Nueva York: Basic Books, 1973), p. 9.

159 Rajagopalan Radhakrishnan, “Why Compare?”, *supra* nota 132, p. 454.

160 Susan Gal, “Politics of Translation”, 44 *Annual Review of Anthropology* 225 (2015), p. 236.

sin ser “conocimiento del derecho extranjero”, al menos en el sentido habitual que el comparatista ortodoxo está listo a darle a la expresión. Es un malentendido pensarlo de otra forma: aun si el propósito es eliminar mis fines, no puedo extraer el derecho extranjero que estoy manejando de toda (des)relación conmigo mismo. Desde el momento en que se identifica algo como “derecho extranjero”, ya se está siempre involucrado con él, ya se está siempre ya involucrado en él, lo que significa que ya no se es externo a él (aun cuando exista la exterioridad inapropiable del derecho extranjero). Es paradójico que, si bien el comparatista no puede ocupar una posición externa con respecto al derecho extranjero que enuncia (no hay disociación y su escritura cuenta “su” derecho extranjero), el derecho extranjero existe obviamente con anterioridad al comparatista, que está ahí sin él y con independencia de él, y que, por lo tanto, está más allá de su alcance epistémico, se le resiste a él y a sus intentos interpretativos (no hay posible identificación y su escritura solo cuenta “su” derecho extranjero). Ese es el doble ciego del comparatista: no estar en una posición que le permita ser externo a cualquier re-formulación del derecho extranjero significa que está manteniendo al derecho extranjero como algo externo a él. No es que la autoridad interpretativa del comparatista quede descalificada, sino que su autoridad queda confinada a su resultado interpretativo y, por consiguiente, queda excluida cualquier pretensión de objetividad (o verdad). Entretanto, el derecho extranjero del comparatista —sus “exclusiones, repeticiones, absorciones, secciones, suspensiones, selecciones, cosidos, parches, pastiches” —¹⁶¹ es *no extranjero*.

*

Dejando a un lado el hecho de que el comparatista no puede neutralizar su deseo cuando aborda el derecho extranjero, tiene que reconocer que su lenguaje jurídico no tiene ninguna herramienta lógica que permita negarse a sí mismo con suficiente determinación, que haga posible que el lenguaje quede por fuera del proceso de “conocimiento” de la forma en que un “conocedor” lo necesitaría con el fin de controlar los resultados de un experimento de “conocimiento”. Puesto que *hay* una incapacidad del derecho comparado de elaborar un metalenguaje fiable¹⁶², hay una imposibilidad de verificar con seguridad que el lenguaje jurídico del comparatista no esté sujeto a estructuras que sobredeterminen su “relación” con toda manifestación de derecho extranjero y que, por consiguiente, le

161 Jacques Derrida, *Glas* (París: Galilée, 1974), p. 189b [“coupures, répétitions, succions, sections, suspensions, sélections, coutures, greffes, postiches”].

162 Cfr. Jacques Derrida, *Le monolingüisme de l'autre* (París: Galilée, 1996), p. 43: “[L]a imposibilidad absoluta de un metalenguaje. La imposibilidad de un metalenguaje absoluto” [“(l)impossibilité absolue de métalangage. Impossibilité d'un métalangage absolu”].

impidan poder especificar su objeto de estudio, es decir, definir lo extranjero, trazar sus límites de forma lo bastante segura y suficiente, lejos de su lenguaje, como para permitirle decir que *conoce* el derecho extranjero. Por lo tanto, *existe* una incapacidad del comparatista, a partir del lenguaje al que recurre para estudiar el derecho extranjero, de identificar y delimitar los límites de lo extranjero, de controlar el poder quedarse por fuera del proceso y, en consecuencia, ubicarse de manera segura como el conocedor de un derecho extranjero que se podría distinguir con certeza¹⁶³.

El único modelo apropiado para valorar un discurso extranjero sería, como es obvio, un modelo extranjero que se autenticara a sí mismo. El recurso que hace el comparatista de sí mismo, la utilización de un lenguaje local y su uso del derecho local con el fin de comprender algo que está —por definición, por así decirlo— constituido por lo extranjero, significa que el comparatista tiene que fracasar. Por mucho que se intente afrontar el derecho extranjero, hay que afrontar el hecho de que uno nunca será lo suficiente extranjero y que cualquier cosa que se diga nos colocará, en el mejor de los casos, en el borde de lo extranjero. En consecuencia, el derecho comparado fracasa y no puede eludir el fracaso (subrayo que no significa que no tenga por qué no hacerse, sino que implica que tiene que hacerse posible frente a aquello que es imposible, parecido a lo que ocurre con la traducción)¹⁶⁴. Para decirlo de otra manera, la escritura del informe —de aquello que es posible, de aquello que el comparatista puede hacer efectivamente (puede *escribir* el otro derecho)— será inscribir lo imposible, aquello que el comparatista no puede hacer en la práctica (no puede escribir *el otro derecho*). De ahí que el supuesto ampliamente compartido, pero irreflexivo, de que el derecho extranjero es accesible, de que se tiene la capacidad de explicar la singularidad del derecho extranjero en los propios términos de lo extranjero, debe revisarse, como pasa también con el postulado de que el comparatista podría eliminar, de alguna forma, su deseo de la investigación y los posteriores procesos de inscripción.

En consecuencia, el informe del comparatista sobre el derecho extranjero estará caracterizado a la vez por aplazar (“defer”) cualquier cosa que pudiera ser *el* significado del derecho extranjero y por diferir (“difer”) de cualquier cosa que pudiera ser *el* significado del derecho extranjero. Desde el punto de vista del comparatista que explica el derecho extranjero, siempre está por aparecer algo que pudiera ser *el* significado del derecho

163 Cfr. Ludwig Wittgenstein, *On Certainty* (edición bilingüe; edición de Gertrude Elizabeth M. Anscombe y Georg Henrik von Wright ; trads. Denis Paul y Gertrude Elizabeth M. Anscombe; Harper & Row, 1972 [1950]), p. 25 (§174): “Yo actúo con certidumbre *completa*, pero esa certidumbre es la mía” [“Ich handle mit *voller* Gewißheit. Aber diese Gewißheit ist meine eigene”] (énfasis en el original).

164 Por ejemplo, Jacques Derrida, *Sauf le nom* (París: Galilée, 1993), p. 32, que se refiere a “la experiencia misma de la posibilidad (imposibilidad) de lo imposible”. [“l’expérience même de la possibilité (impossible) de l’impossible”].

extranjero¹⁶⁵. No obstante, los ojos curiosos del yo son interpelados por el otro con el transcurso del tiempo, aun cuando el yo esté explorando la otredad, lo que muestra que lo extranjero es autotransformador. El derecho extranjero, o el pretendido reflejo de él efectuado por el comparatista, debe considerarse, por lo tanto, como un elemento de la constitución del propio comparatista, en el sentido de que “*toda [...] comprensión es en última instancia autocomprensión*”¹⁶⁶. Por consiguiente, el comparatista se convierte en el comparatista que es mediante la representación que se hace él mismo del derecho extranjero y mediante su propia inscripción en el derecho extranjero que describe. De hecho, el comparatista no puede convertirse en tal salvo que se relacione con el derecho extranjero, lo que significa que está sometido a su anhelo existencialista por lo que considera su propia mismidad significativa. Hay que destacar que, debido a que el comparatista autobiográfico está en última instancia constituido por la otredad (un otro que es ahora *su* otro, que es ahora el otro del yo), puesto que la interioridad del yo se ve invadida por la exterioridad, la homogeneidad del yo es una ilusión que hay que abandonar. (Eso no quiere decir que el comparatista no esté siempre ya dividido en sí mismo, en la medida en que consiste, en parte, en un elemento inconsciente que no le es accesible. La autobiografía total, que supondría un acceso pleno a la mente y un autoconocimiento exhaustivo de uno mismo como dominio privado de la experiencia propia es, por lo tanto, imposible.) Los asombrosos términos de Derrida subrayan cómo el yo está constituido estructuralmente mediante la recepción de la otredad, como un ser afectado por el otro, como heteroafcción: “Lo mismo es solo lo mismo sino cuando se afecta al otro”¹⁶⁷. Mi lectura de Derrida afirma que el yo puede ser el yo solo mediante el papel estructural que tiene el otro en la mismidad¹⁶⁸. Por lo tanto,

165 Estoy aplicando la idea de Derrida de *différance*, la cual, y en gran medida mediante su ortografía idiosincrática, recoge las ideas de *deferment* (diferimiento) y *différence* (diferencia); véase, por ejemplo, Jacques Derrida, *Marges*, *supra* nota 148, pp. 1-29.

166 Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, *supra* nota 7, p. 265 [“alles (...) Verstehen (ist) am Ende ein Sichverstehen”] (énfasis en el original). Cfr. Ming Xie, *Conditions of Comparison* (Londres: Bloomsbury, 2011), p. 11, que se refiere a la “comparabilidad como autoreflexividad”.

167 Jacques Derrida, *La Voix et le phénomène* (París: Presses Universitaires de France, 1967), p. 95 [“(L) e même n’est le même qu’en s’affectant de l’autre”].

168 Para hacer más complejo el asunto, el otro constitutivo no siempre es extranjero y puede adoptar la forma de una institución en el mundo propio del derecho. Considérese la cultura jurídica francesa. En lo que se refiere a la gobernanza epistémica, las microintimidades pertenecientes a cada académico y sus aspiraciones y compromisos se intercalan con las macroestructuras institucionales como la universidad, el *Conseil National des Universités* (una estructura estructurante de gran influencia) y el Estado. La agencia individual está, por consiguiente, sobredeterminada por estos otros procesos y lógicas institucionales: está lo que las instituciones prohibirán con respecto a las idiosincrasias o los proyectos de cada individuo; lo que las contrapartes y los contrapuntos institucionales, que funcionan jerárquicamente, desautorizarán. Para añadir un estrato adicional, las lógicas y los procesos institucionales que menciono configurarán, de formas cruciales, al individuo en la clase de comparatista que será y, por lo tanto, la rama de comparatismo que practicará. Hay comparatistas franceses y hay un comparatismo francés. Cfr. Jacques Derrida, *Du droit à la philosophie* (París: Galilée, 1990 [1984]), p. 424: “Una institución no son solo muros y estructuras exteriores que rodean,

el comparatista existe como un intertexto, lo que significa que el lenguaje que distingue sujeto y objeto se ve superado. Por consiguiente, como autobiografía se desarrolla cuando el yo se proyecta en la otredad, pero también como un proceso en el que “se forma el yo mediante la otredad”: se presenta también como autoheterografía. El comparatista, un costurero, se dedica a una tarea de sastre: corta el derecho extranjero, cose luego la pieza recortada en un nuevo lugar, la zurce a su texto, a su relato de lo extranjero, a él mismo¹⁶⁹. Etimológicamente, “especulación” se relaciona con *speculum*: la interpretación trata sobre el yo que se mira en el espejo.

*

“Amat qui scribet pedicatur qui leget”: el que escribe ama, el que lee es sodomizado. “Ego qui lego pedicor”: yo, que leo, soy sodomizado. Jesper Svenbro indica que las inscripciones latinas y griegas (antiguas) que hacen una analogía entre el escritor y el lector, por un lado, y el pederasta y su compañero adolescente, por el otro, eran “un verdadero lugar común”¹⁷⁰. El meollo de la analogía es que “el lector está al servicio del escritor”, es pasivo frente al escritor triunfante, dominante, activo, de la forma en que el chico se somete al acto sexual¹⁷¹. En efecto, “leer es dar el cuerpo propio a un escritor”¹⁷². En esa misma línea¹⁷³, el comparatista estaría al servicio de los textos de derecho extranjero. Sin embargo, la pretensión de que no hay un derecho extranjero existente con significado como materia preinterpretativa, el argumento de la inevitabilidad de una epistemología enactiva frente a una epistemología comparativa denotativa —es decir, la inevitabilidad de una invención que surge permanentemente de la estructura previa de prejuicios del comparatista—, y el hecho consecuente de la necesaria transformación autobiográfica de todo derecho extranjero que se itere e inscriba, desplazan los actos de lectura, comprensión y crónica lejos de un modelo reactivo hacia un modelo proactivo. Cuando su deseo le hace incluir o excluir información extranjera, cuando problematiza lo extranjero, el comparatista requiere que se le reconozca como *opifenario** (en latín, un *opifex* es una persona que hace o construye algo).

protegen, garantizan o constriñen la libertad de nuestro trabajo; es también, desde ya, la estructura de nuestra interpretación”. [“L’institution, ce ne sont pas seulement des murs et des structures extérieures qui entourent, protègent, garantissent ou contraignent la liberté de notre travail, c’est aussi et déjà la structure de notre interprétation”].]

169 También en el derecho comparado “El yo es un otro” (“Je est un autre”): Arthur Rimbaud, *Letter to Izambard*, en *Œuvres complètes* (edición de André Guyaux; París: Gallimard, 2009 [1871]), p. 340.

170 Jesper Svenbro, *Phrasikleia* (París: La Découverte, 1988), p. 210 [“un véritable topos”].

171 *Ibid.*, p. 211 [“le lecteur est au service du scribeur”].

172 *Ibid.*, p. 213 [“(l)ire, c’est prêter son corps à un scribeur”].

173 Véase, en general, *ibid.*, pp. 207-238.

* En el original, *opifex*. El autor combina la palabra latina que menciona, *opifex*, con la terminación de *officer* (funcionario) (N. del T.).

*

Cuando el comparatista transforma en texto el derecho extranjero, cuando hace derecho extranjero en su texto, las palabras que escoge aplicar a “su” lenguaje nunca son inocentes y llevan consigo la carga de la mismidad, de manera que lo que sea edificante del relato del comparatista tendrá que confrontar la pérdida que se deriva de la imposibilidad de decidir; una conclusión tan reticente (hay indeterminación) como tranquilizadora (hay agencia). De ahí se deriva que el castillo de naipes positivista no pueda mantenerse de pie, salvo, como es obvio, mediante la imposición imperiosa, violenta, de la textualidad como pura textualidad, como la delimitación forzosa de lo que es imposible, en efecto, de delimitar estructuralmente. En cambio, un comparatista que, cuando intenta responder a la singularidad del derecho extranjero, es consciente todo el tiempo de que se está desarrollando “el proceso de una derrota” —“Perdure sobre ti, como comprendes”¹⁷⁴— y que, a la búsqueda de la dignidad epistémica, despliega el pensamiento fecundo de lo finito y de lo defectuoso como cimientos heurísticos de su tarea, se distingue con facilidad de aquel que no es tan consciente y que no actúa de esa forma¹⁷⁵.

174 James Joyce, *Finnegans Wake* (edición de Robert-Jan Henkes; Oxford: Oxford University Press, 2012) [1939]), p. 444.

175 El comentario sobre la confusión está en Jorge Luis Borges, “La busca de Averroes”, en *El Aleph* (Madrid: Alianza Editorial, (2008) [1947]) p. 116 [“el proceso de una derrota”]. El Averroes de Jorge Luis Borges no consigue asociar el uso de “tragedia” con los poemas narrativos “que tratan de la pena o los acontecimientos desastrosos” (definición de tragedia tomada del *Oxford English Dictionary*) y pasa a vincular incongruentemente el término con los panegíricos. Borges explica que el drama no era conocido en la España islámica del siglo XII y que, por consiguiente, Averroes no tenía a su disposición la equipación epistémica que le hubiera permitido darle sentido al mundo de Aristóteles en los términos de Aristóteles. La tesis que defiende Borges es efectivamente que, dada la inculturación de Averroes, eso le impedía tener acceso interpretativo al texto de Aristóteles como existía antes de que le llegara para adscribirle significado. Para decirlo como Derrida, los textos de Averroes y Aristóteles era “islas”; Jacques Derrida, *La Bête et le souverain*, *supra* nota 38, p. 31.

Sobre la matriz metodológica difusa del derecho constitucional comparado*, **

Ran Hirschl

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.718>.

** Este capítulo es una traducción de Ran Hirschl, "On the Blurred Methodological Matrix of Comparative Constitutional Law", en Sujit Choudhry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas* (Cambridge University Press, 2006), pp. 39-66.

Estos son tiempos de un apogeo relativo de las obras académicas de derecho constitucional comparado. Después de casi un siglo de provincialismo arraigado y de estancamiento intelectual, el campo experimenta cierto renacimiento en los últimos años. De las investigaciones comparadas sobre las transformaciones constitucionales a los análisis complejos de la jurisprudencia constitucional comparada, el campo ha dado un salto enorme, positivo, en los últimos años. Incluso el Tribunal Supremo de Estados Unidos, tal vez el último bastión del provincialismo entre los tribunales constitucionales más importantes del mundo, se ha unido hace poco a la tendencia de las citas comparadas. Sin embargo, a pesar del creciente interés en los sistemas constitucionales comparados, poco ha cambiado en la epistemología y la metodología del derecho constitucional comparado. Hay cuestiones fundamentales relativas al propósito mismo y a la justificación de la indagación comparada (y a cómo se debería abordar esa empresa) que siguen dejándose fuera del ámbito del trabajo académico usual sobre derecho constitucional¹. Las obras académicas genuinamente comparativas, guiadas por problemas y orientadas hacia la inferencia, son todavía difíciles de encontrar. Más en concreto, las obras de derecho constitucional comparado producidas por los académicos del derecho con frecuencia pasan por alto los principios metodológicos básicos de la comparación controlada, el diseño de la investigación y la selección de casos (o no son conscientes de ellos). Este ensayo aborda ese vacío y para hacerlo contrasta el enfoque de los académicos del derecho con el de los académicos de la ciencia política frente al mismo conjunto de fenómenos constitucionales comparados. Sugiere que, si bien el estudio del derecho

1 Véase, por ejemplo, Vicki Jackson y Mark Tushnet (eds.), *Defining the Field of Comparative Constitutional Law* (Westport, CT: Praeger, 2002). Aunque son iluminadores en muchos aspectos, ninguno de los capítulos de ese libro, no obstante su osado título, se ocupa de la cuestión de la metodología en el derecho constitucional comparado.

constitucional comparado por los académicos del derecho ha contribuido de manera significativa a la acumulación de conocimiento mediante el desarrollo de reflexiones y conceptos novedosos, no ha conseguido, en general, suficiente progreso del conocimiento mediante el descubrimiento de vínculos causales entre las variables pertinentes; todavía menos ha contribuido a la creación de teoría mediante la sustentación o la refutación de hipótesis comprobables.

El análisis se divide en tres partes. Comienzo identificando cuatro tipos de trabajo académico considerados comparativos en el área del derecho comparado. Solo una de esas categorías de estudios se basa en la comparación controlada y en principios de selección de casos orientados hacia la inferencia con el fin de evaluar el cambio, explicar las dinámicas y realizar inferencias sobre causas y efectos mediante una selección sistemática de casos y análisis de datos.

En la segunda parte identifico y aclaro los principios básicos de la comparación controlada y la selección de casos orientada por la inferencia, usados con frecuencia por los científicos sociales que estudian el derecho y los tribunales constitucionales. La utilización de esos principios es crucial para un trabajo académico que pretenda *explicar* —no solo aclarar, describir, criticar o apoyar— los fenómenos constitucionales comparados. A continuación, ilustro la aplicación exitosa de estos principios en unas pocas obras genuinamente comparativas, recientemente publicadas, que estudian los orígenes de los recursos de constitucionalidad y el comportamiento judicial.

Finalizo con la sugerencia de que, si bien hay muchos enfoques y métodos valiosos para estudiar el derecho público comparado, la aspiración de encontrar vínculos causales válidos, y mucho más la de proponer aserciones normativas sólidas, requiere seguir principios de selección de casos y de diseño de investigación mucho más rigurosos metodológicamente. Prestar atención y apoyarse en los principios de selección de casos orientados hacia la inferencia puede ayudar a los académicos que estudian la migración de las ideas constitucionales a proponer vínculos causales valiosos sobre por qué, cuándo y cómo tiene lugar esa migración. También le permitiría al campo ir más allá del método de descripciones múltiples que suele usarse en los análisis jurídicos comparados y pasar al siguiente nivel de indagación comparada: la inferencia causal mediante la comparación controlada.

Cuatro clases de indagación comparada

En el campo del derecho constitucional comparado, el término “comparado” suele usarse de manera indiscriminada para describir lo que en realidad son cuatro clases diferentes de trabajo académico.

La primera clase, y más básica de las cuatro, son los estudios específicos, de un solo país, que se caracterizan erróneamente como comparados porque el país que se estudia es diferente al del autor. Aunque es usual en círculos doctrinales de derecho comparado, este género de trabajo académico se ocupa a menudo del examen de aspectos interesantes, pero bastante idiosincráticos, del derecho constitucional, como la libertad religiosa en Guatemala, el derecho a morir dignamente en Bulgaria o la legitimidad procesal en Kazajstán, con pocas referencias o ninguna a prácticas constitucionales comparables de otros países. Algunas de esas obras tienden a confundir el derecho extranjero con el derecho comparado, y en esencia estudian lo primero mientras dice estudiar lo segundo. En su disfraz más taxonómico, esta línea de trabajo académico evalúa la genealogía del sistema constitucional de un país determinado y su compatibilidad con las clasificaciones, algo anacrónicas, de las “tradiciones jurídicas”, “los árboles genealógicos de los sistemas jurídicos” y otras parecidas. Las consideraciones metodológicas básicas relativas a la selección de casos se pasan por alto muchas veces; la única justificación para la mayoría de estos estudios de país único suele ser la familiaridad del autor con el sistema constitucional sobre el que escribe. Unos pocos de estos análisis miran los estudios de casos existentes que otros ya han hecho. Otros proporcionan un conocimiento detallado, enciclopédico, sobre ciertos aspectos del derecho constitucional en el cuerpo político examinado². En el mejor de los casos, esta clase de trabajo académico puede contribuir a una cartografía y una taxonomía de territorios todavía inexplorados del derecho constitucional en el mundo.

Una segunda empresa, cada vez más en boga en el campo del derecho constitucional comparado, se enfoca en la autorreflexión o la mejora del campo mediante analogías, distinciones y contrastes. Esta clase de referencias comparadas se derivan con frecuencia de la búsqueda casi permanente de los juristas de lo que consideran la solución *correcta* o *justa* para un determinado problema constitucional que enfrenta su sociedad. Recuerda, en algunos casos más que en otros, a la búsqueda tradicional del derecho comparado frente a un determinado reto constitucional que una sociedad política tiene problemas para resolver. El supuesto subyacente es que, en la medida en que la mayoría de las sociedades políticas relativamente abiertas, en las que rige el Estado de derecho, tienen en lo fundamental el mismo conjunto de retos constitucionales, pueden adoptar no obstante medios o enfoques muy diferentes para ocuparse de esos retos. La referencia a las prácticas y a la jurisprudencia constitucional de otras sociedades

2 Véase, por ejemplo, Donald Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (2.^a ed.; Durham, NC: Duke University Press, 1997); Lazlo Sólyom y George Brunner, *Constitutional Judiciary in a New Democracy: The Hungarian Constitutional Court* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 2000).

políticas, que en teoría están en situación parecida, podría conseguir una mejor comprensión del propio conjunto de valores y estructuras constitucionales, y contribuir, y en última instancia promover, una perspectiva más cosmopolita o universalista de nuestro discurso constitucional. En un nivel más concreto, la práctica constitucional de una sociedad política determinada se podría mejorar imitando los mecanismos constitucionales pertinentes desarrollados en otros lados³. En el mismo sentido, el derecho constitucional comparado se ha ofrecido como guía para elaborar nuevas normas e instituciones constitucionales, sobre todo en el contexto de la “ingeniería constitucional” en el mundo posautoritario o en sociedades políticas con divisiones étnicas⁴.

En la práctica, este tipo de trabajo comparado suele tomar la forma de referencias a la jurisprudencia o a las prácticas constitucionales de otros países por jueces y académicos del derecho. Con mucha frecuencia, estos estudios remiten a democracias constitucionales reconocidas, como Estados Unidos, Alemania, Canadá, etcétera. En el mundo académico del derecho, este tipo de referencia comparada toma con frecuencia la forma de comentarios críticos sobre decisiones controvertidas de tribunales superiores y recurren, entre otras cosas, a los tratamientos alternativos de los tribunales de cierre de otras jurisdicciones con problemas más o menos equivalentes. Sin embargo, la manifestación más obvia del género de la referencia comparada es lo que los académicos han identificado como una tendencia en plena aceleración hacia los préstamos entre tribunales y el establecimiento de un discurso judicial globalizado⁵. Los tribunales constitucionales de todo el mundo se apoyan cada vez más en la jurisprudencia constitucional comparada para estructurar y expresar su propia posición sobre una determinada cuestión constitucional. En especial, este fenómeno es evidente con respecto a la jurisprudencia sobre derechos constitucionales. Como señaló Sujit Choudhry, “la interpretación constitucional en todo el mundo está adquiriendo un carácter cosmopolita cada vez más grande, en la medida en que la jurisprudencia comparada adquiere un lugar central en la decisión constitucional”⁶.

El enfoque de la referencia comparada sigue careciendo de coherencia metodológica, aunque esté cada vez más de moda y sea sin duda más comparativo que los estudios particulares, de un solo país. Es muy frecuente

3 Véase, por ejemplo, Mark Tushnet, “The Possibilities of Comparative Constitutional Law”, 108 *Yale Law Journal* 1225 (1999).

4 La literatura aquí es demasiado grande para citarla. Una obra representativa de este género es la de Andrew Reynolds (ed.), *The Architecture of Democracy: Constitutional Design, Conflict Management, and Democracy* (Oxford: Oxford University Press, 2002).

5 Véase Anne-Marie Slaughter, “A Typology of Transjudicial Communication”, 29 *University of Richmond Law Review* 99 (1994); Anne-Marie Slaughter, *A New World Order* (Princeton NJ: Princeton University Press, 2004).

6 Sujit Choudhry, “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, 74 *Indiana Law Review* 819 (1999), p. 820.

que se realice (debo señalar que sobre todo por jueces) mediante una referencia ecléctica, a veces incluso escasa y superficial, a la jurisprudencia constitucional extranjera, por lo general jurisprudencia sobre derechos. La selección de casos es poco sistemática y no suele prestarle atención al contexto y los detalles que produjeron una interpretación o práctica, parecida o alternativa, de las normas constitucionales. En resumen, desde un punto de vista metodológico, tenemos todavía que encontrar una teoría coherente de los préstamos constitucionales entre tribunales.

El trabajo académico comparado tiene más que ofrecer que la autorreflexión o el fomento normativo de valores cosmopolitas mediante referencias comparadas. La comparación es una herramienta fundamental del análisis académico. Agudiza nuestro poder de descripción y tiene una importancia central en la formación de conceptos al concentrarse en los parecidos y las diferencias potenciales entre casos⁷. Este fin es precisamente la justificación de una tercera clase de indagación comparada (que podría decirse más compleja) que pretende generar conceptos ricos y marcos analíticos mediante la reflexión crítica sobre las prácticas y las normas constitucionales. Esto se hace sobre todo mediante la búsqueda de una comprensión detallada sobre cómo las personas que viven en diferentes contextos culturales, sociales y políticos abordan los dilemas constitucionales que se suponen comunes a los sistemas políticos más modernos.

Es muy frecuente que esta tercera clase de trabajo académico comparado tenga un tono universalista y enfatice las similitudes amplias de los problemas y las funciones constitucionales entre sociedades políticas relativamente abiertas, regidas por el Estado de derecho. Mediante el estudio de las diversas manifestaciones y soluciones de problemas constitucionales análogos, nuestra comprensión de conceptos clave del derecho constitucional, como la separación de poderes, la interpretación de leyes o los derechos de igualdad, por citar unos cuantos ejemplos comunes, se vuelve más compleja y aguda en lo analítico. *La formación de conceptos a partir de descripciones múltiples* es el enfoque metodológico al que suele recurrir esta forma de estudio comparado.

Este enfoque sirve como principio organizador de los manuales más destacados de derecho constitucional comparado⁸. Cada capítulo del libro de Vicki Jackson y Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, por ejemplo, se dedica a explorar un aspecto o concepto importante del derecho constitucional moderno en la manera en que se manifiestan en

7 David Collier, "The Comparative Method: Two Decades of Change", en Dankwart Rustow y Kenneth Erickson (eds.), *Comparative Political Dynamics: Global Research Perspectives* (Nueva York: Harper Collins, 1991), p. 105.

8 Véase, por ejemplo, Vicki Jackson y Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law* (Nueva York: Foundation Press, 1999); Norman Dorsen et al., *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials* (St Paul, MN: Thomson/West, 2003); D. Kommers et al., *American Constitutional Law: Essays, Cases, and Comparative Notes* (2.^a ed.; Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 2004).

unas pocas sociedades políticas pertinentes. Un principio organizador parecido se aplica en el libro de David Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, en la que el autor dedica capítulos a la interpretación judicial comparada de conceptos como libertad, igualdad y proporcionalidad⁹. La misma racionalidad metodológica subyace a colecciones recientes de “ensayos de países” sobre temas como la independencia judicial¹⁰, la igualdad de género¹¹, el constitucionalismo en el mundo islámico¹² y la transición de regímenes autoritarios a regímenes democráticos constitucionales en Europa del Este y América Latina¹³.

Hay obras recientes que se ocupan de las estrategias innovadoras para mitigar la tensión entre constitucionalismo y democracia que proporcionan una muestra sustantiva de la formación de conceptos mediante el enfoque de la descripción múltiple. El nuevo mundo constitucionalista se ha convertido en un laboratorio vivo de innovación constitucional, de las cláusulas de “limitación” e “invalidación” de la carta canadiense al modelo “preferencial” de revisión constitucional de la nueva Carta de Derecho de Nueva Zelanda, pasando por la “declaración de incompatibilidad” contenida en la Ley de Derechos Humanos británica de 1998. Basándose en la descripción comparada de mecanismos adoptados en el mundo del nuevo constitucionalismo, los comparatistas en Canadá y Reino Unido, por ejemplo, han podido enriquecer la conversación con respecto a las cuestionables credenciales del constitucionalismo y han tenido éxito en revivir el debate, que estaba algo agotado en los Estados Unidos, sobre las dificultades “contramayoritarias” (de protección de las minorías)¹⁴.

Apoyándose en la misma justificación para el trabajo comparado, hay estudios recientes que han producido un concepto más cuidadoso del préstamo de ideas constitucionales entre tribunales, al introducir una distinción entre préstamos positivos y negativos. El primer tipo de préstamos está relacionado con el recurso judicial a conceptos constitucionales extranjeros como herramienta para mejorar las prácticas constitucionales de la sociedad política prestataria; el segundo tipo subraya la distinción y el contraste explícito con respecto a las experiencias constitucionales imperfectas

9 David Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2004).

10 Véase, por ejemplo, Peter Russell y David O'Brien (eds.), *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from Around the World* (Charlottesville: University Press of Virginia, 2001).

11 Véase, por ejemplo, Beverley Baines y Ruth Rubio-Marín (eds.), *The Gender of Constitutional Jurisprudence* (Nueva York: Cambridge University Press, 2005).

12 Véase, por ejemplo, Nathan Brown, *Constitutions in a Nonconstitutional World: Arab Basic Laws and the Prospects for Accountable Government* (Albany: State University of New York Press, 2001).

13 Dos buenos ejemplos de este género son William Prillaman, *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America: Declining Confidence in the Rule of Law* (Westport, CT: Praeger, 2000) y Herman Schwartz, (Chicago: University of Chicago Press, 2000).

14 Véase, por ejemplo, Janet Hiebert, “New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?”, 82 *Texas Law Review* 1963 (2004).

de otras sociedades como forma de justificar las prácticas constitucionales avanzadas¹⁵ de una sociedad política particular.

Otro ejemplo de trabajo de “densificación de conceptos mediante descripciones múltiples” nos lo proporcionan los análisis comparados recientes de normas y jurisprudencia constitucionales relativas a los derechos económicos y sociales “positivos” (es decir, el derecho básico a la vivienda, la educación, la salud)¹⁶. Al expandir nuestro conocimiento de las diversas posibilidad para promover ideas progresistas de justicia distributiva mediante la innovación constitucional e interpretativa en Bélgica, India, Hungría o Suráfrica, esos estudios comparados no solo elevan el nivel de complejidad al discutir el concepto de derechos constitucionales positivos, sino que también inyectan nueva vida a la cuestión casi moribunda de los derechos asistenciales del Estado de bienestar en el derecho constitucional norteamericano.

En resumen, la inmensa mayoría del trabajo académico constitucional comparado de elevada calidad, producido por académicos del derecho durante la última década, ha contribuido enormemente no solo a cartografiar y categorizar el nuevo mundo del constitucionalismo, sino también a la creación de un marco conceptual pertinente para el estudio del constitucionalismo comparado. De hecho, nunca debería subestimarse la importancia de la esfera de “formación de conceptos a partir de la descripción múltiple” de la indagación comparada. Adquirimos una comprensión más compleja y detallada de lo que significan conceptos como, por ejemplo, “sólidos” o “mamíferos” cuando estudiamos sus características diversas y comunes en distintos ejemplares de sus respectivas categorías. Como bien se sabe, las expediciones de Charles Darwin a las islas Galápagos en el Beagle (1832-1836) tuvieron inicialmente el modesto propósito de recoger e identificar nuevas especies de plantas y animales desconocidos para los académicos en la Europa del siglo xix. Los diversos hallazgos de Darwin fueron la base de su *Origen de las especies* y el desarrollo de una de las teorías más influyentes de la era moderna.

Sin embargo, si bien la acumulación sistemática de hechos, la descripción multifacética de fenómenos específicos y el desarrollo de conceptos y marcos de reflexión densos son todos indispensables para promover el conocimiento, la marca diferenciadora clave de lo que King, Keohane y Verba llaman una lógica unificada de la indagación científica es *realizar inferencias sobre causas y efectos* que vayan más allá de las observaciones

15 Sujit Choudhry, “The Lochner Era and Comparative Constitutionalism”, 2 *International Journal of Constitutional Law* 1 (2004); Kim Scheppelle, “Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-constitutional Influence Through Negative Models”, 1 *International Journal of Constitutional Law* 296 (2003).

16 Véase, por ejemplo, Mark Tushnet, “Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review”, 82 *Texas Law Review* 1895 (2004).

específicas recogidas¹⁷. Mientras que la tercera clase de trabajo académico comparado hace una buena labor a la hora de evaluar el ámbito, la extensión y la naturaleza de ciertos fenómenos pertinentes, proporciona explicaciones con “pruebas metodológicas” muy limitadas en cuanto a los orígenes y las causas de esos fenómenos.

La cuarta clase de estudios comparados intenta ir más allá del nivel de la descripción densa y su formación de conceptos para conseguir el fin último de la investigación social: *la elaboración de teorías mediante inferencia causal*¹⁸. Se basa en la idea de que una buena teoría requiere conceptos esclarecedores y también explicaciones causales de los fenómenos observados. Desde su nacimiento como disciplinas académicas autónomas, las ciencias sociales han estado siempre influenciadas por diversos enfoques de la investigación social. Reconozco que no es pacífico el reconocimiento de un fin orientado hacia la inferencia en los métodos cuantitativos y cualitativos. Sin embargo, la aspiración de *explicar*, y no solo de describir, los fenómenos sociales (incluidos los jurídicos) mediante la validación o refutación de proposiciones sobre el mundo es común a todos los enfoques, cuantitativos y cualitativos, comportamentales e interpretativos-históricos, de la investigación social usados en disciplinas como la sociología y la ciencia política, por no hablar de disciplinas más positivistas como la psicología social y la economía¹⁹.

Esa investigación orientada hacia la inferencia (cuantitativa o cualitativa) en las ciencias sociales requiere: (1) la formulación de hipótesis, modelos y argumentos comprobables con respecto a los posibles vínculos causales entre variables bien definidas; (2) la confirmación o refutación de estas hipótesis, modelos o argumentos mediante los pertinentes diseños de investigación, recogida de datos y análisis; y (3) la generación de conclusiones que sean probablemente ciertas y estén basadas en gran medida en la inferencia inductiva. La comparación controlada, la selección de casos y el diseño de investigación metodológicamente sagaz son herramientas críticas para conseguir estos fines. Justo por su falta tradicional de atención a los principios de la comparación controlada y de la selección de casos, las obras académicas de derecho constitucional comparado producidas por los académicos del derecho, sin perjuicio de sus enormes progresos en los últimos años, se quedan cortas a menudo a la hora de

17 Gary King et al., *Designing Social Inquiry: Scientific Inference in Qualitative Research* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1994).

18 *Ibid.*, p. 8.

19 Véase, por ejemplo, Henry Brady y David Collier (eds.), *Rethinking Social Inquiry: Diverse Tools, Shared Standards* (Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 2004); David Laitin, “The Perestroika Challenge to Social Science”, 31 *Politics & Society* 163 (2003); Sidney Tarrow, “Bridging the Quantitative- Qualitative Divide in Political Science”, 89 *American Political Science Review* 471 (1995).

hacer progresar el conocimiento de la forma buscada por la mayoría de los científicos sociales²⁰.

Los principios de la selección de casos en los estudios comparados orientados hacia la inferencia

La investigación experimental, el análisis estadístico de grandes conjuntos de datos (“N-grande”) y el examen sistemático de un número pequeño de casos (“N-pequeña”) son las tres principales formas de inferencia causal y comprobación de teorías usadas en el enfoque científico al estudio de la política y la sociedad²¹. La tercera categoría, los estudios de N-pequeña, es de lejos la forma de investigación más utilizada por los académicos dedicados al derecho y la política constitucional comparada. En las siguientes páginas explico la lógica de los principios básicos del diseño de investigación y la selección de casos que constituyen la fundamentación del método de la N-pequeña en la comprobación de teoría mediante la investigación comparada. Estos principios son (1) el principio de “los casos más parecidos”; (2) el principio de “los casos más diferentes”; (3) el principio de los “casos prototípicos”; (4) el principio de los “casos más difíciles”; y (5) el principio de los “casos atípicos”. Aunque hay académicos del derecho destacados que ocasionalmente siguen uno o más de estos cinco principios, la enorme mayoría del trabajo académico en el campo del derecho constitucional comparado, y del derecho comparado en general, no conoce estos principios o simplemente los pasa por alto. Ilustro la lógica de los principios de selección de casos orientados hacia la inferencia causal mediante la discusión de unas pocas obras comparadas que estudian la formación política de la revisión de constitucionalidad. Mi finalidad es mostrar cómo la adherencia a estos simples principios de selección de casos puede llevar el campo del derecho constitucional comparado más allá de la tercera clase de examen comparado —la formación de conceptos a partir de descripciones múltiples— al siguiente nivel de indagación comparada: la inferencia causal mediante la comparación controlada.

20 Una excepción notable a esta observación es el análisis económico del constitucionalismo, orientado genuinamente por la teoría; véase, por ejemplo, Robert Cooter, *The Strategic Constitution* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2000); o el “Symposium on Economic Analysis of Constitutional Law”, 3 *Theoretical Inquiries in Law* (2002).

21 Para un análisis adicional véase King et al., *Designing Social Inquiry*; Brady y Collier; “Rethinking Social Inquiry”, en Ian Shapiro et al. (eds.), *Problems and Methods in the Study of Politics* (Cambridge: Cambridge: University Press, 2004).

La lógica de los “casos más parecidos”

Inicialmente planteado por John Stuart Mill en *A System of Logic* (1843), y refinado y aplicado más tarde a las ciencias sociales por varios autores en las décadas de los sesenta y setenta del siglo xx, el diseño de investigación de los “casos más parecidos” (el “método de la diferencia” de Mill) y el diseño de investigación de los “casos más diferentes” (el “método del acuerdo” de Mill) sirven como dos principios de selección de casos estándar en la comparación controlada orientada hacia la inferencia en estudios cualitativos, de “N-pequeña”²². Según el enfoque de los “casos más parecidos”, para seleccionar casos parecidos los investigadores deberían comparar casos que tengan características similares, o casos cuyas variables o explicaciones potenciales que no son centrales para el estudio coincidan todas, pero que varíen en los valores de las variables independientes y dependientes principales. Al controlar variables o explicaciones potenciales que no son centrales para el estudio, el principio de los casos más parecidos ayuda a “aislar” la mayor significación de la varianza en la variable independiente principal que determina la varianza de la variable dependiente, y permiten, por lo tanto, una sustitución parcial a efectos de control estadístico o experimental. Es más, debido a que el principio de los casos más parecidos sugiere que los casos comparables deberían elegirse de manera que las variables no principales permanezcan constantes y, al mismo tiempo, se aisle el poder explicativo de la variable independiente principal, este enfoque es el más apropiado para la comparación diacrónica, en momentos distintos del tiempo, en una misma sociedad (por ejemplo, un estudio sobre los efectos de ciertos cambios mediante una comparación entre la situación antes del cambio y después del cambio).

En el estudio del derecho y la política constitucional comparada, una aplicación efectiva de la lógica de los casos más parecidos a la “vida real” nos la proporciona la obra de Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies*²³. El libro examina la evolución de tribunales constitucionales independientes durante las primeras etapas de liberalización democrática en sociedades que han dejado atrás regímenes autoritarios. En pocas palabras, Ginsburg argumenta que el establecimiento de la revisión de constitucionalidad en nuevas democracias es en gran medida una función de

22 Véase Adam Przeworski y Henry Teune, *The Logic of Comparative Social Inquiry* (Nueva York: Wiley-Interscience, 1970); Alexander George y Timothy McKeown, “Case Studies and Theories of Organizational Decision Making”, 2 *Advances in Information Processing in Organizations* 21 (1985); Charles Ragin, *The Comparative Method: Moving Beyond Qualitative and Quantitative Strategies* (Berkeley: University of California Press, 1989); Arend Lijphart, “Comparative Politics and Comparative Method”, 65 *American Political Science Review* 682 (1971); Sidney Verba, “Some Dilemmas of Political Research”, 20 *World Politics* 111 (1967).

23 Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003).

la política y de los intereses, y no un reflejo de factores sociales o macro-culturales. En concreto, la revisión de constitucionalidad puede proporcionar “garantías” para políticos autointeresados, con aversión al riesgo, que están negociando los términos de nuevos acuerdos constitucionales en condiciones de bloqueo político o de incertidumbre sistémica.

Para fundamentar su argumento, Ginsburg examina la creación de los tribunales constitucionales, una cuestión rara vez examinada, en tres nuevas democracias asiáticas: Taiwán, Mongolia y Corea. Los tres países comparten un contexto más o menos parecido. Los tres iniciaron una transición hacia la democracia a finales de la década de los ochenta y comienzos de los noventa del siglo xx. Los tribunales constitucionales que se acababan de establecer en los tres países sufrieron para mantener y mejorar su posición en entornos políticos que carecen de una tradición reconocida de independencia judicial y supremacía constitucional. A pesar de estas características comunes ha habido una gran varianza en la independencia judicial de un país a otro.

El proceso de democratización en Taiwán se controló por un único partido dominante, el ktm, que tenía un líder en extremo poderoso (Chiang Kai-shek). El resultado ha sido una reforma constitucional muy gradual y una evolución con un tribunal relativamente débil y dependiente de la esfera política (del Consejo de los Grandes Jueces). En Mongolia, el antiguo Partido Comunista enfrentó una fuerte oposición durante la etapa de negociación constitucional y no consiguió dictar los resultados de manera unilateral porque surgió un conjunto de nuevos partidos de oposición. Eso llevó a la creación en 1992 de una “vía intermedia”, un tribunal casi independiente, el Tsets constitucional. En cambio, la transformación constitucional en Corea tuvo lugar en medio de la incertidumbre originada por el bloqueo de tres partidos con aproximadamente la misma fuerza. En consecuencia, se estableció en 1988 un tribunal constitucional fuerte, relativamente independiente, como garantía política contra la incertidumbre electoral.

El requisito de casos comparables seleccionados con el fin de que las variables no principales permanezcan constantes, al mismo tiempo que se aísla el poder explicativo de la variable independiente principal, hace que el enfoque de los casos más parecidos sea el adecuado para las comparaciones diacrónicas, en momentos distintos del tiempo, en una misma sociedad (por ejemplo, un estudio de los efectos de un cierto cambio en una comparación entre la situación previa al cambio y la posterior). Debido a que la comparación se hace en dos periodos consecutivos en la misma sociedad (es decir, el contexto general pertinente se mantiene constante), el investigador puede controlar las posibles variables intervinientes y las explicaciones distintas a aquellas que desea destacar.

La ventaja metodológica significativa del principio de los casos más parecidos se ilustra en obras recientes que proponen el enfoque estratégico

para el estudio del comportamiento judicial. Según este enfoque, los jueces no se limitan a seguir los precedentes, a estructurar las políticas jurídicas o a tomar decisiones orientadas ideológicamente, sino que también son sujetos que toman decisiones estratégicas complejas, conscientes de que su rango de opciones de decisión está constreñido por las preferencias y las reacciones anticipadas de la esfera política circundante²⁴.

En un estudio reciente, Gretchen Helmke se apoya en un estudio diacrónico del comportamiento judicial en Argentina para mostrar este argumento. Mientras que los jueces de la Corte Suprema argentina mostraron poca voluntad de oponerse a la Junta Militar que gobernaba el país en su momento de máximo poder (1976-1981), se observa un aumento significativo de decisiones contrarias al Gobierno entre 1982 y 1983, cuando estaba claro que los días del régimen militar estaban contados. En el mismo sentido, la disposición de los jueces a dictar decisiones contra el Gobierno fue relativamente alta durante los años de democracia débil en Argentina (1983-1989), principalmente porque los jueces no enfrentaban amenazas creíbles. Sin embargo, cuando la popularidad de Carlos Menem creció y se pensó que la probabilidad de que fuera reelegido era alta, el porcentaje de decisiones antigubernamentales se redujo²⁵.

Como se sabe bien, en 1993, el presidente ruso Boris Yeltsin reaccionó ante una intervención hiperactiva de la Corte Constitucional en la esfera política rusa y firmó un decreto que suspendía la Corte Constitucional hasta la adopción de una nueva Constitución, una acción que marcó el declinar de la Corte Constitucional y de su controvertido presidente, Valerii Zorkin, y que llevó al establecimiento de la segunda Corte Constitucional. A partir de una comparación controlada de los casos entre la primera y la segunda Corte Constitucional, Lee Epstein *et al.* muestran que, en los años que siguieron a la reforma constitucional, y en marcada desviación con respecto a la era de la primera Corte, cuando los casos estuvieron dominados por casos sobre separación de poderes y federalismo, con una fuerte carga política, la segunda Corte Constitucional rusa se movió hacia la jurisprudencia de los derechos individuales, a la “zona segura”, y tendió a evitar los conflictos sobre separación de poderes y federalismo²⁶. Mediante una aplicación clásica del principio de los “casos más parecidos”

24 William Eskridge, “Reneging on History? Playing the Court/Congress/President Civil Rights Game”, 79 *California Law Review* 613 (1991); Cornell Clayton y Howard Gillman (eds.), *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches* (Chicago: University of Chicago Press, 1999); Lee Epstein y Jack Knight, “Towards a Strategic Revolution in Judicial Politics: A Look Back, A Look Ahead”, 53 *Political Research Quarterly* 625 (2000).

25 Gretchen Helmke, “The Logic of Strategic Defection: Court-Executive Relations in Argentina Under Dictatorship and Democracy”, 96 *American Political Science Review* 291 (2002). Véase también Gretchen Helmke, *Courts under Constraints: Judges, Generals, and Presidents in Argentina* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005).

26 Lee Epstein *et al.*, “The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government”, (2001) 35 *Law & Society Review* 117.

en dos periodos consecutivos del tiempo en la misma sociedad, los investigadores mostraron otro aspecto del enfoque estratégico de la decisión judicial: las duras respuestas políticas al activismo o a las intervenciones activistas indeseables por parte de tribunales tienen un efecto paralizador en los patrones de las decisiones judiciales.

La lógica de los “casos más diferentes”

Según el enfoque de los “casos más diferentes” con respecto a la selección de casos comparables, los investigadores deberían comparar casos que son diferentes en todas las variables no centrales para el estudio, pero que se corresponden en las variables que sí lo son, y se subraya, por lo tanto, la importancia de la congruencia de la variable independiente principal para explicar interpretaciones parecidas de la variable dependiente. Como hemos visto, la selección de casos comparables a partir del principio de los casos más parecidos destaca el poder explicativo de una variable o variables independientes que *varían* entre casos comparados. En contraste, la selección de casos comparables según el principio de los casos más diferentes subraya efectivamente el poder explicativo de las variables independientes principales con interpretaciones *parecidas* entre los casos comparados.

En un reciente artículo examiné la intervención secularizadora crucial de la jurisprudencia constitucional en tres países enfrentados a una profunda división entre lo secular y lo religioso: Egipto, Israel y Turquía²⁷. Estos tres países han sido testigos de un aumento considerable del apoyo popular a los movimientos políticos teocráticos y de su influencia en esas sociedades. Al mismo tiempo, estos tres países difieren en su reconocimiento formal de valores religiosos y en su compromiso con ellos. Por ejemplo, el art. 2.º de la Constitución egipcia, tras las enmiendas de 1980, declara que los principios de la jurisprudencia musulmana (la *sharía*) son la principal fuente de legislación en Egipto; mientras que Israel se define como un Estado “judío y democrático”; en cambio, la Turquía moderna se caracteriza como secular, y sigue el modelo estricto de separación entre Estado y religión. En consecuencia, hay diferencias considerables en los enfoques interpretativos y las soluciones prácticas adoptadas por los tribunales superiores respectivos de los tres países cuando se ocupan de cuestiones centrales sobre religión y Estado. La Corte Constitucional Suprema de Egipto ha desarrollado su “interpretación interna propia” moderada de las reglas y las normas religiosas. La Corte Suprema israelí ha abordado la tensión entre estos valores en conflicto recortando la autonomía jurisprudencial de las cortes y los tribunales religiosos, y sujetando

27 Ran Hirschl, “Constitutional Courts vs. Religious Fundamentalism: Three Middle Eastern Tales”, 82 *Texas Law Review* 1819 (2004).

su jurisprudencia a los principios generales del derecho administrativo y constitucional. La Corte Suprema turca, por otro lado, ha optado por la exclusión directa de los valores religiosos y las preferencias de política pública religiosa del discurso político legítimo. A pesar de estas diferencias hay paralelos sorprendentes en la forma en que los tribunales constitucionales en estos y otros países en situación parecida se han posicionado como fuerzas secularizadoras importantes en sus sociedades respectivas.

Aunque *diferentes* en muchos aspectos pertinentes, el mayor apoyo popular a los principios de la gobernanza teocrática en los tres países, junto con la amenaza que estos principios plantean a las tendencias culturales y a las preferencias de política pública de las élites seculares locales, produjeron una transferencia *parecida* de la esfera política a los tribunales constitucionales en los casos de cuestiones fundamentales de “Estado y religión”. Apoyándose en una facilidad de acceso desproporcionada y en su influencia en el campo jurídico, los que ejercen el poder político, y representan voces seculares en estas y otras sociedades que enfrentan divisiones profundas en torno a la división secular/religiosa, buscan garantizar que sus visiones liberales seculares y sus preferencias de política pública sean objetadas de manera menos efectiva. El resultado ha sido una judicialización sin precedentes de la identidad colectiva fundacional (en particular, de las cuestiones de “Estado y religión”) y la aparición consecuente de los tribunales constitucionales como guardianes importantes de intereses seculares en estos países²⁸.

“Casos prototípicos”

La lógica del principio de los “casos prototípicos” es bastante intuitiva. Si una investigación desea basarse en un número limitado de observaciones o de estudios de caso para comprobar la validez de una teoría o un argumento, estos deberían tener tantas características principales como sea posible similares a las que se encuentran en tantos casos como sea posible. A diferencia de la selección de casos asistemática en la mayoría de los estudios de derecho constitucional de país único, separados, un caso prototípico sirve como muestra representativa de otros casos que exhiben características pertinentes parecidas. Es probable que las teorías que pasen las pruebas planteadas por los casos prototípicos, por lo tanto, “viajen” bien y se apliquen en general a otros casos, que se presumen análogos²⁹.

28 Dos variaciones interesantes de los principios de selección de casos “más parecidos” y “más diferentes” las ofrecen Gary Jacobsohn, *The Wheel of Law: India's Secularism in Comparative Constitutional Context* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2003), y Leslie Goldstein, *Constituting Federal Sovereignty: The European Union in Comparative Context* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2001).

29 Stephen Van Evera, *Guide to Methods for Students of Political Science* (Ithaca: Cornell University Press, 1997), p. 84.

El aspecto esencial que hace que el estudio de casos prototípicos sea superior en lo metodológico a lo que los politólogos llaman “estudios de país/área” es la aplicabilidad de los hallazgos provenientes de los casos prototípicos a otros casos con circunstancias parecidas. A ese respecto, la lógica subyacente del principio de los casos prototípicos es la del “razonamiento por analogía”. Es decir, “si dos unidades son iguales en todos los aspectos relevantes [...] valores similares de las variables explicativas relevantes producirán valores similares de la variable dependiente”³⁰.

Observaciones comparadas de casos prototípicos sirven como base metodológica para la obra fundacional de los sociólogos pioneros del derecho Henry Maine, Emile Durkheim y Max Weber³¹. En su versión más contextualista, el análisis de los casos prototípicos se parece a lo que Clifford Geertz denominó “descripción densa”: un análisis profundo y detallado de un caso único que muestra tantas características arquetípicas como sea posible³². De esta forma, esa clase de estudios puede arrojar explicaciones iluminadoras “de tipo etnográfico” sobre la transformación constitucional en sociedades determinadas³³.

Una ilustración efectiva de la aplicación del principio de los casos prototípicos nos la proporciona Martin Shapiro en su libro *Courts: A Comparative and Political Analysis*, la primera aplicación sistemática de la teoría de los tribunales como instituciones políticas, propuesta por Robert Dahl, al estudio del derecho público comparado para apoyar la legitimidad de regímenes políticos³⁴. Se interpretan políticamente características e imágenes comunes de sistemas judiciales de todo el mundo (por ejemplo, independencia judicial, procesos de selección, percepciones sobre la imparcialidad y la justicia procedimental, los procesos de apelación, etcétera) con el fin de apoyar la jerarquía, la estabilidad y la legitimidad políticas.

Con el fin de ilustrar la aplicabilidad de su “argumento de los tribunales como instituciones políticas” en diversos contextos jurídicos, Shapiro analiza las principales características institucionales, jurisprudenciales y sociojurídicas de cuatro casos prototípicos, cada uno en representación de una de las principales tradiciones jurídicas distintas. Como caso prototípico del sistema de *common law*, caracterizado por la creación política de la independencia judicial y la imagen de imparcialidad judicial, se selecciona

30 King et al., *Designing Social Inquiry*, pp. 209, 212.

31 Véase, por ejemplo, Henry Maine, *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas* (Oxford: Oxford University Press, 1959); Émile Durkheim, *The Division of Labor in Society* (Glencoe, IL: Free Press, 1964); Max Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology* (Berkeley: University of California Press, 1978).

32 Véase “Description: Toward an Interpretive Theory of Culture”, en Clifford Geertz, *The Interpretation of Cultures: Selected Essays* (Nueva York: Basic, 1973).

33 Véase Kim Scheppelle, “Constitutional Ethnography: An Introduction”, 38 *Law & Society Review* 389 (2004).

34 Martin Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis* (Chicago: University of Chicago Press, 1981).

el sistema jurídico inglés. Francia e Italia sirven como ejemplos prototípicos de cómo los jueces en los sistemas de derecho civil, que se suelen percibir como vinculados a las normas preexistentes, ajustan su jurisprudencia conforme a los intereses del régimen político. La China imperial proporciona un caso prototípico de la creación política de la ética confuciana y de la mediación no litigiosa en el derecho asiático. Por último, el Imperio otomano ejemplifica un sistema político descentralizado que produce un mosaico jurisprudencial de decisiones judiciales seculares y religiosas, y también una “justicia del cadí”, no apelable en la jurisprudencia islámica, que refleja la ausencia de una autoridad política central. La conclusión de Shapiro es franca: a pesar de la variedad de culturas y tradiciones jurídicas en las que operan los tribunales en cada uno de estos casos prototípicos, y por extensión en muchos otros casos, se reflejan y promueven intereses sociopolíticos amplios.

Otra ilustración de los “casos prototípicos” nos la proporciona Mitchel Lasser en *Judicial Deliberations*³⁵. El libro de Lasser presenta un estudio de las diferencias entre países en discursos judiciales y estilos de argumentación. Propone que estas diferencias reflejan marcos ideológicos divergentes y metanarrativas nacionales, y no solo distinciones doctrinales muy reconocidas entre categorías amplias de tradiciones jurídicas. Sus tres estudios de caso escogidos, la *Cour de cassation* francesa, el Tribunal Supremo de Estados Unidos y el Tribunal Europeo de Justicia (TEJ), son prototípicos del derecho civil, del *common law* y de los sistemas de derecho supranacionales, respectivamente. La *Cour de cassation*, según Lasser, sigue un estilo de argumentación formalista o “gramatical”, en el que se hacen pocas o ninguna referencia a los medios interpretativos extrajudiciales, argumentos externos al texto, etcétera. Esto se refleja, entre otras cosas, en un marco institucional e ideológico unificado fundado sobre las ideas explícitamente republicanas de meritocracia y competencia gestora, y el énfasis a largo plazo del sistema jurídico francés en el control y la jerarquía y el profesionalismo. En cambio, el sistema judicial estadounidense deriva su legitimidad de un estilo de discurso judicial más hermenéutico, argumentativo y dialógico, que recurre con frecuencia a contextos discursivos fuera del texto legal y a medios interpretativos. Esto refleja la naturaleza descentralizada, multifocal, del sistema judicial estadounidense y el *ethos* político más deliberativo o democrático en el que opera. Por último, Lasser argumenta que el discurso judicial del TEJ, un caso prototípico de constitucionalismo supranacional, muestra elementos del enfoque “gramatical” francés y del “hermenéutico” estadounidense. Esto refleja la estructura discursiva jerárquica, francesa, del patrón original del TEJ, y también su contexto jurídico y político transnacional, inherentemente fracturado.

35 Mitchel Lasser, *Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy* (Oxford: Oxford University Press, 2004).

Los “casos más difíciles”

La investigación que analiza un único caso no es necesariamente negativa para la inferencia causal. Podría apoyarla incluso. Considérese la contribución del principio del “caso más difícil” a la sustentación de argumentos efectuados en un estudio de N-pequeña o de único país. El principio del “caso más difícil” se basa en una idea conocida en lógica formal como *ad absurdum*. Según este principio, nuestra confianza en la validez de una determinada afirmación, o en el poder explicativo de una determinada hipótesis, se refuerza una vez que se ha probado cierta en un caso que, *prima facie*, es el más difícil o, por lo menos, el menos favorable. De manera más moderada, “si el investigador escoge un estudio de caso que *a priori* es improbable que se ajuste a las predicciones teóricas —una observación “menos probable” —, pero la teoría resulta ser cierta de todas formas, la teoría ha pasado una prueba difícil, y tenemos razones para apoyarla con una mayor confianza”³⁶. En sentido contrario, si una afirmación o hipótesis no sobrevive el caso “más probable” o “más favorable”, su credibilidad se ve gravemente socavada. En resumen, un único caso crucial puede o validar positivamente una afirmación o “dar un golpe definitivo a una teoría”³⁷.

Una aplicación efectiva del principio del “caso más difícil” ayudó a convertir el libro de Gerald Rosenberg, *The Hollow Hope*, en una de las obras más influyentes sobre la cuestión de los efectos de las decisiones judiciales históricas³⁸. Como sugiere Rosenberg en su polémica contra el enfoque dominante de las “cortes dinámicas”, el papel del Tribunal Supremo de Estados Unidos en la producción de reformas sociales (al menos en el dominio de la “desegregación” racial y el aborto) ha sido mucho menos importante que lo que el sentido común dominante sugeriría. De hecho, las fuerzas de oposición hostiles fueron capaces de neutralizar la decisión en apariencia transformadora del Tribunal Supremo, y ampliamente celebrada, en *Brown v. Board of Education*, al menos en la década siguiente a la decisión. El progreso limitado que tuvo lugar tras la decisión se debió, según Rosenberg, a un cambio de fuerzas políticas relacionado claramente con el cambio de papel económico de los afroamericanos y su propio activismo extrajudicial; unos cambios que tenían poco que ver con la decisión del Tribunal Supremo. Además, los tribunales carecen de facultades independientes para hacer cumplir e implementar sus decisiones y, por consiguiente, sus esfuerzos por introducir cambios sociales están constreñidos institucionalmente; estas decisiones pueden ser obstaculizadas

36 King et al., *Designing Social Inquiry*, p. 209.

37 Harry Eckstein, “Case Study and Theory in Political Science”, en Fred Greenstein y Nelson Polsby (eds.), *Handbook of Political Science* vol. 7 (Reading: Addison-Wesley, 1975), p. 127.

38 Gerald Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* (Chicago: University of Chicago Press, 1991).

con facilidad si enfrentan una fuerte oposición política. Por lo tanto, los tribunales pueden producir efectivamente reformas sociales significativas cuando hay factores políticos extrajudiciales que favorecen el cambio o cuando las fuerzas de mercado ofrecen incentivos positivos para inducir al cumplimiento. Al apoyarse en los efectos sorprendentemente limitados de la decisión judicial más celebrada en la historia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, Rosenberg pudo utilizar la estrategia de los “casos más difíciles” para darle credibilidad a sus argumentos contraintuitivos.

La obra influyente de Charles Epp sobre la revolución de los derechos proporciona otro ejemplo de un uso efectivo de la lógica del “caso más difícil”³⁹. Epp sugiere que los efectos de los catálogos constitucionales de derechos pueden verse limitados por la incapacidad de los individuos de invocarlos mediante estrategias judiciales. Por consiguiente, las cartas de derechos importan en la medida en que cuenten con una estructura de apoyo para la movilización jurídica —un nexo entre las organizaciones activistas y los abogados defensores de los derechos, las facultades de derecho, los organismos públicos encargados del cumplimiento de los derechos y los sistemas de asistencia jurídica—. En otras palabras, si bien la existencia de normas constitucionales escritas es una condición necesaria para la protección efectiva de los derechos y las libertades, sin duda no es condición suficiente. La efectividad de las normas sobre derechos a la hora de plantar las semillas del cambio social en una sociedad política determinada depende en gran medida de la existencia de una estructura de apoyo para la movilización jurídica y, más en general, de condiciones socioculturales acogedoras.

Con el fin de demostrar esta afirmación general, Epp realiza un estudio comparado de la revolución de los derechos en varios países, en especial en Estados Unidos, India y Canadá. La revolución de los derechos en Estados Unidos tuvo lugar mediante una serie de decisiones históricas del Tribunal Supremo entre 1961 y 1976, y dependió, en gran medida, de la presión concertada efectuada por activistas de los derechos bien organizados. En cambio, en la India “el sistema de grupos de interés está fragmentado, la profesión jurídica está formada sobre todo por abogados que tienen prácticas individuales, no colectivas, y la disponibilidad de recursos para las apelaciones de naturaleza no económica es limitada”⁴⁰. Canadá presenta un “caso más difícil” para la tesis de Epp, puesto que ofrece, *prima facie*, una explicación simple, clara, del origen de la revolución de los derechos canadiense: la adopción en 1982 de la Carta de Derechos y Libertades. Sin embargo, el análisis de Epp sugiere que, en Canadá, el

39 Véase Charles Epp, “Do Bills of Rights Matter? The Canadian Charter of Rights and Freedoms”, 90 *American Journal of Political Science* 765 (1996); y Charles Epp, *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective* (Chicago: University of Chicago Press, 1998).

40 Epp, *The Rights Revolution*, p. 95.

activismo de los derechos y los índices de litigiosidad en pro de los derechos, al igual que su “estructura de apoyo a la movilización jurídica”, comenzó a ganar fuerza a comienzos de la década de los setenta del siglo xx, una década antes de la adopción de la Carta⁴¹. Aquí también la revolución de los derechos dependió en gran medida del crecimiento de la estructura de apoyo para la movilización jurídica y no simplemente de la protección formal de los derechos mediante normas constitucionales.

“Casos atípicos”

Los casos atípicos se dan cuando el resultado tiene una explicación pobre con las teorías existentes, pero puede abordarse con una nueva explicación. En esos casos, los valores de la variable dependiente son altos (es decir, el resultado ocurre con frecuencia o de manera significativa), mientras que los casos conocidos o las explicaciones existentes están ausentes (es decir, debe haber otra explicación)⁴². Este principio de selección de casos está diseñado para darle credibilidad a una explicación novedosa para un fenómeno determinado mediante la negación inicial de las explicaciones alternativas de ese fenómeno. Se apoya en un principio básico de la lógica formal, conforme al cual, mientras no se demuestre que una explicación o causa de un fenómeno es irrelevante, sigue siendo una explicación posible del resultado. En sentido contrario, negar la viabilidad de una causa posible para un determinado resultado aumenta nuestra confianza en otras explicaciones posibles para ese fenómeno. Cuando se usa el principio de los casos atípicos, nuestra confianza en una determinada explicación aumenta si se selecciona un caso o varios que no presentan ninguna explicación alternativa del fenómeno estudiado distinta a la nueva explicación que queremos proponer. En resumen, la selección de algunos casos atípicos que no se pueden explicar por las teorías existentes ayuda a fundamentar la nueva causa, explicación o argumento mediante la eliminación *a priori* de las explicaciones alternativas.

Considérese el siguiente ejemplo de la lógica de los “casos atípicos”. La constitucionalización de derechos y el establecimiento correspondiente de recursos de constitucionalidad se perciben, en general, como medidas de control del poder asociadas a menudo con valores liberales o igualitarios. En consecuencia, las teorías convencionales de la transformación constitucional describen la constitucionalización como el reflejo de un “compromiso previo” de una sociedad política contra las imperfecciones o deseos futuros dañinos de sus miembros⁴³, o como el reflejo de la convergencia

41 Epp, “Do Bills of Rights Matter?”.

42 Van Evera, *Guide to Methods*, pp. 86-87.

43 Véase, por ejemplo, John Elster, *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality* (ed. rev., Cambridge: Cambridge University Press, 1988); y Stephen Holmes, *Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy* (Chicago: University of Chicago Press, 1995).

de una sociedad política con el concepto denso, integral, de democracia y la priorización universal de los derechos humanos y los recursos de constitucionalidad ocurrida tras la Segunda Guerra Mundial⁴⁴. Desde un punto de vista más funcionalista, la constitucionalización se describe a menudo como un debilitamiento general de la confianza en el gobierno tecnocrático y un deseo concomitante de restringir los poderes discrecionales del Estado. Según esta tesis, los tribunales constitucionales tienden a ser más poderosos en sociedades políticas que les exigen controlar los límites del federalismo o de la separación de poderes⁴⁵. La constitucionalización puede reflejar también un intento de mitigar las tensiones en sociedades divididas por tensiones étnicas mediante la adopción del federalismo u otros principios de división del poder⁴⁶. Según la economía institucional y las teorías de la elección pública de la transformación constitucional, la constitucionalización de los derechos y el establecimiento de la revisión de constitucionalidad aumenta la predictibilidad económica y mitiga de manera eficiente los problemas sistémicos de acción colectiva, como la coordinación, el compromiso y el cumplimiento de las normas⁴⁷.

Por desgracia, ninguna de estas teorías dominantes de la transformación constitucional se basa en un análisis detallado o sistemático genuinamente comparado de los vectores políticos que sostienen las revoluciones constitucionales ocurridas en las últimas dos décadas. Es más, ninguna de estas teorías explica la gran varianza en el tiempo, alcance y naturaleza de las reformas constitucionales. En primer lugar, la aplicabilidad de algunas de estas teorías (por ejemplo, la teoría federalista/consociativista de la constitucionalización) se limita a un pequeño número de países. Lo que es más importante, si aplicamos cualquiera de estas teorías de transformación constitucional a cualquier sociedad que abraza el “nuevo constitucionalismo”, es difícil ver por qué los miembros de esa sociedad decidieron abrazar el modelo de supremacía constitucional pos Segunda Guerra Mundial en el año que lo hicieron y no antes. En el mismo sentido, si una determinada sociedad requiere de hecho la mitigación eficiente de los problemas sistémicos de acción colectiva, ¿cómo podemos explicar el hecho de que fracasaran los primeros intentos para resolver estos

44 El proponente más conocido de este enfoque es Ronald Dworkin; véanse, por ejemplo, sus obras *A Bill of Rights for Britain: Why British Liberty Needs Protection* (Londres: Chatto & Windus, 1990); y *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (Cambridge: Harvard University Press, 1996).

45 Véase Martin Shapiro, “The Success of Judicial Review and Democracy”, en Martin Shapiro y Alec Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization* (Oxford: Oxford University Press, 2002).

46 Las obras que proponen varias versiones de este enfoque “consociacional” son demasiado numerosos para citarlos; algunos de los exponentes más destacados de esta línea de pensamiento son Donald Horowitz, Arend Lijphart y Yash Ghai.

47 Véanse, por ejemplo, Douglass North y Barry Weingast, “Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutions Governing Public Choice in Seventeenth Century England”, 49 *Journal of Economic History* 803 (1989); Barry Weingast, “Constitutions as Governance Structures: The Political Foundations of Secure Markets”, 149 *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 286 (1993).

problemas mediante la constitucionalización en esas sociedades? Además, las teorías convencionales de la transformación constitucional tienden a concentrarse de manera exclusiva en explicar el cambio constitucional, al mismo tiempo que pasan por alto el bloqueo constitucional. Estas teorías no tienen en cuenta la agencia humana y el hecho de que las innovaciones jurídicas requieren innovadores jurídicos: personas que hagan elecciones con respecto al tiempo, el alcance y la extensión de las reformas jurídicas.

Para ocuparme de este vacío dediqué una parte sustancial de un libro recientemente publicado a un estudio comparado de los orígenes políticos de la constitucionalización en las democracias consolidadas⁴⁸. En concreto, sugiero en *Towards Juristocracy* que el empoderamiento judicial mediante la constitucionalización en muchos de los países que adoptan el “nuevo constitucionalismo” fue producto de acciones autointeresadas de grupos sociopolíticos hegemónicos, pero amenazados, que temían perder su control del poder político. La constitucionalización puede proporcionar una solución efectiva para grupos influyentes que tienen un mejor acceso al campo jurídico y tienen más influencia en él, y quienes, teniendo en cuenta la grave erosión de su apoyo popular, pueden buscar atrincherar sus preferencias políticas contra la influencia creciente de los grupos e intereses “periféricos”. Esa autolimitación estratégica, contraintuitiva, puede ser beneficiosa para las élites y los que ejercen el poder cuando se sienten amenazados si los límites impuestos a los elementos rivales del sistema político superan los límites que se les imponen a ellos mismos. Los innovadores estratégicos, autointeresados, del derecho —las élites políticas amenazadas, en asociación con élites económicas y judiciales que tienen intereses compatibles— determinan el tiempo, el alcance y la naturaleza de las reformas constitucionales. El empoderamiento judicial mediante la constitucionalización de los derechos a menudo no refleja una revolución genuinamente progresista en una sociedad; más bien, es evidencia de que ciertos grupos se apropian de la retórica de los derechos y el control judicial de constitucionalidad para fomentar su posición en la sociedad.

Sin debatir los méritos sustantivos de la tesis de la “preservación hegemónica”, la selección de casos fue un aspecto crucial del diseño de mi proyecto⁴⁹. A primera vista, las posibilidades de seleccionar casos parecen infinitas. En todo el mundo, más de ochenta países y varias entidades supranacionales han tenido reformas constitucionales fundamentales que han transferido a los jueces una cantidad de poder sin precedentes de las

48 Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Cambridge: Harvard University Press, 2004).

49 Para un estudio de los méritos de estas tesis véase, por ejemplo, Leslie Goldstein, “From Democracy to Juristocracy”, 38 *Law & Society Review* 611 (2004); Mark Graber, “Constructing Judicial Review”, 8 *Annual Review of Political Science* 425 (2005). Sobre otros planteamientos véanse Jan Klabbbers, “Review: Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism”, 16 *European Journal of International Law* 160 (2005); Mark Rush, “Review: Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism”, 14 *Law & Politics Book Review* 552 (2004).

instituciones representativas. Los países que han vivido esta expansión del poder judicial van del Bloque del Este hasta Canadá, de Latinoamérica a Suráfrica y del Reino Unido a Israel. Este aluvión de reformas constitucionales refleja varias situaciones comunes de constitucionalización.

Desde una perspectiva empírica, la mayoría de las revoluciones constitucionales de las últimas décadas presentan cinco situaciones comunes. En primer lugar, la constitucionalización puede surgir de la reconstrucción política a la estela de una crisis política existencial (por ejemplo, la adopción de nuevas constituciones tras la Segunda Guerra Mundial, como pasó en Japón en 1946, en Italia en 1948, en Alemania en 1949 y en Francia en 1958). En el mismo sentido, la constitucionalización puede surgir de procesos de descolonización (por ejemplo, en la India en 1948-1950) o puede derivar de una transición de regímenes autocráticos a democráticos (por ejemplo, las revoluciones constitucionales en las nuevas democracias del sur de Europa en la década de los setenta, y en Latinoamérica a finales de la década de los ochenta y comienzo de los noventa). Además, la constitucionalización puede reflejar un escenario de “transición dual”, en el que la constitucionalización es parte de una transición a un modelo de democracia occidental y también a una economía de mercado (como pasa con las numerosas revoluciones constitucionales de los países poscomunistas y possoviéticos). Por último, la incorporación de estándares internacionales, transnacionales o supranacionales al derecho nacional es otra explicación posible de la constitucionalización (por ejemplo, la aprobación de la Ley de Derechos Humanos de 1988 en Gran Bretaña, que efectivamente incorporó las normas de la Convención Europea de Derechos Humanos al derecho constitucional británico).

Cada uno de estos tipos de reforma constitucional plantea sus propios rompecabezas a los académicos estudiosos del derecho judicial y a la política judicial. Sin embargo, es la situación de “transición no aparente” de las revoluciones constitucionales la que encuentro más intrigante desde el punto de vista metodológico. En la categoría “ninguna de las anteriores”, las reformas constitucionales no han estado acompañadas, ni han sido resultado de cambios fundamentales en los regímenes políticos y económicos⁵⁰. Las revoluciones constitucionales en Canadá (1982) e Israel (1992-1995), por ejemplo, proporcionan un terreno de prueba casi ideal para identificar los orígenes políticos y las consecuencias de la constitucionalización de los derechos y el fortalecimiento del control judicial de constitucionalidad. Los dos países han sufrido una reforma constitucional importante en las últimas dos décadas. Sin embargo, a diferencia de muchos países del Bloque del Este, por ejemplo, estos cambios constitucionales radicales

50 Algunos ejemplos serían la revolución constitucional y el correspondiente fortalecimiento de los recursos de constitucionalidad en Suecia (1979), Egipto (1980), Canadá (1982), Nueva Zelanda (1990), Israel (1992), México (1994) y Tailandia (1997).

no han estado acompañados, ni son el resultado, de grandes cambios en el régimen político. Por esto, al seleccionar estos casos de “transición no aparente” es posible distinguir los orígenes políticos de la constitucionalización de otras explicaciones posibles (reconstrucción, independencia, democratización, incorporación).

Además, estos casos proporcionan una respuesta efectiva a las explicaciones efficientistas de la constitucionalización como proceso para mitigar problemas de información, compromisos creíbles y cumplimiento efectivo de las normas; no es claro por qué cualquiera de estas sociedades adoptaría esos mecanismos eficientes justo en el momento en el que lo hicieron y no antes. En el mismo sentido, estos casos ofrecen una respuesta convincente a la “proliferación democrática” generalizada, la “constitucionalización tras la Segunda Guerra Mundial” y las tesis de la “constitucionalización como precompromiso”. En ambos casos, es poco claro por qué los miembros de la sociedad canadiense o israelí decidieron comprometerse de manera anticipada contra sus propias imperfecciones o deseos futuros dañinos justo en 1982 (Canadá) o en 1992 (Israel) y no una década antes o después. En resumen, ninguna de las explicaciones generales da cuenta del momento preciso de las recientes revoluciones constitucionales en Canadá e Israel.

Sin embargo, la selección de casos no se agota aquí. Cuando se estudian los orígenes políticos de la constitucionalización (y también los orígenes políticos de otras reformas institucionales) es importante tener en cuenta acontecimientos que *no* pasaron y la motivación de los que tienen el poder para no comportarse de ciertas maneras. En otras palabras, los orígenes políticos de la reforma constitucional no se pueden estudiar en aislamiento de los orígenes políticos de los bloqueos y el estancamiento constitucional. Al estudiar los orígenes del estancamiento constitucional en la época de la preconstitucionalización en Canadá e Israel podemos comparar una serie de observaciones de “no causa/no efecto” (al menos con respecto a la nueva explicación y la variable independiente) con una serie de observaciones combinadas de “causa-efecto”. La propia selección de estos tres casos atípicos, por lo tanto, ayuda a sustentar la tesis de la preservación hegemónica al eliminar *a priori* las otras posibles explicaciones y producir una comparación controlada de casos “causa y efecto” frente a casos de “no causa/no efecto”.

Hacia un estudio unificado de la migración de ideas constitucionales

“Todos somos ahora comparatistas” parece haberse convertido en el lema de los juristas en todo el mundo. De un tema relativamente oscuro, estudiado por unos pocos devotos, el constitucionalismo comparado

ha surgido como uno de los más de moda en las obras académicas contemporáneas de derecho público. Durante la última década ha habido un espectacular aumento del número de abogados constitucionales que les presta atención, cercana o remota, al derecho y la política constitucional del extranjero. Ha habido también un aumento muy llamativo del número de libros sobre sistemas constitucionales comparados publicados por las editoriales académicas más prestigiosas. Revistas académicas, nuevas y tradicionales, se han dedicado al fomento del discurso académico sobre el tema. Las facultades de derecho mejor clasificadas consideran ahora los cursos sobre constitucionalismo comparado una adición esencial al currículo. Con este crecimiento brusco del interés y la atención, el campo del constitucionalismo comparado ha experimentado un avance tremendo durante los últimos pocos años. Sin embargo, el campo continúa careciendo de fundamentos metodológicos y epistemológicos. Su mayor potencial para la elaboración de teoría no se ha verificado en gran medida.

Una taxonomía detallada, más allá de la formación de conceptos complejos, es un elemento fundamental de cualquier indagación académica. Tiene gran importancia para el estudio del terreno todavía inexplorado del derecho constitucional comparado. Es más, la adscripción a principios cuasi científicos del diseño de investigación, orientados hacia la inferencia, sin duda no es el único modelo valioso de indagación social, y mucho menos jurídica. Todo tipo de indagación académica que haga progresar nuestro conocimiento y comprensión del derecho público de una forma significativa —sea cualitativa o cuantitativa, normativa o positivista, descriptiva o analítica— tiene un gran valor potencial. En consecuencia, la adscripción a los principios de diseño de investigación y selección de casos orientados hacia la inferencia no se requiere cuando no se pretende determinar la causalidad o el desarrollo de conocimiento explicativo. Sin embargo, la integridad intelectual requiere que cuando se aspira a hacer afirmaciones causales significativas o teorías explicativas mediante la investigación comparada, el investigador siga los principios de diseño de investigación y selección de casos orientados hacia la inferencia. No se requiere un conocimiento avanzado de los fundamentos epistemológicos de la investigación social ni dominar complejos métodos de investigación. Como hemos visto, llena ese vacío el seguimiento de unos pocos principios básicos, orientados hacia la inferencia, para la selección de casos, como los de los casos “más parecidos” y “más diferentes”, los casos “prototípicos”, los casos “más difíciles” y los “casos atípicos”.

Una atención más estrecha a esos principios de selección de casos, orientados hacia la inferencia, y su uso más frecuente tendrían un valor especial para el estudio de la migración transnacional de las ideas constitucionales. Después de todo, a pesar del acuerdo general de que ha ocurrido lugar una migración a gran escala de ideas constitucionales, sabemos todavía muy poco sobre el alcance real de este fenómeno, y todavía menos

sobre por qué, cuándo y cómo esa migración ha ocurrido o es probable que ocurra. ¿Qué sociedades y políticas son más receptivas a la migración transnacional de las ideas constitucionales que otras, y por qué? ¿Qué clases de controversias constitucionales son más favorables al préstamo entre tribunales? ¿Cuáles son los efectos de la migración de ideas constitucionales sobre los métodos de la interpretación y el razonamiento constitucionales? ¿Qué vínculos cruzados se pueden identificar entre el triunfo de la democracia, la aparición de una “aldea global” económica y cultural, y la migración transnacional de ideas constitucionales? ¿Qué explica la varianza de ámbito, naturaleza y tiempo en la convergencia de los distintos países con el modelo de supremacía constitucional? ¿Por qué ocurrió la migración de las ideas constitucionales y quiénes son sus principales agentes y defensores? Estas y otras preguntas pertinentes buscan explicar y determinar la causalidad, no solo cartografiar o describir ciertos fenómenos. Los estudios comparados que abordan esas cuestiones deben prestar atención cercana a las preocupaciones metodológicas y siguen principios de diseño de investigación y de selección de casos orientados hacia la inferencia.

Sin duda, el recurso a la investigación comparada en la búsqueda de la explicación de la varianza en los fenómenos jurídicos entre distintas sociedades no es extraño a la disciplina jurídica. La explicación, y no solo la simple descripción o taxonomía, ha sido desde hace tiempo uno de los objetivos de los enfoques evolucionistas y funcionalistas con respecto a la transformación jurídica, y al derecho comparado en general⁵¹. También ha caracterizado el movimiento del análisis económico del derecho y también la tendencia incipiente hacia el trabajo jurídico empírico. No hay razón *a priori*, evidente o sistemática por la cual el estudio del derecho constitucional comparado no pueda desarrollar un modo de trabajo académico más orientado a las explicaciones. Sin embargo, a pesar del destacable avance que ha hecho el derecho constitucional comparado en la última década, la mayoría de las obras destacadas del campo siguen estando retrasadas con respecto a las ciencias sociales en su capacidad para usar la comparación controlada para encontrar los vínculos causales entre las variables pertinentes. La inferencia causal, que cabe defender como el fin último de la indagación científica —sea esta cuantitativa o cualitativa, positivista o hermenéutica—, sigue estando en gran parte más allá del ámbito del trabajo académico en el derecho constitucional comparado.

Esto se puede explicar por varias razones, más allá de la preocupación genuina de algunos historiadores y antropólogos del derecho por el contexto, el significado y las contingencias. Las más destacadas de esas

51 Para un panorama general de la tradición evolucionista en el derecho comparado véase, por ejemplo, Peter Stein, *Legal Evolution: The Story of an Idea* (Cambridge: Cambridge University Press, 1980). Para un estudio general de la tradición funcionalista en el derecho comparado véase, por ejemplo, Michele Graziadei, “The Functionalist Heritage”, en Pierre Legrand y Roderick Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003).

razones son los límites doctrinales tradicionales, las trayectorias de la formación académica y las diferentes epistemologías de la indagación social y jurídica. Después de todo, hay todavía una resistencia persistente en el mundo académico jurídico al concepto de que el derecho, además de operar como un universo profesional semiautónomo con sus propias normas y justificaciones, es también un lugar de luchas sociales y enfrentamientos políticos, y también a la idea de que los tribunales son parte del sistema político, no algo aparte. Esta separación doctrinal del derecho y la política no ha sido superada por la mayoría de los académicos del derecho constitucional, que tal vez sea la rama política del derecho más visible. Mientras que los académicos del derecho que estudian el derecho constitucional tienden a apoyarse en el enfoque jurisprudencial, centrado en los tribunales, la mayoría de los científicos sociales tratan al derecho constitucional como una forma de hacer política.

Parte del problema refleja las dificultades inherentes al estudio de sistemas constitucionales extranjeros. El estudio del constitucionalismo comparado es una empresa seria, una obra de amor para este y otros autores, pero aun así una empresa difícil, que requiere un gran trabajo y consume mucho tiempo. De manera parecida a la antropología sociocultural, requiere una inversión enorme de recursos materiales e intelectuales propios. Las herramientas básicas del comparatista deben incluir las competencias lingüísticas y jurídicas pertinentes; un conocimiento detallado de los sistemas jurídicos, la jurisprudencia y los legados extranjeros; familiaridad con las metodologías comparadas básicas, sean cuantitativas o cualitativas; la capacidad de estar informado permanentemente sobre los desarrollos constitucionales extranjeros, a veces poco publicitados; sensibilidad cultural; y la disposición a pasar largos periodos de tiempo haciendo trabajo de campo en condiciones menos que ideales. Los puestos académicos en esta área son escasos. Es claro que el derecho constitucional comparado, aunque se haya puesto de moda, no es uno de esos campos que ofrecen rápidos beneficios, “en cuanto te subes al tren”.

Sin embargo, una parte significativa del problema refleja la matriz metodológica generalmente difusa, por no decir subdesarrollada, del derecho constitucional comparado. Demasiados comparatistas constitucionales siguen todavía un conveniente enfoque de “selección por conveniencia” con respecto a la selección de casos, al mismo tiempo que pasan por alto (o desconocen) los principios metodológicos básicos de la comparación controlada y el diseño de investigación a los que se recurre con frecuencia en las ciencias sociales. El recurso continuo a esa práctica sistemática, ligera en lo metodológico, con respecto al diseño de la investigación y a la selección de casos no sirve bien al propósito de elaborar teorías serias. De hecho, es justo debido a esa falta de atención tradicional a los principios de la comparación controlada y la selección de casos que las obras académicas de derecho constitucional comparado escritas por académicos del derecho

—sin perjuicio del progreso en los últimos años— no logran a menudo hacer progresar el conocimiento de la manera pretendida por la mayoría de los científicos sociales.

Tal vez haya llegado el tiempo de que los académicos del derecho constitucional comparado se liberen de las restricciones doctrinales tradicionales y contribuyan de una forma más significativa a la elaboración de teorías mediante la utilización de formas metodológicamente más rigurosas de diseño de la investigación y selección de casos. Esa convergencia no solo ayudaría a superar la distancia entre la teoría y la política constitucionales. También produciría un proyecto del derecho constitucional comparado más unificado y coherente.

PARTE II

LA CIRCULACIÓN DE CONOCIMIENTO JURÍDICO: LOS TRASPLANTES JURÍDICOS

Introducción a los trasplantes jurídicos^{*, **}

Alan Watson

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.719>.

** Este capítulo es una traducción del capítulo 4 del libro de Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (Athens y Londres: University of Georgia Press, 1993).

El derecho contiene muchas paradojas. Tal vez la más extraña de todas sea que, por un lado, el derecho de un pueblo se podría considerar particular de este, es decir, una señal de su identidad, y, de hecho, cabe destacar cuán diferentes pueden ser dos sistemas relacionados estrechamente en detalles importantes; y, por otro lado, los trasplantes jurídicos —el movimiento de una norma o un sistema jurídico de un país a otro, o de un pueblo a otro— han sido comunes desde los primeros tiempos de la historia conocida.

Es así como, en la Alemania del siglo xix, Savigny podía declarar¹:

Cuando encontramos la primera historia documental, el derecho civil ya tiene un carácter determinado, particular del pueblo, igual que lo tiene su lenguaje, sus hábitos, su constitución. De hecho, estos fenómenos no tienen existencia separada, son solo los poderes y las funciones específicos de un pueblo individual, unidos inseparablemente en su naturaleza, y se muestran como características específicas solo a nuestra observación.

Y en otro sitio dice²:

Si vamos más allá y nos preguntamos cuál es el sujeto para y por el cual el derecho positivo existe, encontramos que ese es el pueblo. El derecho positivo vive en la conciencia colectiva del pueblo, y por consiguiente tenemos que llamarlo también el derecho del pueblo (*Volksrecht*). Sin embargo, no deberíamos entender que es cada uno de los miembros del pueblo el que con su voluntad arbitraria produce el derecho [...] Es más bien el espíritu

1 Friedrich Carl von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Heidelberg: Mohr und Zimmer; 1814), p. 8.

2 Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, i (Berlín: Veit und Comp., 1840), p. 14.

del pueblo (*Volksgeist*), que vive y actúa en todos los individuos juntos, el que crea el derecho positivo, que es, por consiguiente, uno y el mismo derecho para la conciencia de cada individuo, no por accidente, sino necesariamente.

En la Escocia del siglo xx, Thomas B. Smith podía abrir el prefacio de su *Short Commentary on the Law of Scotland* así³: “Desde su unión con Inglaterra en 1707, en cierto sentido Escocia ha sobrevivido como nación gracias a sus leyes y a su sistema jurídico”; y el juez escocés más celebrado del siglo, Lord Cooper de Culross, podía afirmar con seguridad⁴: “La verdad es que el derecho es el reflejo del espíritu de un pueblo, y en tanto los escoceses sean conscientes de que son un pueblo, deben preservar su derecho”.

Sin embargo, también es un hecho aceptado que la mayor parte del derecho privado de todos los sistemas jurídicos modernos del mundo occidental (y también de algunos países no occidentales), dejando a un lado a los escandinavos, procede más o menos directamente del derecho civil romano o del *common law* inglés. Cohen y Cohen, al estudiar los contratos, dicen con razón⁵:

Y si la diversidad de teorías del contrato es sorprendente, hay razones para sorprenderse y reflexionar por igual sobre el hecho de que pensadores y sociedades en polos geográficos, culturales y económicos opuestos estén con frecuencia de acuerdo en normas específicas del derecho de contratos. Extractos del Código Civil de España que muestran normas contractuales igual de válidas en Francia, Chile, Colombia, Alemania, Holanda, Italia, México, Portugal y muchas otras tierras, y respetadas por igual en el siglo xviii y en otros siglos, suponen un reto sustantivo a la perspectiva de que el derecho refleja todos los cambios de las economías cambiantes y toda la diversidad de civilizaciones diferentes. El espectáculo de Pollock cuando describe el *common law* inglés mediante citas de párrafos completos procedentes de la descripción del derecho de la Roma antigua, tomadas de un académico alemán, plantea un problema a los que piensan, junto a Holmes, que el *common law* no es “una presencia omnipresente en el cielo, sino la voz expresada de algún soberano o cuasi soberano que se puede identificar”.

3 Thomas B. Smith, “Strange Gods: The Crisis of Scots Law as a Civilian System”, *Studies Critical and Comparative* (Edinburgo: W. Green and Océana Publications, 1962). En los últimos años ha adoptado una actitud menos radical: Thomas B. Smith, “Scottish Nationalism, Law and Self-Government”, en Neil MacCormick (ed.), *The Scottish Debate* (Londres: Oxford University Press, 1970), pp. 34 y ss.

4 Lord Cooper de Culross, “The Scottish Legal Tradition”, en *Selected Papers* (Edinburgo: Oliver & Boyd, 1957), p. 199.

5 Morris R. Cohen y Felix S. Cohen, *Readings in Jurisprudence and Legal Philosophy* (Boston-Toronto: University of Toronto Press, 1951), p. 101.

Roscoe Pound, a su vez, escribe que “La historia de un sistema de derecho es en gran parte la historia de los préstamos de materiales jurídicos de otros sistemas jurídicos y de la asimilación de materiales externos al derecho”⁶.

El fenómeno del trasplante no se ciñe al mundo moderno. Tiene poco sentido buscar el primer caso conocido —la pura casualidad determinaría eso—, pero se puede encontrar un buen ejemplo precoz en las normas antiguas de Oriente Medio sobre los bueyes corneadores. Una de las Leyes de Eshnunna⁷ (que se remontan al menos al siglo XVIII a. C.) dispone lo siguiente⁸:

Si un buey cornea, y el guardián (las autoridades) se lo ha hecho saber a su dueño, y no obstante este *no controla* a su buey, y el buey cornea a un hombre y lo mata, el dueño del buey deberá entregar dos tercios de una mina de plata.

Si cornea a un esclavo y muere a consecuencia de ello, el dueño deberá pagar 14 siclos de plata.

Y el Código de Hammurabi babilónico (elaborado como muy pronto a principios del siglo XVII a. C.) contiene esta norma⁹:

Si el buey de un hombre cornea y el guardián (autoridades) le ha hecho saber que cornea, pero no recorta sus cuernos, ni ata al buey, y el buey cornea al hijo de hombre y le causa la muerte, deberá entregar media mina de plata.

Si la víctima era un esclavo de un hombre, entregará un tercio de una mina de plata.

El Éxodo (de fecha incierta, pero posterior en varios siglos al Código de Hammurabi) establece¹⁰:

Si un buey mata a cornadas a un hombre o a una mujer, el buey deberá ser lapidado hasta morir y no se comerá su carne, pero el dueño del buey no sufrirá castigo. Sin embargo, si el buey ya había corneado a otros antes, y se le había dicho a su dueño y este no lo controla, y el buey mata a un hombre o a una mujer, el buey será lapidado hasta morir y su propietario

6 Algunos antropólogos han afirmado que “la cultura se desarrolla principalmente mediante los préstamos causados por la posibilidad del contacto”, Robert H. Lowie, *Primitive Society* (Nueva York: Boni and Liveright, 1920), p. 441.

7 Una ciudad al este del Tigris, situada en uno de sus afluentes.

8 Leyes de Eshnunna, 54/55.

9 Código de Hammurabi, 251/252.

10 Éxodo, 21.28-32.

también será ejecutado. Si los familiares le imponen el pago de una suma de dinero, entonces entregará a cambio de su vida la cantidad que se le imponga. Si cornea al hijo o la hija de alguien, se le aplicará la misma regla. Pero si el buey cornea a un esclavo o a una esclava, entregará a su dueño treinta siclos de plata y el buey será lapidado hasta morir.

Estas tres normas tienen parecidos tanto en su contenido como en su formulación. En cuanto a su contenido obsérvese que conciernen a una situación en la que el dueño del buey ha sido notificado oficialmente¹¹ de que tenía un animal peligroso. La necesidad de esa notificación para que se produzcan las consecuencias establecidas en el derecho no es normal ni el mundo antiguo ni en el mundo moderno.

Podría compararse el Eshnunna con el Éxodo. Así, el Eshnunna dice¹² que “Si un buey cornea a otro buey y lo mata, los dueños de los bueyes se dividirán el precio del buey vivo y el cadáver del buey muerto”. Y el Éxodo afirma¹³ que “Si el buey de un hombre cornea y mata al buey de otra persona, entonces deberán vender el buey vivo y dividirse la plata obtenida; y el buey muerto también lo dividirán”.

El contenido básico de estas normas no se haya en ningún otro sistema jurídico. La norma tiene ventajas evidentes: no se plantea la “culpa” del animal; los problemas de causación, en el sentido de cuál fue el animal que comenzó la pelea, se evitan¹⁴. Sin embargo, tiene también desventajas, puesto que parece demasiado restrictiva. Sin duda, se puede extender por analogía al caso en el que, por ejemplo, pelean dos carneros. Sin embargo, por la manera de valorar los daños no tiene aplicación evidente cuando los antagonistas pertenecen a diferentes especies. ¿Y qué pasa si el buey muerto era viejo y sin valor, mientras que el otro está en su mejor momento? Debería señalarse que en las leyes del Eshnunna y el Éxodo esa norma no está complementada por otras que cubran esas situaciones. En el derecho romano, por ejemplo, el enfoque es muy diferente¹⁵. La *actio de pauperi* hace responsable al propietario de un animal que haya causado daños y le obliga a entregar una cantidad de dinero equivalente a la pérdida o entregar el animal que causó los daños. Cuando carneros o toros pelean, y un animal mata a otro, Quinto Mucio, cónsul en el 95 a. C, estableció una

11 Por lo tanto, difiere de la regla del ánimo fraudulento del *common law* inglés.

12 Leyes de Eshnunna, 53.

13 Éxodo, 21.35.

14 Aunque hay una diferencia entre los dos textos en este punto. Los documentos en hebreo y el Éxodo solo dicen “murió”, mientras que en las leyes de Eshnunna el verbo *uš-ta-nsi-it* está en forma causativa, “hiciera que muriese”.

15 El derecho romano se cita para mostrar un enfoque diferente (y mejor), y no se sugiere que exista una relación comparada entre las normas de Oriente Próximo y las normas romanas.

distinción: si el animal que atacó es el que muere no cabe presentar una acción; si el que no atacó muere, existe la acción^{16, 17}.

Ahora bien, estas reglas del Eshnunna, del Código de Hammurabi y del Éxodo que hemos analizado muestran parecidos en su formulación y su contenido, de manera que debe haber alguna conexión entre ellas, aunque pueda ser lejana. La naturaleza de los parecidos formales y sustantivos es tal que excluye la posibilidad de desarrollos jurídicos paralelos. Es probable que compartan una fuente común última¹⁸. Por consiguiente, ya se observan trasplantes jurídicos en la antigüedad remota y es probable que no fueran infrecuentes. No obstante, un creyente en el "Volkgeist" se confortará al ver las diferencias más o menos claras existentes entre las reglas¹⁹.

Antes de estudiar con mayor cuidado la naturaleza y el significado de los trasplantes jurídicos es pertinente una advertencia. El viejo proverbio de "Busca y encontrarás" es de aplicación aquí con bastante fuerza. La codificación romana más antigua, las Doce Tablas, se realizó, o así se dice, en los años 451/450 a. C. Según la principal tradición romana, se había enviado primero una delegación al extranjero para que estudiaran las leyes de algunas ciudades-estado griegas, incluida Atenas, para examinar allí las Leyes de Solón, pero las tradiciones sobre lo que pasaba en la Roma antigua no son siempre fiables²⁰. La mayoría de los académicos modernos creen que la influencia griega en ese código fue muy considerable, aunque niegan que la delegación fuera a Grecia (o siquiera que existiera), y consideran que el principal punto de contacto fue la Magna Grecia²¹. Unos pocos juristas parecen mantener reservas²². La argumentación solo puede ser indirecta a la vista de la naturaleza de las fuentes: los parecidos entre unas pocas normas jurídicas específicas no tienen una importancia especial, ni

16 D. 9. 1. 1. 11 (Ulpiano 18 *ad* ed.).

17 Para la venganza sobre animales que causaron daños véase el largo pasaje de James G. Frazer citado por Theodor H. Gaster; *Myth, Legend, and Custom in the Old Testament* (Nueva York: Harper & Row, 1969), pp. 243 y ss., y las notas en las páginas 387-388.

18 Sobre todo esto véase Reuven Yaron, "The Goring Ox in Near Eastern Laws", 1 *Israel Law Review* (1966), pp. 396 y ss.; cfr. Richard Haase, "Die Behandlung von Tierschaden in den Keilschriftrechten", 14 *R.I.D.A.* (1967), pp. 11 y ss.

19 Un enfoque parecido se encuentra en Moshe Greenberg, "Some Postulates of Biblical Criminal Law", en Menahem Haran (ed.), *Yehezkel Kaufmann Jubilee Volume* (Jerusalén: Magnes 1960), pp. 5 y ss.

20 Las principales fuentes relevantes son Livy, 3. 31. 8; 3. 32. 6; Dionisio de Halicarnaso, 10. 51. 5; 10. 52. 4; Cicero, *de leg.* 2. 23. 59; 2. 25. 64. Véanse también los textos citados por Franz Wieacker, "Die xii Tafeln in ihrem Jahrhundert", *Entretiens sur l'antiquité classique*, vol. XIII: *les origines de la République romaine* (Vandoeuvres-Gentve: Fondation Hardt, 1967), pp. 338 y ss.

21 Por ejemplo, Wieacker, "xii Tafeln", pp. 330 y ss., y los autores que cita, p. 330, n. 2; "Solon und die xii Tafeln", *Studi in onore di E. Volterra*, III (Milan: A. Giuffrè, 1971), pp. 757 y ss.; Eduard Norden, *Aus altrömischen Priesterbüchern* (Lund, 1939), pp. 254 y ss., y 262 y ss.; Leonard R. Palmer, *The Latin Language* (Londres: Faber and Faber, 1954), p. 64; Josef Delz, "Der griechische Einfluß auf die Zwölftafelgesetzgebung", 12 *Museum Helveticum*, (1966), pp. 69 y ss.

22 Por ejemplo, Vincenzo Arangio-Ruiz, *Storia del diritto romano* (7.^a ed.; Nápoles: Jovene, 1957), p. 56.

la tienen las afirmaciones de un autor muy posterior de que una cierta norma fue producto de un préstamo directo²³.

Los académicos que piensan que hubo una considerable influencia directa de Grecia en las normas de las Doce Tablas parecen apoyarse con fuerza en tres argumentos. El primero son los parecidos en su contenido y la formulación con los códigos legales griegos, por ejemplo, con el de Gortina en Creta²⁴. Sin duda hay parecidos, pero no más de los que cabría esperar entre civilizaciones con niveles de desarrollo no muy diferentes²⁵. De hecho, tanto en su estilo como en su sustancia, las Doce Tablas están en general más cercanas a las Leyes de Lipit-Ishtar (de la primera mitad del siglo XIX a. C.) y de Eshnunna, y al Código de Hammurabi^{26,27}, pero no se ha sugerido jamás que se enviara una delegación romana a Asia Menor y a Mesopotamia.

El segundo argumento es que la palabra *poena*, pena o castigo, que aparece en las Doce Tablas²⁸, y que es una palabra central del vocabulario jurídico, se toma prestada del griego —del dórico más exactamente—, *ποινή*. De hecho, Norden²⁹ acierta al señalar que el préstamo debe haber ocurrido antes de las Doce Tablas, puesto que, de lo contrario, los *decemviri* no habrían incluido la palabra en ese código jurídico. Sin embargo, el préstamo de la palabra *poena* no puede tomarse como prueba de la influencia del derecho dórico —es decir, en este caso, de la Magna Grecia— en el derecho romano. En primer lugar, no es completamente cierto de que *poena* sea un préstamo directo del griego: es posible, aunque improbable, que se tomara prestada de segunda mano y que primero hubiera pasado por

23 Debe hacerse referencia especial a la afirmación de Cicerón en *de re pub.* II, 23.59 y II, 25.64, según el cual las normas de las Doce Tablas sobre duelo derivaban de la legislación de Solón, en especial la restricción de las tres *ricinia*: cfr. Wieacker, "xii Tafeln", pp. 345 y ss. Esto no quiere decir en absoluto que Cicerón tenga razón. Así, (1) las *ricinia* de las Doce Tablas, fueran lo que fueran —los antiguos no están de acuerdo; Festus, s.v. *Recinium*, Nonius, s.v. *Ricinium*— no parecen haber sido las mismas que los *ῥιμία* de Solón en Plutarco; Solón, 21.5; (2) la legislación de Solón habla de tres *ῥιμία*, las Doce Tablas de tres *ricinia* más una *tunica purpurea*, así que a la correspondencia le falta algo; y (3) las *ῥιμία* de Solón se enterraban con el cuerpo, pero ¿estamos seguros de que así pasaba con las *ricinia*? Cicerón, al referirse a la norma de las Doce Tablas, dice *Extenuate igitur sumptu tribus riciniis et tunica purpurea et decern tibicinibus*. No hay duda de que los diez flautistas no fueron enterrados y en el Código podría no haber nada que justifique la suposición aparente de Cicerón de que las *ricinia* sí lo fueron. Varro (en Nonius s.v. *Ricinium*) cree que las *ricinia* eran una vestimenta especial de duelo vestida por las mujeres (y no prendas dejadas en la tumba con el cadáver).

24 Cfr. Norden, *Priesterbüchem*, pp. 254, 257; Palmer, *loc. cit.*; Wieacker, "xii Tafeln", pp. 331-332, 351-352. La edición más conveniente de las leyes de Gortina, con traducción al inglés, es la de Ronald F. Willetts, *The Law Code of Gortina* (Berlín: Walter de Gruyter, 1967).

25 Aunque Gortina estaba sin duda más avanzada en esa época.

26 La compilación más conveniente de la traducción de estas leyes se encuentra en James B. Pritchard (ed.), *Ancient Near Eastern Texts Relating to the Old Testament* (3.^a ed.; Princeton: Princeton University Press, 1969), pp. 159 y ss.

27 No tendría sentido mostrar las normas específicas de cada lado. Los códigos deben estudiarse en su conjunto.

28 Doce Tablas, 8.4.

29 *Priesterbüchem*, p. 254; Palmer, *loc. cit.*; Wieacker, "xii Tafeln", p. 352.

alguna lengua intermedia, como el osco-umbro³⁰. Todavía más importante, es extremadamente probable que *poena*, como la mayor parte de los primeros préstamos del griego, viniera del “Volkssprache” y se tomara prestada para indicar el castigo de un esclavo por su amo³¹. Si este enfoque es correcto, entonces la existencia de la palabra *poena* en latín antes de la redacción de las Doce Tablas no requeriría el conocimiento romano de los códigos legales griegos.

El tercer argumento es el de la intensidad de la influencia griega en Roma antes de mediados del siglo V a. C., que es muy clara en la religión, las artes y los oficios, y el comercio³². De hecho, esta influencia es intensa en muchos campos, pero sería peligroso inferir que influenció también el derecho romano³³. Una de las características más notables (y extrañas) de ese derecho, al menos en las épocas para las que tenemos más evidencia, es su independencia con respecto a influencias extranjeras. Es así que los últimos doscientos años de la República son la época en la que la influencia griega en Roma fue más fuerte, pero sería difícil encontrar una sola norma jurídica que debiera su existencia a los contactos griegos³⁴. Me gustaría subrayar en este punto que no niego que hubiera una delegación enviada para estudiar las leyes griegas, ni que hubiera importaciones griegas en las Doce Tablas³⁵. Tampoco lo afirmo. Mi explicación es que los principales argumentos que se usan para confirmar la tradición romana no son sólidos y que no hay pruebas³⁶.

Un último aspecto preliminar. Un trasplante jurídico exitoso, como el de un órgano humano, crecerá en su nuevo cuerpo y se convertirá en parte de él de la misma forma que la norma o la institución hubiera continuado su desarrollo en el sistema donante. Los desarrollos posteriores en el

30 Cfr., por ejemplo, Georg Ciulei, “Über das Wort ‘poena’ in Lex xii Tabularum”, 41 *Rheinisches Museum für Philologie* (1942), pp. 287-288; Giacomo Devoto, *Storia della lingua di Roma* (2.ª reimpresión; Bolonia: Licinio Cappelli, 1944), p. 21.

31 Cfr. Alfred Ernout y Antoine Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, II (4.ª ed.; París: C. Klincksieck, 1960), p. 518.

32 Cfr. para todos, Wieacker, “xii Tafeln”, pp. 334-335.

33 De hecho, habría que observar que el propio Wieacker pensó que la recepción del derecho griego era menos sorprendente que el hecho de que las Doce Tablas hubieran permanecido tan completamente romanas: “xii Tafeln”, p. 353.

34 Aunque se sugiere con frecuencia que la influencia griega fue importante en el desarrollo del delito de *iniuria*. El asunto se analiza con mayor detalle en Watson, *Legal Transplants*.

35 Es posible que hubiera alguna influencia semítica en el primer derecho romano y eso se ha pasado por alto o minusvalorado continuamente; cfr. Jacob J. Rabinowitz, *Jewish Law, Its Influence on the Development of Legal Institutions* (Nueva York: Bloch Publishing Company, 1956), pp. 1-2; y Reuven Yaron, “Semitic Elements in Early Rome”, en Alan Watson (ed.), *Daube Noster* (Edinburgo y Londres: Scottish Academic Press, 1974), pp. 343 y ss.

36 Otro caso de “busca y encontrarás” se da en los primeros años del siglo xx, tras el descubrimiento del Código de Hammurabi, cuando muchos académicos pensaron que podrían observar una influencia considerable de ese código en el Antiguo Testamento; cfr. la literatura y una crítica de ese enfoque en Bernard S. Jackson, “Evolution and Foreign Influence in Ancient Law”, 16 *American Journal of Comparative Law* 372 (1968), p. 373.

sistema receptor no deberían confundirse con un rechazo del trasplante. Por dar un ejemplo: cuando la Lex Aquilia romana, del 287 a. C. —que concedía una acción en casos de pérdida financiera producto de un perjuicio ilegítimo a la propiedad, incluidos los esclavos— se recibió por los Estados posteriores de Europa Occidental, se trató como si cubriera las lesiones a los hombres libres, y probablemente fuera razonable. Las acciones romanas análogas, *actiones utiles* y *actiones in factum*, se habían otorgado ya para extender de manera efectiva el ámbito de la Lex Aquilia³⁷. La acción basada en la Lex Aquilia en Roma concernía solo a las pérdidas financieras y, por lo tanto, aunque no hay evidencia directa, no cabría cuando solo hubiera desfiguración.

Así se declara expresamente en el Digesto justiniano para otra acción³⁸: “pero no se da ninguna valoración para las cicatrices o las deformidades, puesto que el cuerpo de los hombres libres no admite ninguna valoración”³⁹. Los juristas holandeses del siglo xvii, que aceptaban la recepción de la Lex Aquilia en su territorio, concedieron una acción para el desfiguramiento⁴⁰, aunque reconocían que iba en contra del derecho romano⁴¹. Eso fue producto de un desarrollo jurídico bastante lento, que comenzó con Alberticus de Rosate ya en el siglo xiv; sin embargo, no hace falta remontarse tan atrás y basta con mirar lo escrito por el español Antonio Gómez en el siglo xvi, que parece ser el primero de los juristas citados usualmente por los autores romano-holandeses sobre este punto. Gómez declara⁴² que un hombre libre no tiene ninguna acción si sufre una cicatriz, pero añade que una cicatriz y una deformidad sí habrían de estimarse en el caso de una mujer, al menos si no estaba casada, porque por cuenta de esto le sería más difícil encontrar un hombre con el que casarse, y tendría que ofrecer una mayor dote⁴³. Cabría suponer que para Gómez la medida de los daños sería la cantidad en la cual habría que incrementar

37 Cfr. D. 9. 2. 13pr (Ulpian 18 ad ed.). *Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur...*

38 La *actio de effusis vel deiectis*.

39 D. 9. 3. 7 (Gaius 6 ad ed. prov.): “Cum liberi hominis corpus ex eo, quod deiectum effusumve quid erit, laesum fuerit, iudex computat mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt, praeterea operarum, quibus caruit aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est. cicatricum autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberorum corpus nullam recipit aestimationem”.

40 Por ejemplo, Grotius, *Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleertheit*, 3. 34. 2 (publicado por primera vez en La Haya, en 1631); Voet, *Commentarius ad Pandectas*, 9. 2. 11 (publicado por primera vez en La Haya, en 1698/1704); Matthaeus, *De Criminibus* (Utrecht, 1644), 47.3.4; Groenewegen, *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus*, D. 9. 3. 7 (primera edición en Leiden, en 1649).

41 Voet, *loc. cit.*; Matthaeus, *loc. cit.*; Groenewegen, *loc. cit.*

42 *Commentarii varique resolutiones juris civilis communis et regii*, III, c. 6. n. 12 (primera edición publicada en Salamanca, en 1554-1555).

43 “Adde tamen quod in muliere bene aestimaretur praedicta cicatrix et deformitas, saltem quando non est nupta, quia per hoc difficilius et cum maiori dote inveniret maritum, cui nubere possit.”

la dote para encontrar un marido apropiado. Su cualificación, *saltem*, “al menos cuando no esté casada”, indicaría que la regla se estaba ampliando, y no sorprende que Farinacius⁴⁴, que cita a Gómez, conceda la acción en caso de desfiguración de una mujer, en especial cuando no está casada (*praesuntum non nuptiam*) y su dote tiene que incrementarse mucho. Sin embargo, Gómez y Farinacius declararon que, aunque no se ofrece estimación de daños para el hombre libre que sufre una cicatriz o queda desfigurado, el sujeto lesionado considerará por esto su lesión más grave y un juez estricto concederá una indemnización mayor⁴⁵. Dyonisius Goethefreius, en su comentario a la palabra *deformites* en D. 9.3.7^[46], dice que la indemnización de daños por deformidad aplica en general a las mujeres, pero no a los hombres. La forma de este comentario es muy importante para la historia de la regla: “No se estiman los daños, en este caso, para la deformidad. Los juristas más recientes aceptan que así es para los hombres; Ravennas y Albericus niegan que lo mismo aplique a la mujer”. Por consiguiente, el no reconocimiento de daños por deformidad se afirma como principio general, y solo después se establece que el no reconocimiento se aplica solo a la mitad de la raza humana. Los holandeses van más allá. Matthaeus⁴⁷ dice que la desfiguración debería tenerse en cuenta en especial en caso de las mujeres solteras y Groenewegen⁴⁸ declara que los holandeses y los franceses están en lo correcto al no distinguir entre sexos. Incluso antes Grocio ya había dicho: “El dolor y el desfiguramiento del cuerpo, aunque en propiedad imposibles de compensar, se valoran en dinero, si así se demanda”⁴⁹.

Los grandes trasplantes voluntarios, es decir, cuando un sistema jurídico completo o una gran parte de este se traspa a un entorno nuevo, pertenecen a tres categorías. En primer lugar, cuando un pueblo se desplaza a un territorio diferente en el que no hay una civilización comparable y lleva consigo su derecho. En segundo lugar, cuando un pueblo se traslada a un territorio diferente en el que hay una civilización comparable, y lleva consigo su derecho. En tercer lugar, cuando un pueblo acepta voluntariamente una gran parte de un sistema de otro pueblo o de otros pueblos. Estas tres categorías deberían tenerse en mente en los casos que

44 *Praxis et Theoria criminalium rerum*, lib. i. tit. 3. quaest. 18, n. 99. Esta obra se publicó por primera vez en Fráncfort, en 1597.

45 Así Gómez: “Verum tamen est, quod eo casu, quo cicatrix, vel deformitas non deberet aestimari in homine libero, tamen offensus gravius aestimabit propter hoc iniuriam, et offensam suam, et similiter probus, et rectus iudex gravius condeinabit, quia ex hoc diceretur atrox iniuria. .”.

46 “Deformitatis nulla fit aestimatio, ut hic. In masculino hoc interpretes admittunt: in foemina vero negant Ravennas Albericus ad l. 3. 8, § si quadrupes, i. v. l. 1 § 5. § eod. l. 106 inf. de reg.”

47 *Op. cit.*

48 *Op. cit.*

49 *Op. cit.* “De smert ende ontciering van't lichaem, hoewel eighentlick niet en zign vergoedelick, werden op geld geschat, soo wanneer sulcks versocht werd.” Puesto que esta no es principalmente una obra de historia del derecho, no se intentará investigar en detalle las etapas precisas de este desarrollo.

se presentarán luego, aunque los ejemplos no se escogen por esa razón y se dan principalmente en orden histórico.

De hecho, las recepciones y los trasplantes vienen en toda clase de formas y tamaños. Se podría pensar también en las recepciones forzadas, la imposición solicitada, la penetración, la infiltración, la criptorrecepción, la inoculación y otras formas parecidas⁵⁰, y sería perfectamente posible distinguir estos y clasificarlos de manera sistemática. De nuevo, tenemos que elegir. Mi opinión es que no tiene sentido elaborar una clasificación detallada de los préstamos hasta que se hayan estudiado los casos individuales para ver qué es lo que revelan. Les corresponde a los que deseen —si es que hay alguien— establecer clases de trasplantes mostrar qué nueva luz arroja esa clasificación con respecto a los datos.

50 Cfr: Guido Tedeschi, "On Reception and on the Legislative Policy of Israel", 16 *Scripta Hierosolymitana* (Jerusalem, 1966), pp. 11 y ss., y las obras que cita, y tal vez en especial Max Rheinstein, "Types of Reception", 6 *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul* (1956), pp. 31 y ss.

Las virtudes del derecho comparado^{*, **}

Alan Watson

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.720>.

** Este es el capítulo 3 del libro de Alan Watson, *Legal Transplants* (Athens y Londres: University of Georgia Press, 1974).

Este libro se ha ocupado hasta ahora¹ del derecho comparado como una disciplina por derecho propio, y se le ha asignado un ámbito que otros podrían considerar bastante reducido. También ha tratado los peligros para el derecho comparado, que en nuestra opinión son muchos y graves. Para restaurar el equilibrio, ahora corresponde hacer más explícitas las virtudes del derecho comparado y después las del conocimiento del derecho extranjero.

La principal virtud del derecho comparado es la comprensión que otorgaría de la naturaleza del derecho y, en especial, del desarrollo jurídico. Gracias a esto deberíamos ser capaces de aislar los factores que conducen a una innovación auténtica en una sociedad específica. También deberíamos aprender cuándo hay una buena probabilidad de que una norma jurídica transportada a otro sistema permanezca inalterada en su nuevo entorno. Deberíamos distinguir con mayor claridad qué condiciones favorecen el desarrollo jurídico, en general, y el desarrollo jurídico en una dirección específica, en particular. Incluso cuando nuestra comprensión de las fuentes formales del derecho no aumente, deberíamos obtener una perspectiva más completa de los hechos que configuran la creación de las normas jurídicas. En todo esto reside la justificación de que el derecho comparado sea una disciplina académica. Sin embargo, la materia tiene una utilidad práctica. Puede permitir a los encargados de la reforma del derecho comprender mejor su función histórica y su tarea. Deberíamos ver con más claridad si es razonable efectuar préstamos de otros sistemas, y de cuáles y cómo hacerlos, y si es posible aceptar soluciones extranjeras con o sin modificaciones².

1 Se hace referencia a los dos capítulos anteriores del libro *Legal Transplants*, titulados respectivamente "Comparative Law as an Academic Discipline" y "The Perils of Comparative Law".

2 Cfr. Alan Watson, *Legal Transplants* (Athens y Londres: University of Georgia Press, 1974), pp. 95 y ss.

Hemos separado de manera rígida, y he de insistir que así debe ser, el derecho comparado del estudio del derecho extranjero, y he restringido el primero como disciplina académica al estudio de la relación entre diferentes sistemas jurídicos y entre las normas de diferentes sistemas. Sin embargo, es justo reconocer el considerable valor práctico y académico que se deriva del conocimiento del derecho extranjero³.

El estudio sistemático de un sistema jurídico extranjero tiene su propio valor y su propia justificación intelectual. No cabe dudar de que el conocimiento de, por ejemplo, el derecho francés o el derecho romano le permitirá a un inglés o a un escocés comprender mejor su propio sistema y discernir los métodos y enfoques que son típicos de este⁴. Probablemente también esté bien defender que un buen conocimiento sistemático de uno o más sistemas extranjeros es esencial para cualquiera que desee dedicarse con seriedad al derecho comparado; como mínimo, ese conocimiento le permitirá al comparatista una gran mejora. El conocimiento sistemático de un sistema extranjero puede ser también de un valor práctico extremo para un abogado cuyo trabajo tenga carácter supranacional o para un reformador del derecho que pretenda mejorar su propio sistema nacional.

Sin embargo, me gustaría subrayar el valor que puede aportar el conocimiento del derecho extranjero aun cuando ese conocimiento no sea detallado ni sistemático.

Incluso el conocimiento no sistemático puede ser útil en la práctica, por ejemplo, para la reforma del derecho. A una persona cuya función sea considerar posibles mejoras a la ley de insolvencia en Escocia le puede convenir abordar el enfoque jurídico de ese asunto en Inglaterra, Francia, Suecia, Suráfrica, Nueva Zelanda y otros lugares. Puede que no tenga ningún conocimiento de esos sistemas al principio, y que al final conozca poco de ellos, salvo la estructura de sus leyes de insolvencia. De hecho, podría no tener ni idea de lo bien o lo mal que funcionan esas leyes. Sin embargo, su preocupación es la mejora de la ley de insolvencia en Escocia y lo que busca al investigar los sistemas extranjeros es una idea que pueda transformarse en parte del derecho de Escocia y que funcione bien allí. Una norma de derecho sueco exitosa allí podría ser un desastre en Escocia por las diferentes circunstancias existentes; una norma del derecho francés que allí funciona mal podría ser una norma ideal para Escocia⁵.

3 Sin embargo, no se requiere hacer una lista ni discutir todos los usos y las virtudes asignadas al conocimiento de las leyes extranjeras; véase, no obstante, Harold C. Gutteridge, *Comparative Law* (2.^a ed.; Cambridge: Cambridge University Press, 1949), pp. 23 y ss; Rudolph B. Schlesinger, *Comparative Law* (2.^a ed.; Londres: Stevens & Sons, 1960), p. xvi; René David, *Les Grands Systèmes de droit contemporains* (4.^a ed.; París: Dalloz, 1971), pp. 5 y ss.

4 Cfr. Otto Kahn-Freund, Claudine Lévy y Bernard Rudden, *A Source-book on French Law* (Oxford: Oxford University Press, 1973), p. I.

5 Nada de lo dicho aquí pretende negar que un reformador del derecho trabaje con más eficiencia si tiene un conocimiento sistemático del derecho extranjero o del derecho comparado.

Cuando la evidencia disponible en el sistema estudiado por el académico, en especial si es un historiador del derecho, apunta hacia un desarrollo específico, entonces sus conclusiones pueden conseguir algún apoyo si puede remitir a un desarrollo parecido en otro lugar. Aquí también el académico no necesita tener un conocimiento sistemático del otro sistema, ni tampoco se requiere que haya una relación entre los dos sistemas. El aspecto esencial que hay que destacar, no obstante, es que el sistema extranjero se usa, por lo tanto, para confirmar los resultados ya obtenidos en el primer sistema. Un vacío con respecto al conocimiento del sistema primario no se puede completar de esa forma a partir del conocimiento no sistemático de un sistema relacionado o incluso del conocimiento sistemático de un sistema no relacionado⁶.

La mejor forma de explicar esto es mediante ejemplos. Cuando no tenemos evidencia de cómo era la administración de justicia en la época más antigua del derecho romano, no hay mucho que podamos aprender sobre esto estudiando la administración de justicia entre los pueblos africanos modernos, que se supone que están en una etapa parecida de desarrollo. No podemos siquiera extraer conclusiones sobre cuál era probablemente el enfoque romano. Como mucho, cabría argumentar que la posición romana podría haber sido parecida⁷, pero si la evidencia romana indica que en un periodo temprano el cumplimiento de las sentencias no era un asunto estatal, y eso también fuera cierto para un pueblo africano, entonces la información sobre este último nos permitiría decir con certeza que es perfectamente posible que un sistema jurídico funcione sin que las autoridades estatales se ocupen de hacer cumplir las sentencias, y eso hará que las conclusiones sobre el derecho romano —a partir de la evidencia romana— parezcan más probables. De nuevo, si la tradición antigua proporciona mucha información sobre los contenidos de las supuestas leyes del periodo monárquico de Roma (que se dice que terminó hacia el año 509 a. C.), y el contenido de esas leyes y su existencia misma se ponen en duda por muchos académicos modernos, pero su supuesto contenido es muy parecido en su naturaleza a las normas más antiguas del derecho medieval inglés, entonces la evidencia inglesa indicaría que hay un patrón en las supuestas normas romanas. Lo que se haga con ese patrón depende de otros factores y no nos concierne aquí.

Otto Kahn-Freund nos dice que “Los dioses le han concedido al profesor de derecho comparado el más peligroso de sus dones: el don de la libertad”⁸, y explica que le corresponde al profesor decidir qué cuestiones

6 Para una crítica apropiada del exceso de entusiasmo a la hora de cubrir vacíos véase Bernard S. Jackson, “Review of A.S. Diamond, *Primitive Law, Past and Present*”, 88 *The Law Quarterly Review* (1972), pp. 161-170.

7 Y no hay argumentos adicionales que se puedan basar en la posibilidad de similitud.

8 Otto Kahn-Freund, “Comparative Law as an Academic Subject”, 82 *Law Quarterly Review* 40 (1966), p. 41; Frederick H. Lawson, “The Field of Comparative Law”, 61 *Juridical Review* 16 (1949), p. 16.

y qué sistemas jurídicos comparará. No puede cubrir todas las cuestiones y todos los sistemas, y no tiene obligación de trabajar un tema o un sistema específicos. Eso es cierto por igual cuando el derecho comparado se considera el estudio de la relación entre sistemas o sus normas. Cuando se hace el intento de mostrar en términos concretos algunas de las investigaciones que podrían incluirse en el derecho comparado, como hago en los siguientes capítulos, hay que escoger entre varias opciones.

La primera opción para nosotros es seleccionar situaciones en la que hay una relación histórica y desinteresarnos de las puras “relaciones internas”. Esta opción está determinada sobre todo por los factores que hacen que la relación histórica ocupe un primer plano del derecho comparado⁹, pero también por la existencia de un excelente libro sobre el principal caso de relación interna, la existente entre el derecho romano y el *common law*¹⁰.

El buen sentido nos conduce a la segunda opción. Habría que ocuparse, y así lo haremos, de la cuestión central cuando hay una relación histórica, es decir, un préstamo y transmisibilidad de normas de una sociedad o un sistema hacia otros.

Sin embargo, a la hora de mostrar el trasplante jurídico y sus consecuencias, las opciones entre los distintos sistemas y las diversas normas son enormes. Las que aquí se escogen son arbitrarias, en la medida en que dependen del conocimiento y la biografía del autor, y dentro de esos límites se eligen no por sí mismas, sino por su valor ilustrativo. Se escogen estos ejemplos para el análisis porque le parecen especialmente sorprendentes al autor. Plantean la cuestión de si se puede generalizar a partir de los casos particulares. Se espera que el análisis de varios ejemplos extremos o sorprendentes sirva para mostrar lo que ha pasado y lo que puede pasar al realizar trasplantes jurídicos y cuáles son las consecuencias del préstamo jurídico. Habría que añadir que no se intenta encontrar ejemplos “típicos”, porque es dudoso que se pueda hablar de casos “típicos”. Hay demasiada variedad y cada ejemplo tiene sus propias características.

Sería un error intentar agotar las posibilidades de un aspecto específico del objeto de estudio: cada cuestión individual se trata solo en la medida en que aclara el tema principal. Aquí, el tratamiento de algunas partes es menos detallado que el de otras¹¹. No me disculpo por el tratamiento desigual de los aspectos de un ejemplo.

Se ha mostrado de manera convincente, sobre todo por Karl Renner¹², que las normas de derecho privado pueden tener efectos diferentes en

9 Cfr. Alan Watson, *Legal Transplants* (Athens y Londres: University of Georgia Press, 1974), pp. 7-8.

10 William Buckland y Arnold McNair, *Roman Law and Common Law* (Frederick H. Lawson comp., Cambridge: Cambridge University Press, 1952).

11 Puesto que la exactitud de los hechos jurídicos me parece crucial en el derecho comparado, me referiré siempre a las fuentes originales más importantes.

12 *The Institutions of Private Law*, editado con una introducción de Otto Kahn-Freund (Londres, 1949).

épocas diferentes en una misma sociedad. No se puede dudar tampoco de que una norma trasplantada de un país a otro, de Alemania a Japón, por ejemplo, puede tener efectos diferentes en dos sociedades, incluso si se expresa en términos aparentemente parecidos en los dos países. Sin embargo, mi primera preocupación será la existencia de la norma, y no como funciona en la sociedad como resultado de una interpretación académica o judicial. Cuando una norma jurídica se trasplanta de Alemania a Japón nos interesará si se transportó inalterada o si sufrió cambios en su formulación y, de ser así, en qué medida. Aquí no se analizará cómo, cuándo y hasta qué grado se modificaron sus efectos a pesar de tener la misma formulación, asuntos diferentes y más difíciles que no se tratarán aquí.

La imposibilidad de los “trasplantes jurídicos”*, **

Pierre Legrand

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.721>.

** Este capítulo es una traducción de Pierre Legrand, "The Impossibility of 'Legal Transplants'", 4 *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 111 (1997).

*Un estudio comparativo no debería pretender encontrar
“analogías” y “paralelos” como hacen aquellos deslumbrados por
la tarea de moda de construir esquemas generales del desarrollo.
El objetivo debería ser, más bien, justo el contrario: identificar y
definir la individualidad de cada desarrollo,
las características que lo llevan a ser tan distinto de otros.
Hecho eso, uno puede determinar cuáles
fueron las causas que produjeron esas diferencias.*

Max Weber¹

Examen del “trasplante jurídico”

Trasplantar, según el Diccionario de la Real Academia, es “trasladar un órgano o un tejido vivo desde un organismo donante a otro receptor” o, en otra acepción, “trasladar de un lugar a otro una ciudad, una institución, etc.”. El “trasplante” implica, por lo tanto, desplazamiento. A los efectos de un abogado, la transferencia ocurre entre jurisdicciones: hay algo en una jurisdicción que no es original de ella y que se ha tomado de otra. ¿Qué es, por consiguiente, lo que se desplaza? Es lo “jurídico” o el “derecho”. Sin embargo, ¿qué queremos decir con lo “jurídico” o el “derecho”? La necesidad de dar respuesta a esta pregunta parecería ser perentoria si los comparatistas quieren distinguir los casos de desplazamiento que tienen como objeto el derecho y los que no, como creo que su búsqueda hermenéutica de la comprensión les obliga a hacer. Aunque tienden a no presentar argumentos expuestos al respecto, los estudiosos de los “trasplantes jurídicos” han decidido adoptar una comprensión formalista del

I Max Weber; *The Agrarian Sociology of Ancient Civilizations* (trad. R. I. Frank; Londres: New Left Books, 1976 [publicado originalmente en alemán en 1909]), p. 385.

“derecho”. Así, lo “jurídico” se reduce en esencia a las normas, que no suelen definirse, pero por las que entienden, por lo general, instrumentos jurídicos formales y, menos terminantemente, las decisiones judiciales. Un buen ejemplo de esta forma de comprensión del fenómeno nos lo ofrece Alan Watson, quien considera que los “trasplantes jurídicos” se refieren “al traslado de una norma [...] de un país a otro, o de un grupo de personas a otro”². Este autor, a manera de ejemplo, menciona un conjunto de normas que regula la propiedad marital y que habrían viajado “desde los visigodos para convertirse en el derecho de la península ibérica en general, migrando desde España a California y de California a otros estados de la costa oeste de Estados Unidos”³. Es claro que Watson está pensando en normas jurídicas formales.

Un análisis de un grupo de sistemas jurídicos a largo plazo debería llevar a alguien interesado en los “trasplantes jurídicos” a concluir, en palabras de Watson, que “la imagen que emerge es la de un préstamo masivo de normas”⁴. Según este autor, el carácter nómada de las normas prueba que “la idea de una relación estrecha entre el derecho y la sociedad” es una falacia⁵. El cambio en el derecho es independiente del funcionamiento de los sustratos culturales, históricos o sociales y, más bien (y también de forma bastante más simple), es una “función” de las normas que se importan de otro sistema jurídico. Es más, Watson ha escrito que “el trasplante de normas jurídicas es fácil desde el punto de vista de la sociedad”⁶. Al llevar la afirmación a su conclusión lógica declara que “sería una tarea relativamente fácil la estructuración de un único código de derecho privado para que funcionara a lo ancho de todo el mundo occidental”⁷. En ese marco de razonamiento, Watson argumenta —yo diría que tal y como se esperaría— que el derecho comparado, entendido como “disciplina intelectual”, puede definirse como el “estudio de las relaciones entre normas de un sistema jurídico y de otro”⁸. Aún más, el comparatista debería preocuparse solo de la “existencia de normas similares” y “no de cómo operan en la sociedad”⁹. En otras palabras, los estudios jurídicos comparativos tratan, o al menos deberían tratar, de los “trasplantes jurídicos”, que a su vez se ocupan de normas jurídicas, es decir, de las principales normas con rango legal, consideradas de manera aislada de la sociedad.

2 Alan Watson, *Legal Transplants* (2.^a ed.; Athens y Londres: University of Georgia Press, 1993), p. 21.

3 *Ibid.*, p. 108.

4 *Ibid.*, p. 107. Véase también *ibid.*, p. 95: “el trasplante de normas individuales [...] es extremadamente común”.

5 *Ibid.*, p. 108.

6 *Ibid.*, p. 95.

7 *Ibid.*, pp. 100-101.

8 *Ibid.*, p. 6.

9 *Ibid.*, p. 96, nota al pie de página 3 y 20, respectivamente.

Examen de la norma jurídica

Puesto que no deseo caricaturizar la posición de Watson me gustaría reproducir el siguiente pasaje (algo largo) de su libro dedicado a los trasplantes jurídicos, en el que se aclara qué entiende por “norma jurídica”:

Permítaseme citar una declaración de un excomisionado del Derecho escocés: “Se debe tomar nota de las soluciones inglesas, aun cuando en última instancia deban rechazarse por no ser adecuadas para su recepción por el derecho escocés. De hecho, en muchos contextos las soluciones inglesas tienen que estudiarse para identificar las diferencias fundamentales que hay con respecto al derecho escocés que en apariencia es similar. Los intentos por encontrar soluciones unificadas en el campo del derecho de contratos han revelado, en concreto, que lo que se ha asumido como fundamento común se contempló por los miembros de los Equipos de Contratos inglés y escocés desde hábitos de pensamiento opuestos. Mientras que la investigación comparativa inglesa se apoyaba en fuentes concretas del derecho de la Commonwealth y del derecho estadounidense, el trasfondo de algunas de las propuestas escocesas derivaba de fuentes francesas, griegas y holandesas. También del Código Civil etíope que fue redactado, como cabría imaginar, por un distinguido comparatista francés”. Ahora bien, todo esto para mí es demasiado académico. Si las *normas jurídicas* sobre contratos de dos países son ya similares (como de hecho lo son), que los *principios* jurídicos que usan vengan de distintas fuentes o que los hábitos de pensamiento de los equipos de la Comisión sean bastante distintos no debería ser ningún obstáculo para su unificación o armonización. Son los reformadores del derecho provenientes de la academia los que se alteran mucho ante los factores históricos y los hábitos de pensamiento. Los hombres de negocios y los abogados escoceses, en Escocia e Inglaterra, no perciben en general diferencias en los hábitos de pensamiento, sino solo —y a menudo con irritación— diferencias entre las normas jurídicas¹⁰.

Por lo tanto, el derecho son normas y solo normas, y las normas son meras declaraciones proposicionales y nada más que eso. Son esas reglas que viajan entre jurisdicciones, las que se desplazan, las que son trasplantadas. Puesto que las normas no están conectadas a la sociedad de ninguna forma significativa, las diferencias en “factores históricos y hábitos de pensamiento” no limitan o cualifican su posibilidad de trasplante. En potencia, una norma se encuentra en cualquier sitio (del mundo occidental) como en casa.

10 *Ibid.*, pp. 96-97.

Objeciones

Estoy en desacuerdo con la visión de Watson, la cual considero que proporciona una explicación muy pobre de las interacciones entre sistemas jurídicos y es resultado de una comprensión muy poco refinada de lo que son el derecho y la norma jurídica¹¹. Incluso así, en mi opinión, cualquiera que crea en la realidad de los “trasplantes jurídicos” debe estar de acuerdo, en general, con la posición de Watson y debe aceptar, en particular, un modelo del “derecho como normas” y de las “normas como meras frases proposicionales”. La posición de Watson, por simplista que sea, es representativa de la perspectiva que deben seguir, de manera explícita o no, quienes proponen la tesis del “cambio legal bajo la forma de trasplantes jurídicos” y cualquiera que adopte la posición de que el derecho es de alguna forma una entidad autónoma sobre la que no inciden la herencia histórica, epistemológica o cultural. De hecho, ¿cómo podría viajar el derecho si no pudiera separarse de la sociedad? Desearía cuestionar esta visión del derecho y, en concreto, de esta forma de comprensión de las normas jurídicas, pues considero que carece de manera profunda de cualquier poder explicativo. Las reglas jurídicas no son lo que Watson explica. Es justo por aquello que sí son las normas, en la realidad, que estas no pueden viajar. Por consiguiente, los trasplantes jurídicos son imposibles.

Norma y significado

Ninguna forma en la que se organicen las palabras para constituir una “norma” puede vaciarse de manera total de significado semántico, porque no existe norma sin significado. El significado de una norma es un elemento esencial de ella, participa de la condición normativa de la propia norma. Sin embargo, el significado de la norma no está determinado de manera completa por la norma misma, nunca puede explicarse por sí misma completamente. Sin duda, el significado surge de la norma por lo que ha de suponerse que existe, aunque sea virtualmente en la propia norma, incluso antes de que el intérprete, con sus recursos interpretativos, se aproxime a ella. En esa medida, el significado de una norma es acontextual. No obstante, el significado es también —y, tal vez, ante todo— una función de la

11 John W.F. Allison, *A Continental Distinction in the Common Law* (Oxford: Oxford University Press, 1996), p. 14: “El argumento teórico de Watson [...] es deficiente y su evidencia empírica no es convincente”; Richard L. Abel, “Law as Lag: Inertia as a Social Theory of Law”, 80(4) *Michigan Law Review* 785 (1982), p. 793: “Tal vez el problema más grave con la teoría de Watson es que no es una teoría en absoluto”. Véase en contra: William Ewald, “Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants”, 43(4) *American Journal of Comparative Law* (1995), p. 489. Para una reiteración reciente de su posición véase Alan Watson, “Aspects of Reception of Law”, 44(2) *American Journal of Comparative Law* 335 (1996).

aplicación de la regla por el intérprete, de la concretización o instancia de los hechos que la norma pretende regular. Esta asunción de significado viene predispuesta por la forma en la que el intérprete comprende el contexto en el que la norma surge y por la forma en la que estructura sus preguntas. Está determinado, en gran medida, por quién y de dónde es el intérprete y, por lo tanto, hasta cierto punto, al menos, por lo que este quiere y espera de antemano (¿inconscientemente?) que sea la respuesta. El significado de una norma es, por consiguiente, una función de sus presupuestos epistemológicos, que están en sí mismos condicionados histórica y culturalmente.

Estos prejuicios (uso el término en su sentido etimológico y no en términos negativos o preconcebidos) se forman de manera activa, por ejemplo, mediante el proceso de escolarización por el que pasan los estudiantes de derecho y a través del cual aprenden los valores, las creencias, las disposiciones, las justificaciones y la conciencia práctica con las que conforman un código cultural, cristalizan sus identidades y llegan a estar socializados en lo profesional. De hecho, incluso antes de que lleguen a la facultad de derecho, los estudiantes han asimilado ya un perfil cultural (digamos el gadameriano *Vorverständnis*)¹², sean italianos, alemanes o ingleses, que teñirá de manera muy relevante su experiencia educativa jurídica y su interiorización de la narrativa y la mitología que compartirán los abogados. Cada niño inglés, por ejemplo, es un abogado del *common law* en potencia, aun antes de que contemple la posibilidad de ir a la facultad de derecho. Es inevitable así que una parte significativa de la inversión real emocional e intelectual que controla la formulación del significado de una norma jurídica esté más allá de la conciencia del intérprete, porque el acto de interpretación forma parte inseparable de un lenguaje y de una tradición; en síntesis, el significado es parte de un entorno cultural, en su totalidad, aunque esa inclusión se produce a menudo en una forma no siempre apreciable para el intérprete.

Por consiguiente, una interpretación es siempre un producto subjetivo y esa subjetividad es, al menos en parte, un producto cultural: en otras palabras, la interpretación es el resultado de una comprensión particular del derecho que está condicionada por una serie de factores (muchos de ellos intangibles) y sería diferente si la interpretación hubiera ocurrido en otro lugar y en otra época (porque en ese caso recaerían sobre los intérpretes diferentes exigencias culturales). En particular, una interpretación es el resultado de una distribución desigual del poder cultural y social en el conjunto de la sociedad y en una comunidad interpretativa específica (los jueces frente a los profesores y otras relaciones parecidas); actúa eliminando y marginando las alternativas, mediante su expresión reiterada. En última instancia, qué interpretación prevalecerá entre el conjunto de

12 Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode* (4.^a ed.; Tübingen: J. C. B. Mohr, 1975), p. 252.

interpretaciones competidoras y cuál acabará imbuyendo la norma de un significado relativamente estable es una función de convicciones epistémicas, resultantes de luchas de poder que no son epistémicas en sí (lo que significa que otras interpretaciones posibles hubieran contribuido también a la comprensión de la norma si se hubieran adoptado, aunque no de la misma forma).

Debe destacarse que la interpretación que surge en última instancia de la colisión de interpretaciones no se convierte del todo, a su vez, en una creación idiosincrática del intérprete. Más bien, depende de un marco de intangibles interiorizados por este (que no tiene ninguna conciencia de que ese proceso esté teniendo lugar) y que tiñe y llega a constreñir las subjetividades del intérprete. Es más preciso, por lo tanto, pensar en la interpretación como un fenómeno “intersubjetivo”, en el sentido que es el producto de la subjetividad del intérprete en su interacción con la red de todas las subjetividades en una comunidad interpretativa y que, al cabo del tiempo, es fundamentalmente constitutiva de los valores expresados en esa comunidad y mantiene su identidad cultural.

La norma jurídica como cultura

Los franceses, cuando establecen una norma jurídica concreta (y no otra), por las razones que sean y en la forma en la que lo hagan, como producto de aquello que piensan y con las esperanzas que tengan, están haciendo justo *eso*: algo típicamente francés, que remite a una experiencia jurídica intrínsecamente propia. En este sentido, debido a que comunica la sensibilidad francesa hacia el derecho, la norma puede servir como un lugar de encuentro de lo que significa ser francés desde el punto de vista jurídico y ser francés *tout court*. No puede ser considerada solo como una norma, entendida como una simple declaración propositiva. Hay algo más en la idea de norma jurídica que una serie de palabras escritas, lo que es tanto como decir que una norma jurídica no es idéntica a las palabras con las que se escribe.

Una norma es, por fuerza, una forma cultural asimiladora. Como acumulación de elementos culturales se sostiene en impresionantes formulaciones ideológicas e históricas. Una norma no tiene existencia empírica separada de manera significativa del mundo de significados que caracteriza una cultura jurídica; la parte es expresión y síntesis del todo: lo refleja. Esa es la idea de Gadamer: “El significado de las partes puede descubrirse solo a partir del contexto, es decir, en última instancia a partir de la totalidad”¹³. Es justo esta habilidad de ver el todo en la parte la que define

13 Hans-Georg Gadamer, *Truth and Method* (2.^a ed. rev., trads. Joel Weinsheimer y Donald G. Marshall; Londres: Sheed and Ward, 1989 [publicado originalmente en alemán en 1960]), p. 190.

la competencia interpretativa del comparatista. Puesto que una norma existe dentro de un marco cognitivo más amplio, el comparatista debe relacionarla con otros fenómenos, de tal manera que haga que la proposición particular parezca algo menos arbitraria y sea más la manifestación de una totalidad relativamente coherente e inteligible. Así, la norma jurídica se convierte en la articuladora desconocida de una sensibilidad cultural que el observador introduce en el lenguaje del texto mediante un proceso de abstracción desde lo particular. La tendencia habitual de la mayoría de los comparatistas consiste en centrarse en comparaciones de derecho sustantivo que solo pueden ser expresivas de un significado si se sitúan dentro de un contexto capaz de mostrar los puntos de vista de los cuales emanan esos materiales. Más allá de la especificación debe haber una explicitación de por qué lo que ha sido especificado lo ha sido de esa forma, por qué razones importantes no podría ser de otra y cómo su especificación y explicitación se diferencian de otras experiencias en otros órdenes jurídicos.

Estudios jurídicos comparados y comprensión

Como una alternativa a la comprensión del derecho entendido como un sistema de declaraciones proposicionales vacías (o “¿derecho como geometría!”), defiendo que el comparatista puede esperar llegar a una formación, explicación y crítica de las experiencias sobre un ordenamiento jurídico, más llenas de sentido, mediante formulaciones que muestren una apreciación del derecho, por citar a Robert Cover, como “algo más que un sistema de normas que debe observarse: debe verse como el mundo en el que vivimos”¹⁴. El comparatista debe adoptar una visión del derecho como un significante polisémico que connota, entre otros, referentes culturales, políticos, sociológicos, históricos, antropológicos, lingüísticos, psicológicos y económicos. Citando a Mauss, cada manifestación del derecho —cada norma, por ejemplo— debe ser comprendida como un *fait social total*, como un hecho social completo¹⁵.

Reconsideración de los “trasplantes jurídicos”

Si uno está de acuerdo en que, en sentidos significativos, una norma jurídica recibe su significado desde fuera, y si uno acepta que tal asignación de significado por parte de una comunidad interpretativa participa del sentido normativo de la norma jurídica —de hecho, del *nucleus* del sentido

14 Robert M. Cover, “Foreword: Nomos and Narrative”, 97(1) *Harvard Law Review* (1983), pp. 4, 5.

15 Marcel Mauss, “Essai sur le don”, en *Sociologie et anthropologie* (6.ª ed.; París: Presses Universitaires de France, 1995 [publicado originalmente en 1925]), pp. 274-275 y *passim*.

normativo—, de ahí se sigue necesariamente que solo puede darse un “trasplante jurídico” con significado cuando tanto la declaración propositiva como tal *y* su significado dado —que conjuntamente constituyen la *norma jurídica*— sean transportados de una cultura a otra. Dado que el significado dado a la norma jurídica depende en sí mismo de una cultura específica es difícil de concebir, sin embargo, cómo podría llegar a ocurrir algo así. En términos lingüísticos podría decirse que lo significativo (entendiendo por esto la idea contenida en una palabra) nunca se desplaza porque siempre se refiere a una situación idiosincrática semiocultural. Más bien, la declaración proposicional, tal y como se encuentra integrada en una norma jurídica, se comprende de manera distinta en la cultura originaria y está, por lo tanto, investida de un significado cultural específico.

En consecuencia, un elemento crucial del sentido normativo de la norma jurídica —su significado— no sobrevive en el viaje de un sistema jurídico a otro. En palabras de Eva Hoffman, “no puedes transportar significados humanos en su integridad más de lo que se puede transliterar un texto”¹⁶. Esto se debe a que, otra vez en palabras de esta escritora y académica, “para poder transportar una única palabra sin distorsión, se tendría que transportar el lenguaje completo que está en torno a ella”¹⁷. De hecho, para traducir un lenguaje o texto, sin cambiar su significado, “uno tendría que transportar su audiencia también”¹⁸. Si se quiere, la relación entre las palabras escritas que constituyen la norma jurídica en su forma proposicional desnuda y la idea a la que están conectadas es arbitraria, en el sentido de que está determinada por una cultura. Por lo tanto, no hay nada que muestre que las propias palabras escritas generarán la misma idea en una cultura diferente, *a fortiori* si las palabras escritas son en sí mismas distintas porque han debido traducirse a otro lenguaje (como escribió Benjamín, “la palabra *Bröt* significa algo distinto para un alemán que la palabra *pain* para un francés”)¹⁹. En otros términos, cuando las palabras cruzan fronteras intervienen una racionalidad y una moralidad diferentes que subrayan y hacen efectivas las palabras prestadas: la cultura originaria continúa articulando su búsqueda moral según estándares tradicionales de justificación. Así, la forma importada de las palabras está adscrita de manera inevitable a un significado local, diferente, que la hace *ipso facto* una *norma jurídica distinta*. Cuando cambia la comprensión de la

16 Eva Hoffman, *Lost in Translation* (Londres: Minerva, 1991), p. 175.

17 *Ibid.*, p. 272.

18 *Ibid.*, p. 275.

19 Walter Benjamin, “The Task of the Translator”, en *Illuminations* (trad. Harry Zohn; Londres: Fontana, 1973 [publicado originalmente en alemán en 1923]), p. 75. Para una aplicación de este razonamiento al derecho véase Max Rheinstein, “Comparative Law-Its Functions, Methods and Usages”, 22(3) *Arkansas Law Review* 415 (1968), pp. 418-419. Obsérvese cómo Rheinstein subraya el punto en el que “incluso las palabras del mismo lenguaje pueden tener diferentes significados en diferentes sistemas jurídicos”: *ibid.*, p. 419.

norma jurídica, el significado de la norma jurídica cambia. Al cambiar el significado de la norma jurídica, cambia la propia norma. Parafraseando a J. A. Jolowitz, la adición de un litro de pintura *verde* a cuatro litros de amarillo no nos da el mismo color que añadir un litro de pintura *roja* a cuatro litros de amarilla²⁰.

Los trasplantes jurídicos, de hecho, no llegan a ocurrir; un aspecto central de la norma jurídica, su significado, queda atrás, de manera que la norma que estaba "allí" no se desplaza, de hecho, hasta "aquí". Admitiendo que hubiera un lenguaje común, la posición es la siguiente: había una norma jurídica (las palabras inscritas, *a*, más un significado, *x*) y ahora hay una segunda norma en otro lugar (las palabras inscritas, *a*, más un significado, *y*). No es la misma norma jurídica. (La diferenciación entre *concepciones* del derecho no puede superarse²¹.) El significado no permite ser trasplantado. Hay siempre un elemento irreducible de localismo autóctono que limita la recepción epistemológica de una norma jurídica de otra jurisdicción²² y, por lo tanto, limita la *posibilidad* de un trasplante jurídico efectivo en sí. El conjunto de palabras que se han tomado prestadas rápidamente se vuelven parte de la sociedad receptora por cuenta de la capacidad integradora inherente de su cultura.

Una buena ilustración de este fenómeno puede verse en la decisión inglesa de *O'Reilly v. Blackman*, en la que se introduce una distinción procesal aplicable a casos de derecho público por la cual el demandante no puede litigar mediante una acción ordinaria y tiene como recurso exclusivo una acción de constitucionalidad²³. La diferencia entre el derecho público y el privado en los litigios había adquirido importancia en el siglo XIX en Francia, "en un contexto caracterizado por procedimientos judiciales inquisitorios, un enfoque categórico del derecho, la percepción de una administración estatal diferenciada y una separación de poderes que satisfacía la necesidad de jueces con experiencia administrativa e independencia judicial"²⁴. El surgimiento posterior de esa diferencia entre el derecho

20 John Anthony Jolowicz, "New Perspectives of a Common Law of Europe: Some Practical Aspects and the Case for Applied Comparative Law", en *New Perspectives for a Common Law of Europe*, editado por Mauro Cappelletti (Boston: Sijthoff, 1978), p. 244.

21 Como es obvio, el derecho francés e inglés usan ambos el concepto de "oferta". Por consiguiente, podría decirse que surge, en un caso como este, una oportunidad esencial de introducir legislación uniforme en nombre de la predictibilidad y la eficiencia general, si no se consigue la igualdad formal por el mercado. Sin embargo, no puede pasarse por alto que en las culturas jurídicas francesas e inglesas existen dos concepciones discretas de "oferta". Véanse, por ejemplo, John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge: Harvard University Press, 1971), p. 5; y Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Londres: Fontana, 1986), pp. 90-94.

22 Por ejemplo Filmer Stuart C. Northrop, "The Comparative Philosophy of Comparative Law", *Cornell Law Quarterly* 45 (1960), pp. 617, 657: "al introducir normas políticas y extranjeras en cualquier sociedad, estas normas se harán efectivas y arraigarán solo si incorporan también al menos una parte de las normas y filosofía de la sociedad nativa".

23 [1982] 13 All E.R. 1124 (H.L.).

24 Allison, *A Continental Distinction in the Common Law*, p. 235.

público y el privado en el derecho inglés, “en un contexto en el que están ausentes todas las características que definen el contexto francés del siglo XIX”, ha generado “un debate excesivo e incertidumbre sobre cuál es el procedimiento adecuado y cuál el papel de los jueces en casos de derecho público y sobre la propia idea de distinguir los casos de derecho público de los de derecho privado”²⁵. En consecuencia, no se puede decir que la Cámara de los Lores haya “incorporado” la distinción entre derecho público y derecho privado de manera tal que la importación de esa división francesa “[haya] producido una convergencia del derecho inglés y francés”²⁶. El hecho es que la norma jurídica mencionada que se encuentra hoy en día en Inglaterra no coincide con la norma jurídica francesa, aunque sea esta norma jurídica la que atrajo al principio la atención de los juristas: la formulación francesa ha sido domesticada por la comunidad interpretativa inglesa, con el resultado de que cualquiera que sea el significado del derecho público, del derecho privado, de un recurso jurídico en derecho público, de una reparación de derecho privado y así sucesivamente, se diferencia inevitablemente en los dos sistemas legales. Siendo generosos y compasivos, sigue siendo útil reiterar que “los caminos del Estado no pueden cambiar los caminos de la gente”²⁷.

Volviendo a Watson brevemente, la inadecuación de su argumento debería ahora sernos clara. Tomaré un solo ejemplo de su libro (en el que encontramos muchos más): “Antes del Código Civil, las reglas romanas [sobre la transferencia de la propiedad y el riesgo de la venta] se aceptaban generalmente en Francia [...]. Era también el derecho aceptado en el primer código moderno europeo, el *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* prusiano de 1794”²⁸.

Ahora bien, el hecho es que las “normas jurídicas” romanas se escribieron en latín y buscaban regular las transacciones entre ciudadanos del siglo VI en Constantinopla. Las normas francesas mencionadas por Watson se escribieron en francés y querían gobernar a los ciudadanos de la Francia prerrevolucionaria. Las reglas prusianas a las que Watson se refiere se escribieron en alemán y trataban de las relaciones jurídicas que existían en la Prusia feudal. Defiendo (y confieso que sin demostración empírica) que las interpretaciones culturales de la realidad, del derecho y de las normas jurídicas en cada uno de esos tres lugares tendrían ciertas características distintivas que afectarían, por lo tanto, la interpretación de una norma jurídica; es decir, que determinarían el sentido normativo

25 *Ibidem*.

26 *Ibid.*, p. 234.

27 Jack Greenberg, *Race Relations and American Law* (Nueva York: Columbia University Press, 1959), p. 2. El autor se está refiriendo a la obra de William Graham Sumner en sociología del derecho. Véase, por ejemplo, William Graham Sumner, *Folkways* (Nueva York: Dover, 1959), p. 77: “la legislación no crea costumbres” [publicado originalmente en 1906].

28 Watson, *Legal Transplants*, p. 83.

de una norma jurídica según las lógicas culturales características de los sistemas originarios. Estas normas jurídicas no son iguales entre sí: todo parecido no va más allá de la forma desnuda de las propias palabras. Incluso en ese caso, esta conclusión no da razón del hecho de que las palabras escritas aparecen en tres lenguajes distintos, ni de que cada lenguaje sugiere una relación específica entre las palabras y su contenido (por ejemplo, "ningún lenguaje divide el tiempo y el espacio exactamente de la misma forma que otro; no hay lenguajes que tengan tabús idénticos a otros; no hay ningún lenguaje en el que se sueñe precisamente como en otro")²⁹.

El resumen de Watson, al que le hace falta esfuerzo interpretativo, es facilista, como muestra la reflexión de John Merryman:

Hay un sentido muy importante en el cual centrarse en las normas jurídicas es superficial y conducente a error: superficial porque las normas jurídicas se sitúan literalmente en la superficie de los sistemas jurídicos, cuyas dimensiones reales solo pueden encontrarse en otro lado; conducente a error porque nos lleva a suponer que si las normas jurídicas se elaboran de manera en que se parezcan las unas a las otras, se ha conseguido algo significativo mediante el *rapprochement*³⁰.

El argumento de Watson es tan insidioso porque suprime las explicaciones ideológicas locales sobre por qué las cosas se hacen en la forma en la que se hacen con respecto a cualquier norma jurídica. Es un error presentar el derecho como un elemento estable y monolítico en las sociedades y pasar por alto el hecho de que solo puede reflejar las visiones localizadas y específicas de individuos culturalmente situados como miembros de comunidades interpretativas, condicionadas histórica y epistemológicamente. *Extra culturam nihil datur*.

Para resumir

En el mejor de los casos, lo que puede desplazarse de una jurisdicción a otra es, literalmente, una forma de palabras *sin significado*. Pretender más que eso es demasiado. Por lo tanto, los "trasplantes jurídicos" no pueden ocurrir en ningún sentido *significativo* del término. No hay ninguna norma prestada por una jurisdicción que tenga un significado en términos de la norma jurídica de la jurisdicción de la que se tomó prestada. Esto es así porque, al cruzar las fronteras, las normas jurídicas originales sufren necesariamente un cambio que las afecta *qua* norma jurídica. La disyunción

29 George Steiner; *What is Comparative Literature?* (Nueva York: Oxford University Press, 1995), p. 10.

30 John H. Merryman, David S. Clark y John O. Haley, *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America, and East Asia* (Charlottesville: Michie, 1994), p. 50.

entre la declaración proposicional desnuda y su significado previene así el desplazamiento de la propia norma jurídica. Considere esta declaración extraída de una investigación antropológica actual sobre la cognición: “El hecho de que la misma palabra exacta se imprima o emita una y otra vez no significa que el mismo significado exacto (que es la mitad de la palabra) pase de una mente a otra”³¹.

Toda defensa de la realidad de los “trasplantes jurídicos”, por ejemplo, como medio para explicar el cambio en el derecho es inevitable que reduzca el derecho a normas jurídicas y las normas jurídicas a declaraciones proposicionales vacías. Tiene que sugerir que una norma jurídica existe de manera aislada, como la característica más básica de la actividad jurídica (y, por lo tanto, de la teoría del derecho) y que tiene un significado definitivo con independencia de su interpretación y aplicación³². En consecuencia, es inevitable su incapacidad de tratar las normas jurídicas como algo constituido activamente mediante la vida en comunidades interpretativas. Lo que es más, no puede hacer manifiesto el carácter negociado de las normas jurídicas, es decir, el hecho de que las normas jurídicas son el producto de intereses divergentes y encontrados en las sociedades. En otras palabras, elimina la dimensión del poder de la ecuación. Tampoco puede justificar la existencia de mundos morales locales, o, si lo prefiere, de mundos de la vida locales —los mundos de nuestros fines ordinarios, la existencia social y la actividad práctica—. En resumen, cualquier argumento que reduce el cambio en el derecho al desplazamiento de las normas jurídicas entre fronteras es poco más que un ejercicio de “reificación como falsa determinación”. De hecho, la cambiante naturaleza del desarrollo del derecho no puede explicarse mediante una estructura rígida e ingenua como la que se promociona desde la tesis de los “trasplantes jurídicos”³³.

Todo esto nos deja una pregunta: ¿qué pasa cuando se verifica el hecho de que las palabras escritas —partiendo de un lenguaje común entre la jurisdicción receptora y entre aquella de la que se toman prestadas las palabras— han sido traspuestas? Incluso aceptando los puntos que he defendido en las páginas anteriores, ¿no es cierto que un “trasplante jurídico” está ocurriendo al menos al nivel de las palabras escritas en sí mismas y que eso tiene consecuencias para la jurisdicción receptora en cuanto al crecimiento de su derecho y, por lo tanto, eso es de relevancia para el comparatista? La respuesta debe ser negativa: no hay nada en tomar prestado una cadena de palabras vacía que permita fundamentar una teoría del

31 Dan Sperber; “Learning to Pay Attention”, *The Times Literary Supplement*, 27 de diciembre de 1996, p. 14, col. 3.

32 Para Gadamer; la “aplicación” es un aspecto esencial de la “interpretación”. Véase Gadamer, *Truth and Method*, p. 311. Véase también Frederick Schauer; *Playing by the Rules* (Nueva York: Oxford University Press, 1991), p. 207.

33 Matthew H. Kramer; *Legal Theory, Political Theory, and Deconstruction* (Bloomington: Indiana University Press, 1991), p. 255.

"cambio jurídico como trasplantes jurídicos". Todo lo que uno puede ver es que los reformadores del derecho encuentran en ocasiones conveniente, cabe presumir en aras de la economía y la eficiencia, adoptar una forma preexistente de palabras que tal vez haya sido formulada fuera de la jurisdicción en la que trabajan esos juristas —no de forma muy distinta a los escritores que en ocasiones encuentran conveniente citar a otros autores, a veces extranjeros—. Lo que está pasando en esos casos es una estrategia retórica que involucra el acto común de la repetición como método discursivo funcional. Al decir que el cambio legal es, en parte, conducido por la mimesis no se está diciendo mucho más —o mucho menos— que los individuos mirarán al pasado para ayudarse a construir el presente. Es tan evidente en el derecho como en la literatura o las matemáticas. Esta observación a duras penas puede ser el material de teorías del derecho sobre la interacción entre culturas jurídicas.

Con independencia de los orígenes temporales o espaciales de las formas de las palabras que se repiten o del contenido de estas formas de palabras en sí mismas, lo que podría ser, como es evidente, mucho más prometedor es pasar del *l'énoncé* a *l'énonciation*, es decir, investigar como el hecho de la repetición —que siempre implica represión— está condicionado por una estructura epistemológica particular, por una *mentalité* específica³⁴. El discurso del derecho continental europeo, por ejemplo, es centrípeto, en el sentido de que se sujeta al orden del derecho positivo del que extrae su certidumbre y al cual, por lo tanto, intenta siempre regresar. La tradición del *common law* muestra una aproximación diferente, puesto que los estudios de los discursos pasados (los precedentes) son estrictamente propedéuticos para la elaboración de otros discursos, actuales. Lo que ocurrió antes es relevante en tanto que cumple una función ejemplificadora. El discurso del *common law* no es un discurso de segundo grado ni un barniz, sino que mediante su propio discurso amplía de manera continua su campo, alejándose de un discurso anterior (igualmente autocontenido). El *common law* es centrífugo. ¿Cómo afectan estas configuraciones epistemológicas la disposición cognitiva del jurista del derecho continental o del jurista del *common law* cuando recurre a un acto de repetición hoy? Se debe invitar a los comparatistas a responder este tipo de cuestiones escogidas.

La política de los "trasplantes jurídicos"

Volviendo al tema del "cambio legal como trasplantes jurídicos" sostengo que los proponentes de esta tesis prestan una gran atención a los textos del

34 Para la conexión entre "repetición" y "represión" véase Gilles Deleuze, *Différence et répétition* (París: Presses Universitaires de France, 1968), p. 139.

lenguaje escrito en detrimento del marco de intangibles en el que operan las comunidades interpretativas y que tienen fuerza normativa para estas comunidades —algo que los lleva automáticamente a tomar una perspectiva limitada del derecho—. Esta posición es, si se quiere, “libresca”. No obstante, debe observarse que esta actitud deja ver una decisión *política* de marginar la diferencia y de subrayar correlativamente la semejanza. La idea de “trasplante jurídico” se usa como un reductor conveniente de la variedad. Los proponentes del “cambio jurídico como trasplante jurídico” ofrecen lo que puede describirse como una “visión sintética”, que se centra de manera exclusiva en el nivel técnico del derecho. Esta decisión refleja una fe en el universalismo abstracto que se lleva mal con el declive observable de la racionalidad formal y la sustantivación del derecho formal, caracterizada por la preferencia creciente por los argumentos informativos de carácter sociológico, económico, político, histórico, cultural, epistemológico o ético antes que por los argumentos de naturaleza conceptual³⁵.

Todavía más importante, la tesis de los “trasplantes jurídicos” rechaza la existencia de fenómenos cualitativamente diferenciados y los contenidos concretos de las experiencias y los valores. Es una perspectiva preocupada por encontrar modelos cuya axiomatización obliga a imponer una unidad racional *a priori* a experiencias disparejas sobre qué es el derecho. Los defensores del “cambio jurídico como trasplante jurídico” no tienen nada que decir acerca del pensamiento (recuerden las propias palabras de Watson en la larga cita que transcribí anteriormente). Como es evidente, la tesis de los trasplantes jurídicos carece de toda vocación crítica. Es conservadora y favorece el *statu quo*, en cuanto privilegia “el conocimiento de las regularidades observadas” como forma de alcanzar “certidumbre, predictibilidad y control”³⁶. De hecho, Watson es acusado con justicia de defender “una visión conservadora del mundo” y de intentar “trivializar lo político”; su finalidad es “rebatir a los radicales”³⁷.

Los proponentes del “cambio jurídico como trasplantes jurídicos” crean un consenso falso, que solo puede establecerse haciendo referencia exclusiva a los elementos formalizados del objeto discutido y mediante la legitimación de una idea como la “tradición” o la “cultura” que, en su complejidad, intervendría como un cortocircuito irracional, interfiriendo con la producción y la percepción de la regularidad empírica. Ese es el tipo de regularidad que se considera necesaria para cumplir con “las necesidades reguladoras del capitalismo liberal” (recordemos la atención de Watson

35 Me baso en Lawrence M. Friedman y Gunther Teubner; “Legal Education and Legal Integration: European Hopes and American Experience”, en Mauro Cappelletti, Monica Seccombe y Joseph Weler (eds.), *Integration through Law, I: Methods, Tools and Institutions, book 3: Forces and Potential for a European Identity* (Berlín: De Gruyter, 1986), pp. 372-374.

36 Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense* (Londres y Nueva York: Routledge, 1995), p. 73.

37 Abel, “Law as Lag”, pp. 785, 803.

a las preocupaciones de los “hombres de negocio y los abogados mercantilistas” en la larga cita que ya reproducimos)³⁸. El argumento a favor de los “trasplantes jurídicos” se basa en analogías *mecánicas*. Por lo tanto, el problema está en la forma en que el razonamiento promueve el positivismo más exacerbado, lo que hace que no pueda comprender ni expresar la naturaleza (compleja, en varios niveles) de la interacción entre los elementos constituyentes de una totalidad social. La negativa o la inhabilidad para ver cómo funciona el derecho como lugar de reflejo ideológico de actitudes culturales, profundamente arraigadas, no hace, sin embargo, que desaparezca la realidad: las bananas existen aunque no me gusten y la deriva continental está ocurriendo incluso si no puede percibirse.

Los estudios jurídicos comparados de otra forma

La ética del análisis comparativo está en otro lado. Los estudios jurídicos comparados se entienden mejor como explicaciones hermenéuticas y como la mediación entre diferentes formas de experiencia jurídica en el marco de metalenguajes descriptivos y críticos³⁹. Debido a que la insensibilidad hacia las cuestiones de heterogeneidad cultural impide hacerles justicia a las propiedades locales, situacionales, del conocimiento, el comparatista no debe nunca abolir la distancia entre el yo y el otro. En lugar de eso, debe permitir que el yo haga el viaje y ver al otro en la forma en que debe ser visto, como el otro. El comparatista debe permitir al otro darse cuenta de “su visión de su mundo”⁴⁰. Definir una cultura o una tradición jurídica para un comparatista significa, entonces, “encontrar qué es significativo en [su] diferencia con los otros”⁴¹. La comparación no debe tener un efecto unificador, sino “multiplicador”: debe pretender organizar la diversidad de los discursos alrededor de formas (culturales) diferentes y contrarrestar la tendencia del pensamiento a la uniformidad⁴². Las comparaciones deben capturar diacríticamente las culturas jurídicas; el comparatista debe contestar *fuertemente* cualquier intento de axiomatización

38 Santos, *Toward a New Common Sense*, p. 72.

39 Cfr. Anthony Giddens, *New Rules of Sociological Method* (2.^a ed.; Cambridge: Polity, 1993), p. 170.

40 Bronislaw Malinowski, *Argonauts of the Western Pacific* (Londres: Routledge and Kegan Paul, 1922), p. 25.

41 Charles Taylor, *The Malaise of Modernity* (Toronto: Anansi, 1991), pp. 35-36.

42 Para tener cierto sentido de la magnitud del reto véanse, por ejemplo, Giambattista Vico, “Principi di scienza nuova”, en *Opere* (editado por Fausto Nicolini; Milán: Riccardo Ricciardi, 1953), libro I, XLVI, p. 452: “La mente humana tiende a recrearse de manera natural en lo uniforme” [“La mente umana è naturalmente portata a dilettersi dell’uniforme”] (publicado originalmente en su edición definitiva por el propio Vico en 1744); y Michel Foucault, *L’archéologie du savoir* (París: Gallimard, 1969), p. 21: señala que “uno experimenta una repugnancia única a pensar en términos de diferencia, a describir discrepancias y dispersiones” [“éprouv(e) une répugnance singulière a penser la différence, a décrire des écarts et des dispersions”].

de la similitud, en especial cuando la institucionalización de la igualdad se convierte en algo tan extravagante como para sugerir que si encuentra diferencias eso debería llevarle a empezar su investigación de cero⁴³. Citando a Günter Frankenberg, "[l]as analogías y el presupuesto de la similitud tienen que abandonarse en favor de una experiencia rigurosa de distancia y diferencia"⁴⁴. Defiendo que la comparación debe involucrar "la investigación primordial y fundamental de la diferencia"⁴⁵. La prioridad de la alteridad debe convertirse en el postulado guía para el comparatista. Privilegiar la alteridad en toda ocasión es la única forma en la que el comparatista se puede proteger contra el engaño que surge de la similitud de soluciones a los problemas sociojurídicos existentes en todas las culturas jurídicas: el hecho de que la misma solución (digamos "6") pueda ser alcanzada multiplicando dos números (digamos "3" y "2") o añadiendo dos números (digamos "5" y "1") no entraña los mismos operadores u operaciones cognitivas. Es obvio que el éxito de este proyecto comparativo depende de una receptividad inicial hacia la otredad del otro.

El derecho es parte del aparato simbólico a través del cual comunidades enteras intentan comprenderse mejor a sí mismas. Los estudios jurídicos comparados pueden incrementar nuestra comprensión de otros pueblos al arrojar luz sobre cómo esos pueblos entienden su derecho. Sin embargo, a menos que el comparatista aprenda a pensar en el derecho como un fenómeno culturalmente situado y a aceptar que el derecho vive de una manera muy profunda en un discurso cultural específico y, por lo tanto, contingente, la comparación se convierte rápidamente en una empresa inútil. Kahn-Freund fue un paso más allá y observó que el análisis comparado del derecho "se convierte en *abuso* [...] si está alimentado por un espíritu legalista que ignora [el] contexto del derecho"⁴⁶.

43 Konrad Zweigert y Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (2.^a ed.; trad. Tony Weir; Oxford: Oxford University Press, 1992), p. 36.

44 Günter Frankenberg, "Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law", *Harvard International Law Journal* 26 (1985), pp. 411, 453. No puedo estar de acuerdo con Rudolf Schlesinger quien observa, sin ofrecer evidencia, que "[tradicionalmente] las obras de derecho comparado tienden a centrarse más en las diferencias que en los parecidos": Rudolf B. Schlesinger, "Introduction", en Rudolf B. Schlesinger (ed.), *Formation of Contracts-A Study of the Common Core of Legal Systems* (Dobbs Ferry: Oceana, 1968), p. 3, n. 1. Véase Richard Hyland, "Comparative Law", en Dennis Patterson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Oxford: Blackwell, 1996), p. 185: "Durante gran parte de la historia moderna del derecho comparado, el paradigma comparativo dominante se ha concentrado en los parecidos [entre los diversos sistemas jurídicos] y ha intentado de varias formas identificar un conjunto de ideas o prácticas comunes a todos los órdenes jurídicos desarrollados". Véase también, por ejemplo, Tullio Ascarelli, "Etude comparative et interprétation du droit", en Tullio Ascarelli, *Problemi giuridici* (Milán: Giuffrè, 1959), p. 321: quien observa que los estudios jurídicos comparados están preocupados bien por la unificación de las leyes en unos límites sustantivos o geográficos, o bien tienen una inclinación más filosófica y aspiran a un derecho uniforme que sería universal".

45 Michel Foucault, *Les mots et les choses* (París: Gallimard, 1966), p. 68 ["la recherche première et fondamentale de la différence"].

46 Otto Kahn-Freund, "On Uses and Misuses of Comparative Law", 37(1) *Modern Law Review* (1974), pp. 1, 27 [énfasis añadido]. Compárese con Alan Watson, "Legal Transplants and Law Reform", 92(1) *Law Quarterly Review* (1976), pp. 79, 81: "El sistema receptor no requiere ningún conocimiento real del contexto social, económico, geográfico y político del origen y el desarrollo de la norma original".

La difusión del derecho: una perspectiva global^{*}, ^{}**

William Twining

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.722>.

** Este capítulo es una traducción de William Twining, "Diffusion of Law: A Global Perspective", 36 *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 49 (2004), pp. 1-45.

Este ensayo se basa y amplía temas desarrollados en textos míos ya publicados: William Twining, *Globalisation and Legal Theory* (Londres: Butterworths; Evanston: Northwestern University Press, 2000); William Twining, "Comparative Law and Legal Theory: The Country and Western Tradition", en Ian Edge (ed.), *Comparative Law in Global Perspective* (Ardley, NY: Transnational Publishers, 2000); William Twining, "A Cosmopolitan Discipline? Some Implications of 'Globalisation' for Legal Education", 1 *Journal of Commonwealth Law and Legal Education* 13 (2001) (publicado también en 8 *International Journal Legal Profession* 23); William Twining, "Reviving General Jurisprudence", en Michael Likosky (ed.), *Transnational Legal Processes: Globalisation and Power Disparities* (Londres: Butterworths, 2002), cap. 3 (reimpreso en William Twining, *The Great Juristic Bazaar: Jurists' Texts and Lawyers' Stories*, Aldershot: Ashgate, 2002, cap. 10); William Twining, "The Province of Jurisprudence Re-examined", en Catherine Dauvergne (ed.), *Jurisprudence for an Interconnected Globe* (Aldershot: Ashgate, 2003), cap. 2. Una secuela de este ensayo, sobre las ciencias sociales y la difusión del derecho, se publicó luego en William Twining, "Diffusion of Law: A Global Perspective", 49 *Journal Legal Pluralism* 1 (2005). Gran parte de la investigación para este artículo tuvo lugar en el Center for Advanced Study in the Behavioral Sciences, en la Universidad de Stanford, en los años 1999 y 2000. Estoy agradecido por el fantástico apoyo del personal del Center for Advanced Study y por los consejos sobre literatura histórica y de ciencias sociales que me dieron Carol Gluck, Harvey Molotch y David Snow. También les agradezco sus comentarios a Deirdre Dwyer, Trisha Greenhalgh, John Griffiths, David Nelken, Esin Örüçü, David Westbrook, Gordon Woodman y los participantes en eventos celebrados en el Centre for Socio-legal Studies (Oxford), la Facultad de Derecho de Harvard, la Universidad de Westminster y la Universidad de Groningen.

Cartografías del derecho: un modelo ingenuo de difusión

*Las iniciativas de renovación aparecen como punto de partida.
Traen nuevas necesidades y satisfacciones al mundo, luego
se extienden, o tienden a hacerlo, por la fuerza o de manera
espontánea, consciente o inconscientemente, por imitación rápida
o lenta, y siempre respondiendo a un ritmo regular, como una ola
suave o una familia de termitas¹.*

En mis primeros años como profesor en Jartum, a finales de la década de los cincuenta del siglo xx, solía enseñar un curso de primer año, Introducción al Derecho. Con el propósito de situar en contexto el estudio del sistema jurídico sudanés, comenzaba presentándoles a los estudiantes un mapa del derecho en el mundo². Este sugería que prácticamente todos los países pertenecían a una de dos familias, la del *common law* o la del derecho civil. Indicaba que algunos países de derecho civil eran socialistas (era la época de la Guerra Fría) y que muchos países, sobre todo colonias y excolonias, reconocían el derecho religioso y consuetudinario con efectos limitados, sobre todo en lo relativo a las personas, como en el derecho de familia y de sucesiones.

Este simple mapa tenía el propósito útil de establecer un contexto amplio para el estudio del derecho sudanés, al interpretar los patrones jurídicos en términos de la Guerra Fría, y destacar, en especial, los efectos del

1 Gabriel Tarde, *Les lois de l'imitation* (reimpresión de la 1.^a ed. de 1890; París: Slatkine Reprints, 1979), p. 3.

2 Para una explicación más detallada véase William Twining, "Comparative Law and Legal Theory: The Country and Western Tradition", en Ian Edge (ed.), *Comparative Law in Global Perspective* (Ardley, NY: Transnational Publishers, 2000), pp. 21, pp. 142 y ss.

colonialismo en la difusión del derecho. Explicaba, pero no pretendía justificar, por qué estábamos estudiando un derecho de base inglesa. También identificaba el sistema jurídico sudanés como ejemplo del pluralismo jurídico estatal y proporcionaba un punto de partida para analizar el futuro desarrollo del derecho local.

Hoy ese mapa nos parecería primitivo, en parte porque el mundo ha cambiado en estos cincuenta años, pero sobre todo porque se basaba en suposiciones dudosas incluso entonces. Por ejemplo, en términos ortodoxos, como descripción de los sistemas jurídicos estatales, se podría decir que exageraba la importancia de la división entre derecho civil/*common law*, que subestimaba las diferencias entre sistemas jurídicos al interior de las tradiciones del *common law* y romanista; que tenía un sesgo hacia el derecho privado; y que prestaba poca atención a los sistemas híbridos.

Mi mapa representaba todos los sistemas jurídicos nacionales del mundo como si pertenecieran de forma más o menos completa a las “familias” del derecho civil o del *common law*, en gran medida desde la perspectiva del exportador. La imagen reflejada era la de trasplantes masivos. No obstante, además de mostrar ingenuidad sobre aquello que estaba cartografiando, aceptaba acríticamente un modelo igual de ingenuo de la recepción jurídica. Se podría reformular lo dicho y considerarse una clase ideal de recepción basada en algunos supuestos ampliamente sostenidos, aun si el modelo en su conjunto cabría calificarse de demasiado simple por los académicos más conocedores de la difusión del derecho.

Un ejemplo usual podría tomar la siguiente forma. En 1868, el país A importó del país B una ley, un código o un cuerpo de doctrina jurídica, y ese material ha permanecido en vigor desde entonces³. Si este ejemplo se toma como caso paradigmático y se generaliza como tipo ideal, se puede demostrar que contiene varios supuestos cuestionables y algunas omisiones significativas. Supone que

1. Hay un exportador y un importador identificables.
2. El caso estándar es una recepción de exportador a importador entre países.
3. El proceso típico de recepción implica una transferencia directa del país A al país B.
4. Los principales objetos de la recepción son normas y conceptos jurídicos.

3 Este es un ejemplo de la recepción a “pequeña escala”, pero la mayoría de los supuestos se aplican también a explicaciones habituales sobre las recepciones a “gran escala”.

Sin embargo, hay acuerdo en que la expresión “trasplantes jurídicos” se refiere al movimiento de normas jurídicas o leyes específicas de un Estado a otro durante el proceso de elaboración de leyes o de reforma legal. Loukas Mistelis, “Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization, Legal Transplants, and Law Reform—Some Fundamental Observations”, 34 *The International Lawyer* 1055 (2000), p. 1067, en el que se analizan las ideas de Watson y Kahn-Freund, y sus protagonistas.

5. Los principales agentes de exportación e importación son los Estados.
6. La recepción implica una aprobación o adopción formal en un momento específico del tiempo.
7. El objeto de la recepción conserva su identidad sin cambios significativos después de la fecha de recepción.

Otros presupuestos usuales, pero en ningún caso universales, serían los siguientes:

1. El caso estándar es la exportación desde un sistema jurídico “progenitor” de derecho civil o de *common law* hacia un sistema jurídico menos desarrollado (por ejemplo, colonial) o adolescente (por ejemplo, “transicional”).
2. La mayoría de los casos de recepción son técnicos más que políticos, y conciernen, por lo general, al derecho de los “abogados”⁴.
3. El derecho recibido o bien llena un vacío o bien reemplaza derecho existente (típicamente caduco o tradicional)⁵.

Cada uno de estos supuestos se ha refutado por separado en la literatura académica, por lo general sin referencia a fuentes de las ciencias sociales. No obstante, estos supuestos todavía están muy extendidos en el pensamiento y el discurso jurídico sobre recepciones/trasplantes; ejercen una influencia restrictiva, e incluso algunas veces distorsionante, y refuerzan la tendencia a realizar generalizaciones infundadas. Sin embargo, hay patrones del derecho discernibles con claridad. El problema es identificar patrones que no sean falsos, superficiales o engañosos, y, en segundo lugar, explicarlos. Es decir, justo lo que se propone hacer el estudio de la difusión del derecho.

Desde 1959, el estudio de la difusión del derecho se ha realizado con muchas etiquetas distintas, entre las cuales se pueden mencionar: recepción, trasplantes, extensión, expansión, transferencia, exportaciones e importaciones, imposición, circulación, transmigración, transposición y

4 Sobre el concepto vulnerable, pero no totalmente carente de significado, de “derecho de los juristas” véase William Twining, “Some Aspects of Reception”, *Sudan Law Journal and Reports* 229 (1957) (mi primer esfuerzo por aclarar algunas de las perplejidades generadas por mi mapa).

5 La mayoría de estos supuestos están relacionados muy de cerca con la “tradición occidental y estatal” del derecho comparado, un tipo ideal en el que hasta hace no mucho determinaba gran parte del discurso del derecho comparado occidental dominante, pero en ningún caso toda la práctica (véase William Twining, “Constructing Conceptions of Law: Beyond Hart, Tamanaha and Llewellyn”, en William Twining, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), p. 101). Como veremos, no todas las principales explicaciones sobre difusión del derecho pertenecen a esa tradición.

movilidad transfronteriza del derecho⁶. En este ensayo usaré el concepto de “difusión” para cubrir todos estos aspectos con el fin de subrayar su conexión potencial con el estudio de la difusión en otras ciencias sociales. La literatura académica contiene muchos estudios valiosos y algunas polémicas insatisfactorias. Mi tesis es que el estudio de la difusión del derecho se ha visto socavado por un conjunto de suposiciones muy extendidas, compartidas con mi primitivo mapa, y que en una era de globalización necesitamos una imagen mucho más amplia y compleja, y una metodología flexible, como base para el estudio de los procesos de difusión y sus resultados. Una secuela de este ensayo argumenta que, aunque los estudios de la difusión jurídica han compartido sus orígenes con la antropología y la sociología del siglo XIX, han perdido su conexión con el enorme cuerpo de literatura de otras ciencias sociales que se ocupan de la difusión de las innovaciones y del lenguaje, la religión, el deporte y la música. Los tiempos están maduros para renovar ese contacto⁷.

Los sistemas jurídicos y las tradiciones jurídicas han interactuado a lo largo de la historia. De hecho, el aislamiento ha sido bastante excepcional⁸. No sorprende, entonces, que los temas relativos a las interacciones entre tradiciones y sistemas jurídicos se suelen estudiar como parte

6 Sobre las distintas metáforas usadas en conexión con la difusión véase David Nelken y Johannes Feest (eds.), *Adapting Legal Cultures* (Oxford: Hart, 2001), pp. 15-20; y Esin Öricü, “Law as Transposition”, 51 *International and Comparative Law Quarterly* 205 (2002). Estos términos no son todos sinónimos. En particular, algunos se concentran en la fuente original (exportación, transferencia, extensión, transmigración, difusión, diáspora), mientras que otros dirigen su atención al receptor (recepción, importación, transposición). En el uso ordinario, “difusión” puede implicar lo primero, pero lo usaré como término genérico para cubrir ambas perspectivas, como lo hace el discurso usual de las ciencias sociales: “La difusión es el término más general y abstracto que tenemos para esta clase de procesos, y agrupa el contagio, la imitación, el aprendizaje social, la diseminación organizada y otros miembros de familia”. David Strang y Sarah A. Soule, “Diffusion in Organizations and Social Movements: From Hybrid Corns to Poison Pills”, 24 *Annual Review of Sociology* 265 (1998), p. 266.

Sin embargo, hay que ser consciente del sesgo del “exportador” en gran parte de la literatura. En el análisis económico ha habido un contraste entre la adopción de perspectivas que se concentran principalmente en el lado de la demanda (los individuos escogen adoptar) y las perspectivas del mercado y la infraestructura (que dan más importancia a las estructuras, las oportunidades, la publicidad y la oferta); Lawrence A. Brown, “Diffusion: Geographical Aspects”, 6 *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences* 3676 (2001).

En el contexto de la investigación médica, Trisha Greenhalgh et al., “Diffusion of Innovations in Health Service Organizations: Systematic Literature Review and Recommendations”, 82 *Millbank Quarterly* 581 (2004), distinguen útilmente entre “difusión” (extensión informal) y “diseminación” (extensión planeada) como dos puntos de un espectro que se extiende de la extensión natural (“dejar pasar”) al cambio gestionado (“hacer que pase”).

7 William Twining, “Diffusion of Law: A Global Perspective”, 49 *Journal Legal Pluralism* 1 (2005).

8 Glenn sugiere que no hay sistemas jurídicos puros en el mundo (cita a Pierre Arminjon et al., *Traité de Droit Comparé* (Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence [3 vols.], 1950-1951), p. 49). Continúa:

El carácter mixto de todas las jurisdicciones se camufla hoy, sin embargo, por las instituciones estatales, la metodología taxonómica del derecho comparado que establece distintas “familias” del derecho, por la historiografía nacionalista que destaca lo que puede ser distintivo en los sistemas jurídicos nacionales. Decir que todas las jurisdicciones hoy son mixtas no significa reconocer; sin embargo, las teorías medioambientalistas o difusionistas de la variedad cultural o compartir de alguna forma las explicaciones causales de los fenómenos. H. Patrick Glenn, “Persuasive Authority”, 32 *McGill Law Journal* 261 (1987), pp. 264-265.

de preocupaciones más amplias de la historia del derecho, el derecho comparado, la reforma del derecho, el derecho y desarrollo, la reconstrucción posconflicto, la justicia transicional, la teoría del derecho, la sociología del derecho y otras áreas parecidas⁹. Si uno se refiere a la historia o las características de un solo sistema jurídico o de una tradición jurídica particular cuando estudia la influencia externa, eso puede ser tan estéril como buscar los orígenes en la historia o la “influencia” en la literatura o el arte¹⁰. También puede llevar a un énfasis excesivo en el exportador, o a concentrarse en exceso en momentos específicos (como la “fecha de recepción”) y puede apartar la atención de los acontecimientos y las interacciones anteriores y posteriores.

Por ejemplo, el caso del entierro otieno en Kenya involucraba choques de intereses, percepciones y valores entre lo rural y lo urbano, lo tradicional y lo moderno, las mujeres y el patriarcado, y también entre el derecho colonial y el derecho indígena¹¹. Los que destacaban los orígenes coloniales del derecho estatal de sucesiones opacaban el hecho de que esto era una lucha entre keniatas, algunos de los cuales apoyaban el derecho nacional porque, en su opinión, era más apropiado para el estilo de vida urbano, o porque se oponía a los elementos patriarcales de una tradición que se describía como típicamente africana. En ese mismo sentido, en el “debate

Sobre la interacción del *common law* y el derecho continental civil véase Mathias Reimann (ed.), *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World* (Berlín: Duncker and Humblot, 1993).

- 9 Un buen ejemplo es el estudio comparado pionero efectuado por Katarina Pistor y Philip A. Wellons, en el que estudian el derecho en seis economías asiáticas de 1960 a 1995, un periodo de crecimiento económico destacable. Su estudio, aunque presta atención al papel del derecho en el desarrollo económico, conduce en ocasiones a algunas observaciones significativas sobre los “trasplantes”:

Un hallazgo clave de este proyecto de investigación, por lo tanto, es que el derecho y las instituciones jurídicas no deberían considerarse como herramientas técnicas que una vez adoptadas producen el resultado deseado [...]. Los hallazgos advierten contra el trasplante ciego de las instituciones jurídicas, sin debida consideración al marco económico relevante en el que deberían operar. También sugieren que los proyectos de reforma del derecho no deberían valorarse de manera aislada, sino en el contexto más amplio de las políticas económicas. Katarina Pistor y Philip A. Wellons, *The Role of Law and Legal Institutions in Asian Economic Development 1960-1995* (Oxford: Oxford University Press 1999), p. 19.

- 10 Esta explicación coincide con la conclusión del útil artículo de Edward M. Wise:

La dimensión internacional de la cultura jurídica constituye uno de los contextos en los que ocurre el cambio jurídico. Sin embargo, la mera descripción del pensamiento jurídico no se puede esperar que explique ese cambio. Edward M. Wise, “The Transplant of Legal Patterns”, 38 *American Journal of Comparative Law* 1 (1990), p. 22.

- 11 El caso concernía a una disputa sobre los derechos de enterramiento entre la viuda kikuyu de un abogado prestigioso de Nairobi, fallecido en 1987, y los miembros del clan luo al que pertenecía el abogado. La viuda reclamó el derecho a enterrar a su esposo en su hogar matrimonial cerca de Nairobi, mientras que el clan luo reclamó enterrarlo en su verdadero hogar, el cementerio del clan en Nyalgunga. El caso atrajo una gran cantidad de atención pública en la época, y generó una numerosa literatura, entre la cual se encuentran los escritos de J. Beckton Ojwang y J. Kanyua Mugambi (eds.), *The S. M. Otieno Case* (Nairobi: Nairobi University Press, 1989); David Cohen y E. S. Atieno, *Burying S. M.: The Politics of Knowledge and the Sociology of Power in Africa* (Londres: James Currey, 1992); y John Van Doren, “Death African Style: The Case of S. M. Otieno”, 36 *American Journal Comparative Law* 329 (1988). Para referencias adicionales véase Abreema Manji, “Of the Laws of Kenya and Burials and All That”, 14 *Law and Literature* 463 (2002).

sobre los valores asiáticos”, los que defendían la causa de los derechos humanos y la democracia en Asia veían, por lo general, como algo irrelevante los orígenes del régimen y del discurso internacional de los derechos humanos. Una cosa es oponerse a la hegemonía occidental y otra muy distinta renegar de la justificación de la libertad y la democracia debido a sus orígenes y asociaciones “occidentales”¹².

Algunos hitos en el estudio de la difusión del derecho¹³

Para algunos fines tiene sentido concentrarse en la difusión. Cuando eso ocurre, los conceptos subyacentes, las perspectivas y los métodos adoptados, y el contexto histórico inmediato han sido muy diversos. La literatura sobre la difusión del derecho no pertenece a una tradición de investigación única¹⁴. Se puede ilustrar este aspecto si miramos brevemente algunos de los hitos del estudio de la difusión jurídica.

Los estudios sobre la recepción efectuados por juristas son numerosos y muy variados. Históricamente se remontan a los escritos de Gabriel Tarde, Sir Henry Maine y Max Weber¹⁵. El difusionismo representó una reacción frente a la visión decimonónica dominante según la cual había leyes naturales de la evolución que gobernaban el progreso humano. Al inicio, había una conexión cercana con la teoría de la difusión existente en la antropología cultural, pero el derecho pronto se confundió con el trasfondo. Desde la Segunda Guerra Mundial ha habido hitos, estimulados por preocupaciones muy diversas. En primer lugar, hay estudios sobre la “recepción” del derecho romano en la Europa medieval, ilustrado por

12 Véase, por ejemplo, Amartya Sen, “Human rights and Asian values: What Lee Kuan Yew and Li Peng don’t understand about Asia”, *The New Republic*, 14 y 21 de julio de 1997, pp. 33-40; Yash Ghai, “Human rights and Asian values”, 9 *Public Law Review* 168 (1998).

13 Las obras más destacadas de la literatura jurídica sobre este punto se revisan con mayor detalle en William Twining, “Have Concepts, Will Travel”, 1 *Int. Journal Law in Context* 5 (2005).

14 Trisha Greenhalgh nos sugiere, y es útil, que gran parte de la literatura de las ciencias sociales sobre difusión de innovaciones pertenece a una única tradición investigadora, que pasó por varias fases, a pesar de ubicarse en diferentes ramas de la sociología. Trisha Greenhalgh, “Meta-Narrative Mapping: A New Approach to the Synthesis of Complex Evidence”, en Brian Hurwitz et al. (eds.), *Narrative Research in Health and Illness* (Londres: BMJ Publications, 2004); véase también Trisha Greenhalgh et al., *Diffusion of Innovations in Health Service Organisations: A Systematic Literature Review* (Oxford: Blackwell, 2005).

15 Mucho menos conocido es uno de los primeros ensayos de Bentham sobre el tema, “Place and Time in Matters of Legislation”, cuyo manuscrito completo fue editado hace poco por Philip Schofield. Este presenta un análisis incisivo, orientado hacia la exportación, de las condiciones que debe enfrentar un “legislador del mundo” a la hora de introducir modelos extranjeros. Véase William Twining, “Normative Jurisprudence, Utilitarianism, and Theories of Justice”, en William Twining, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), sección 4(d).

las obras clásicas de Koschaker¹⁶ y Wieacker¹⁷, y por los debates que estos estimularon. En segundo lugar, hay explicaciones sobre la importación o la imposición de leyes por los poderes colonizadores¹⁸. Esos estudios se superponen con la literatura sobre pluralismo jurídico, y derecho y desarrollo. En tercer lugar, se ha prestado bastante atención a las recepciones “voluntarias”, en gran medida excepcionales, sobre todo en Japón y Turquía, y, en menor medida, en Etiopía. A este respecto, la obra de Esin Örüçü es sobresaliente¹⁹. En cuarto lugar, tenemos la “tesis de los trasplantes” de Alan Watson, su debate con Otto Kahn-Freund, y la literatura que han producido²⁰. Además, recientemente se ha renovado el interés académico y práctico sobre la reforma del derecho y la armonización como parte de la integración europea, los programas de ajuste estructural en los países en vías de desarrollo, la reconstrucción en los “países en transición” en

- 16 Paul Koschaker; *Europa und das römische Recht* (2.^a ed.; Múnich: Biederstein, 1953). La tesis mejor conocida de Paul Koschaker; adoptada por autores posteriores, es que la recepción del derecho romano en Europa Central y la difusión del Código de Napoleón fueron más un asunto de poder imperial y prestigio que de calidad técnica superior. Véase Konrad Zweigert y Heinz Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (trad. Tony Weir, 3.^a ed.; Oxford: Oxford University Press, 1998), p. 100.
- 17 Franz Wieacker; “The Importance of Roman Law for Modern Western Civilization and Western Legal Thought”, *IV Boston College International and Comparative Law Review* 257 (1981); Franz Wieacker; “Foundations of European Legal Culture”, *38 American Journal Comparative Law* 1 (1990); Franz Wieacker; *A History of Private Law in Europe, with Particular Reference to Germany* (trad. Tony Weir de *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1952, revisado en 1967; Oxford: Oxford University Press, 1995), analizado en James Q. Whitman, “Review of Wieacker (1995)”, *17 Law and History Review* 400 (1999); James Q. Whitman, “The Neo-Romantic Turn”, en Pierre Legrand y Roderick Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), p. 312.
- 18 Por ejemplo, Sandra Burman y Barbara Harrell-Bond (eds.), *The Imposition of Law* (Nueva York: Academic Press, 1979); Martin Chanock, *Law, Custom, and Social Order: The Colonial Experience in Malawi and Zambia* (Cambridge: Cambridge University Press, 1985). El término “imposición” se critica a veces por ser demasiado vago en este contexto, porque casi toda influencia ocurre en el contexto de desigualdades relativas de poder.
- 19 Esin Örüçü, “A Theoretical Framework for Transfrontier Mobility of Law”, en Robert Jagtenberg et al., *Transfrontier Mobility of Law* (La Haya: Kluwer Law International, 1995), p. 5; Esin Örüçü, “Turkey: Change under Pressure”, en Esin Örüçü et al. (eds.), *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing* (Londres: Kluwer Law International, 1996), p. 89; Esin Örüçü, *Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition*, Nederlandse Vereniging Voor Rechtsvergelijking n.º 59 (Deventer: Kluwer, 1999); Esin Örüçü, “Turkey Facing the European Union-Old and New Harmonies”, *25 European Law Review* 57 (2000); Esin Örüçü, “Law as Transposition”, *51 International and Comparative Law Quarterly* 205 (2002); Esin Örüçü, *The Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the 21st Century* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2004).
- 20 Alan Watson, *Legal Transplants* (edición revisada en 1993; Edinburgo: Scottish Academic Press, 1974); Otto Kahn-Freund (1974/1978), “On Uses and Misuses of Comparative Law” (1978), en *Selected Writings* (Londres: Stevens, 1978; publicado originalmente en *37 Modern Law Review* 1 [1974]); Alan Watson, “Legal Transplants and Law Reform”, *92 Law Quarterly Review* 79 (1976). Watson ha continuado desarrollando el tema; sus variaciones más recientes incluyen *Legal Transplants and European Private Law* (Maastricht: Ius Commune Lecture, 2000) y *Law Out of Context* (Atenas: University of Georgia Press, 2000) (réplica a Legrand). Véase también Alan Watson, *Comparative Law: Law, Reality and Society* (Lake Mary: Vandeplas Publications, 2007). Sobre si la tesis de Watson solo se ocupa de derecho superficial véase William Twining, “Surface law”, en William Twining, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), pp. 295-296.

Europa del Este y la reconstrucción postconflicto²¹. Este interés ha surgido de una variedad de preocupaciones en una diversidad de contextos y, de nuevo, en muchos casos, la discusión sobre la recepción o los trasplantes ha sido incidental con respecto a algunas cuestiones más amplias.

Gran parte de la literatura, aunque no toda, se ha concentrado en recepciones relativamente grandes: la recepción del derecho romano en Europa medieval, la “extensión del *common law*”, la importación de una serie de códigos en Turquía o América Latina. Esto podría explicar, en parte, la falta de contactos interdisciplinarios, ya que gran parte de la literatura sociológica moderna se ha preocupado por estudios más detallados sobre las vías y los procesos de difusión de productos, técnicas o ideas específicos²².

Si estos son algunos de los hitos del trabajo académico y teórico que han convertido la difusión del derecho en un objeto central de estudio, es claro que no hay una tradición de investigación única continuada. En vez de eso, el contexto histórico de cada uno de esos ejemplos diversos pertenece a historias en gran medida separadas de conocimientos académicos especializados con vínculos vagos: antropología cultural (difusionismo), derecho romano e historia del derecho²³, derecho comparado²⁴ y pluralismo jurídico²⁵. En tiempos recientes, las principales contribuciones académicas se han producido gracias a la teoría de sistemas²⁶, la sociología del

21 Por ejemplo, en Ruanda, Sierra Leona, Afganistán, Iraq y, de algunas formas *sui generis*, la Suráfrica posapartheid.

22 Everett M. Rogers, *Diffusion of Innovations* (4.ª ed. [1.ª ed. 1962]; Nueva York: The Free Press, 1995).

23 Franz Wieacker, “The Importance of Roman Law for Modern Western Civilization and Western Legal Thought”, *IV Boston College International and Comparative Law Review* 257 (1981); Franz Wieacker, “Foundations of European Legal Culture”, 38 *American Journal Comparative Law* 1 (1990); Franz Wieacker, *A History of Private Law in Europe, with Particular Reference to Germany* (trad. Tony Weir de *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1952, revisado en 1967 (Oxford: Oxford University Press, 1995).

24 Otto Kahn-Freund (1974/1978), “On Uses and Misuses of Comparative Law”, en *Selected Writings* (publicado originalmente en 37 *Modern Law Review* 1 [1974]) (Londres: Stevens, 1978); Esin Özücü, “A Theoretical Framework for Transfrontier Mobility of Law”, en Robert Jagtenberg et al. (eds.), *Transfrontier Mobility of Law* (La Haya: Kluwer Law International, 1995); Esin Özücü, “Turkey: Change under Pressure”, en Esin Özücü et al. (eds.), *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing* (Londres: Kluwer Law International, 1996), p. 89; Esin Özücü, *Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition* (Nederlandse Vereniging Voor Rechtsvergelijking n.º 59; Deventer: Kluwer, 1999); Esin Özücü, “Turkey Facing the European Union-Old and New Harmonies”, 25 *European Law Review* 57 (2000); Esin Özücü, “Law as transposition”, 51 *International and Comparative Law Quarterly* 205 (2002); Esin Özücü, *The Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the 21st Century* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2004); Pierre Legrand, “The Impossibility of Legal Transplants”, 4 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 111 (1997).

25 Masaji Chiba (ed.), *Asian Indigenous Law: In Interaction with Received Law* (Londres: Kegan Paul International, 1986); Masaji Chiba, *Legal Pluralism: Towards a General Theory through Japanese Legal Culture* (Tokyo: Tokai University Press, 1989); Masaji Chiba, “Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World”, 11 *Ratio Juris* 228 (1998).

26 Gunther Teubner, “The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism”, 13 *Cardozo Law Review* 1443 (1992); Gunther Teubner (ed.), *Global Law without A State* (Aldershot: Dartmouth, 1996); Gunther Teubner, “Global Bukovina: Legal Pluralism in the World Society”, en Gunther Teubner (ed.), *Global Law without A State* (Aldershot: Dartmouth, 1996), cap. 1.

derecho²⁷, la jurisprudencia histórica²⁸, el análisis económico²⁹, la integración europea³⁰ y el derecho y desarrollo³¹. En este contexto, Alan Watson parece un comodín que desafía la categorización.

Mientras que las preocupaciones de los primeros difusionistas y académicos del derecho, como Wieacker, Watson, Glenn y Örüçü, fueron casi totalmente académicas, algunos de los desarrollos más recientes remiten de manera inmediata a cuestiones prácticas: a creadores de políticas públicas en instituciones financieras internacionales que quieren saber por qué se percibe normalmente que los “trasplantes” fracasan y cuáles son las condiciones para que tengan “éxito”, y cómo medirlo; a las reformas relativas a la importación o imposición de modelos extranjeros (cuestiones analizadas más adelante); a los reformadores locales que quieren saber qué factores tener en cuenta cuando se escoge entre modelos alternativos (cuando pueden escoger); a los jueces que quieren una guía para saber cuándo es apropiado darle autoridad persuasiva a los precedentes extranjeros y otras fuentes extranjeras³², y otros casos parecidos. Una característica de algunos de esos desarrollos es que un número creciente de los esfuerzos de reforma han sido fomentados por organizaciones privadas que tienen poco interés en los debates académicos, en especial cuando destacan la excepcionalidad de las culturas locales y las grandes escalas de tiempo³³.

Hoy hay una enorme cantidad de información, estudios de caso y perspectivas frescas demasiado importantes como para pasarlas por alto. Todos estos desarrollos han hecho que las suposiciones del modelo ingenuo estén bajo una tensión creciente. No sorprende que casi todos los esfuerzos

27 Robert L. Cotterrell, *Language Spread: Studies in Diffusion and Social Change* (Bloomington: University of Indiana Press, 1997); David Nelken, *Comparing Legal Cultures* (Aldershot: Dartmouth, 1997).

28 H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law* (2.^a ed. [1.^a ed. 2000]; Oxford: Oxford University Press, 2004).

29 Ugo Mattei, “Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics”, *14 International Review of Law and Economics* 3 (1994).

30 John W. F. Allison, *A Continental Distinction in the Common Law* (Oxford: Oxford University Press, 1996); Pierre Legrand, *Fragments on Law-as-Culture* (Deventer: Tjeenk Willink, 1999).

31 Yves Dezalay y Brian Garth, *The Internationalization of Palace Wars: Lawyers, Economists, and the Contest to Transform Latin American States* (Chicago: University of Chicago Press, 2002); Yves Dezalay y Brian Garth, *Dealing in Virtue* (Chicago: University of Chicago Press, 1996); Katarina Pistor y Philip A. Wellons, *The Role of Law and Legal Institutions in Asian Economic Development 1960-1995* (Oxford: Oxford University Press, 1999).

32 H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law* (2.^a ed. [1.^a ed. 2000]; Oxford: Oxford University Press, 2004), notas p. 230; Anne-Marie Slaughter, “A Typology of Transjudicial Communication”, *29 University of Richmond Law Review* 99 (1994); David Fontana, “Refined Comparativism in Constitutional Law”, *49 UCLA Law Review* 539 (2001); Christopher McCrudden, “Judicial Comparativism and Human Right”, en Esin Örüçü y David Nelken (eds.), *Comparative Law* (Oxford: Hart, 2007), cap. 15.

33 Veronica Taylor, “Law Reform Olympics: Measuring the Effects of Law Reform in Transitional Economies”, en Timothy Lindsey (ed.), *Law Reform in Developing and Transitional Societies* (Abingdon: Routledge, 2007).

prácticos de reforma se concentren en el derecho nacional. Algunas de las obras más teóricas de Teubner, Glenn, Chiba y otros tienen un ámbito más amplio. Algunos supuestos específicos se han refutado, pero no de manera sistemática.

Una perspectiva global: difusión, niveles de derecho e interlegalidad

Cuando elaboré mi mapa a finales de la década de los cincuenta adopté irreflexivamente una perspectiva global. Como parte de la reconstrucción de la posguerra, en la época hubo mucha discusión sobre la “paz mundial mediante el derecho mundial”, “el derecho común de la humanidad”, “la ciudadanía mundial” e incluso el “derecho transnacional”. Sin embargo, todavía faltaba tiempo para que el foco se desplazara hacia la globalización³⁴. Desde entonces el mundo ha cambiado, el derecho ha cambiado y también lo han hecho nuestras percepciones de ambos. Estudiar la difusión del derecho desde una perspectiva global presupone un mapa mental o una imagen total del derecho en el mundo. Sin embargo, es claro que necesitamos un modelo algo más complejo que el que alumbró mi primer esfuerzo en Jartum.

En un ensayo reciente he revisado la idea de cartografiar el derecho, no tanto para elaborar un mapa o varios, o un atlas histórico del derecho mundial —un empeño que probablemente tendría un valor limitado—, sino para identificar algunas de las dificultades que tiene esa clase de empeño³⁵. Sin revisar los argumentos, resumiré mi propia posición, que sugiere una forma de pensar sobre la difusión del derecho desde una perspectiva global.

34 Las obras significativas del periodo incluyen C. Wilfrid Jenks, *The Common Law of Mankind* (Londres: Stevens, 1958); Philip Jessup, *Transnational Law* (New Haven: Yale University Press, 1956); Filmer Northrop, *The Meeting of East and West* (Nueva York: MacMillan, 1960) y L. Jonathan Cohen, *The Principles of World Citizenship* (Oxford: Blackwell, 1954). A comienzos de la década de los sesenta asistí a algunas reuniones organizadas en Chicago por el Council for the Study of Mankind. Durante los primeros años de la Guerra Fría, la Comisión Internacional de Juristas promovió el Estado de derecho y los derechos civiles y políticos (por ejemplo, el Acta de Atenas, 1955), en contrapunto con la International Association of Democratic Lawyers, que apoyó los movimientos antiimperialistas y los derechos sociales y económicos.

35 William Twining, “Mapping Law”, en William Twining, *Globalisation and Legal Theory* (Londres: Butterworths; Evanston: Northwestern University Press, 2000). En un ensayo reciente, Gordon Woodman ha atacado “el supuesto de que el mundo del derecho está formado por ‘campos’ bien delimitados, en donde cada uno representa un sistema jurídico o un cuerpo discreto de derecho”, especialmente si se consideran desde el punto de vista territorial; Gordon R. Woodman, “Why there can be no map of law”, en Rajendra Pradhan (ed.), *Legal Pluralism and Unofficial Law in Social, Economic and Political Development: Papers of the xliiith International Congress* (Kathmandu: ICNEC for the Commission on Folk Law and Legal Pluralism, 2003). Esto plantea interesantes cuestiones sobre la individualización de órdenes jurídicos, sistemas jurídicos, etcétera, pero eso está más allá de la finalidad de este ensayo.

En el derecho es de especial importancia distinguir entre los diferentes niveles geográficos de las relaciones humanas y de la ordenación jurídica de esas relaciones, desde el espacio exterior a los niveles muy locales, pasando por niveles intermedios como la región, el imperio, las diásporas, las alianzas y otros grupos y entidades multinacionales. Estos niveles no se sitúan con claridad en círculos concéntricos ni en jerarquías, ni son estáticos o están claramente definidos³⁶. Una disciplina del derecho cosmopolita, razonablemente incluyente, necesita incluir todos los niveles de ordenación jurídica, las relaciones entre estos niveles y las formas relevantes de derecho, incluido el derecho supraestatal (por ejemplo, internacional, regional) y el derecho no estatal (por ejemplo, el derecho religioso, el derecho transnacional, el derecho clotónico (es decir, la tradición/costumbre)³⁷, y varias formas de “derecho blando” y de ordenamientos jurídicos. Una imagen del derecho existente en el mundo que se concentre solo en el derecho nacional de los Estados y en el derecho internacional público (“el dúo westfaliano”)³⁸ sería demasiado restrictiva a casi todos los propósitos. Por ejemplo, es difícil justificar la omisión del derecho islámico o de otras tradiciones principales del derecho religioso en esa imagen³⁹. No obstante, incluir solo aquellos ejemplos de derecho religioso o de costumbres reconocidas oficialmente por los Estados soberanos (pluralismo jurídico estatal) conduciría a una confusión grave. De manera similar, intentar subsumir el derecho de la Unión Europea o la *lex mercatoria* o el arbitraje comercial internacional o todos los ejemplos del derecho de los derechos humanos en el “derecho internacional público” amplía el concepto hasta hacerlo casi inservible, sin que se produzcan las ganancias correspondientes. Me preocupa menos discutir las cuestiones sobre los criterios de inclusión en una concepción amplia del derecho que distinguir entre instituciones jurídicas y otras instituciones y prácticas sociales en esa concepción, tratar el problema de la individuación de los órdenes normativos y jurídicos, o identificar cuáles serían los casos límites de “derecho”⁴⁰. Baste con decir que una concepción amplia del “derecho”,

36 William Twining, *Globalisation and Legal Theory* (Londres: Butterworths; Evanston: Northwestern University Press, 2000), pp. 245-247.

37 H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law* (2.^a ed. [1.^a ed. 2000]; Oxford: Oxford University Press, 2004), cap. 3.

38 William Twining, “A post-Westphalian conception of law”, 37 *Law and Society Review* 1992 (2003); cfr. con el artículo de Allen Buchanan titulado “Rawls’s Law of Peoples: Rules for a Vanished Westphalian World”, 110 *Ethics* 697 (2000).

39 Sobre las dificultades en torno al concepto de “derecho religioso” véase Andrew Huxley (ed.), *Religion, Law and Tradition* (Londres: Routledge Curzon, 2002). Sobre la errónea percepción del derecho hindú como “derecho religioso” por los funcionarios británicos en la India véase J. Duncan M. Derret, “The Administration of Hindu Law by the British”, 4 *Comparative Studies in Society and History* 10 (1961-1962).

40 Estas cuestiones se desarrollan extensamente en William Twining, “A Post-Westphalian Conception of Law”, 37 *Law and Society Review* 1992 (2003). Hay espacio para el desacuerdo sobre el valor que tiene especificar criterios generales de identificación del derecho en abstracto, como Brian Tamanaha

que incluya formas importantes de derecho “no estatal” y de “derecho blando”, lleva inevitablemente a tomarse en serio el pluralismo normativo y jurídico⁴¹. Si se adopta una concepción más amplia del derecho y se tratan como ideas significativas los niveles de derecho y el pluralismo jurídico fuerte, esto tiene implicaciones importantes para el estudio de la difusión.

Casi todas las explicaciones de la recepción o los trasplantes jurídicos se concentran en el derecho nacional —los fenómenos jurídicos que se originan en un Estado o jurisdicción nacional y que otro ha impuesto, o que se importan o adaptan de otro—. La recepción del derecho romano en la Europa medieval es una excepción significativa. Como es obvio, hay contextos en los que es razonable concentrarse en las interacciones entre dos o más sistemas de derecho nacional (relaciones de país a país). Sin embargo, si nos preocupa el ordenamiento jurídico en todos los niveles, del local al intergaláctico, incluido los ordenamientos locales, regionales, transnacionales y diaspóricos, entonces los préstamos, las fusiones y otras formas de interacciones pueden ocurrir en todos los niveles y entre diferentes niveles; las interacciones pueden ser verticales, horizontales, diagonales o involucrar vías más complejas.

La difusión de un nivel a otro merece más atención. Considérese, por ejemplo, las vías mediante las cuales se requeriría investigar los orígenes de la Ley de Derechos Humanos del Reino Unido de 1998. Es un relato de préstamos complejos de teorías de los derechos humanos, de derecho internacional público, de leyes nacionales y de ideas específicas de un ponente británico —David Maxwell Fyfe—, al lado de cincuenta años en Estrasburgo, de la interacción con los sistemas jurídicos del Consejo de Europa, y luego de vuelta a Londres, Edimburgo y Belfast⁴². En el mismo

intenta hacer (Brian Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society* [Oxford: Oxford University Press, 2001]), o si no es mejor abandonar el trazo de fronteras y ligar los casos límites a un contexto específico (William Twining, “A Post-Westphalian Conception of Law”, 37 *Law and Society Review* 1992 [2003]). En el contexto de establecer una perspectiva coherente sobre la difusión del derecho es razonable incluir las principales tradiciones jurídicas, como las reconocidas por Patrick Glenn, y las prácticas institucionalizadas de ordenación que se juzguen valiosas por ser significativas desde el punto de vista político, económico o intelectual. De nuevo, los criterios precisos de inclusión de los casos límite es mejor que se establezcan en contextos más específicos, como un estudio de algún relato concreto de un proceso de difusión y sus resultados, o la historia local de un sistema jurídico o de un orden jurídico particulares. A nuestros efectos, es suficiente estipular que un orden jurídico existe cuando se puede identificar un sistema institucionalizado, una aglomeración o grupo de prácticas y normas sociales que están orientados hacia la ordenación de las relaciones entre personas (sujetos jurídicos) en uno o más niveles de relaciones y de ordenación. Es casi tan amplio como la conceptualización general de Tamanaha, pero difiere de ella en cuatro aspectos clave: (1) es un concepto analítico que se aplica con independencia de las concepciones “populares” de derecho; (2) “ordenación” es más amplio que el concepto de orden social de Tamanaha; (3) adopta un elemento “funcionalista fino”, pero la “función” aquí se refiere al propósito o indicación más que a los efectos reales; (4) no pretende ser una definición *general* o un conjunto de criterios de identificación.

41 William Twining, *Globalisation and Legal Theory* (Londres: Butterworths; Evanston: Northwestern University Press, 2000), pp. 82-88.

42 A.W. Brian Simpson, *Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention* (Oxford: Oxford University Press, 2001).

sentido, el relato de Santos sobre el derecho en Pasárgada muestra cómo el régimen interno de una favela en Rio adoptó, y adaptó, algunas de las formas jurídicas y del vocabulario jurídico de la “ley del asfalto” (es decir, del derecho estatal oficial de Brasil)⁴³. La Convención de Viena sobre compraventas internacionales de 1980 y otros instrumentos internacionales recurren a una variedad de leyes nacionales y a las mezclas con otros materiales, y luego han influenciado a su vez las leyes nacionales⁴⁴.

Esos ejemplos subrayan el vínculo cercano entre el pluralismo normativo y jurídico, por un lado, y la difusión, por otro lado. Cuando coexisten en el mismo contexto de tiempo y espacio órdenes normativos y jurídicos existe siempre la posibilidad de una interacción más o menos continuada entre ellos. Se considera que la difusión, por lo general, tiene lugar cuando un orden, sistema o tradición jurídica *influye* a otro en alguna forma significativa. La “influencia” —un concepto abiertamente vago— es solo una clase de interacción, a la que Santos se suele referir como “interlegalidad”⁴⁵. Así que puede ser iluminador concebir la difusión del derecho como un aspecto de la interlegalidad⁴⁶.

En los primeros días del estudio del pluralismo jurídico hubo una tendencia a pensar la coexistencia de órdenes jurídicos en términos contrapuestos —como enfrentados o competidores—⁴⁷. Sin embargo, esto es un error. Más bien, las clases posibles de relaciones entre ordenamientos

43 Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalisation and Emancipation* (2.^a ed.; Londres: Butterworth, 2002), cap. 3. Véase William Twining, “Mapping Law: Families, Civilisations, Cultures and Traditions”, en William Twining, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), p. 73.

44 Roy Goode, *Commercial Law in the Next Millennium: Hamlyn Lectures* (Londres: Sweet and Maxwell, 1998), cap. 4, II.

45 Como es natural, la conversación sobre interlegalidad, interacción e influencia entre órdenes jurídicos plantea cuestiones difíciles de individualización, sobre lo cual véase Sally Falk Moore, *Law as Process: An Anthropological Approach* (Boston: Routledge and Kegan Paul, 1978), pp. 54-81 (que habla de “campos jurídicos semiautónomos”); y Brian Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society* (Oxford: Oxford University Press, 2001), pp. 206-208. Baste decir aquí que a menudo es útil concebir los órdenes jurídicos y normativos más como si fueran olas o nubes que bolas de billar.

46 Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalisation and Emancipation* (2.^a ed.; Londres: Butterworth, 2002), pp. 437 y 90-91, analizado en Twining (2007). A nuestros efectos, es útil adoptar una definición bastante usual tomada de las ciencias sociales:

La difusión de las prácticas sociales, creencias, tecnologías o reglas morales es objeto de interés para sociólogos y antropólogos. En ambos casos, el proceso de difusión indica como individuos, grupos o comunidades pueden incorporar, rechazar o adoptar prácticas, reglas o representaciones sociales diseñadas por otros. Lawrence A. Brown, “Diffusion: Geographical Aspects”, 6 *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences* 3676 (2001), p. 3681.

Cfr.: “En antropología, la difusión ha sido el proceso mediante el cual las formas sociales y culturales inmateriales se propagan en el espacio”. Ronald Stade, “Diffusion: Anthropological Aspects”, 6 *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences* 3673 (2001), p. 3673. La mayoría de las explicaciones sobre la difusión destacan el movimiento de ideas a través del espacio; el acento de los estudios del pluralismo normativo y jurídico es algo diferente puesto que le preocupa la interacción de diferentes órdenes normativos y jurídicos en el contexto de un mismo espacio. No se pueden trazar líneas claras entre ambos.

47 Antony Allott interpretó la interacción entre el derecho consuetudinario y el derecho importado en África principalmente en términos de los “conflictos internos de leyes” (es decir, escogencia de

jurídicos coexistentes pueden ser extraordinariamente diversas: pueden ser complementarios entre sí; la relación puede ser de cooperación, de cooptación, de competencia, de subordinación o de simbiosis estables; los ordenamientos pueden converger, asimilarse, fusionarse, reprimirse, imitarse, inspirarse o evitarse entre sí.

Por dar un ejemplo: la explicación de Santos sobre el derecho de Pasárgada parece a primera vista una explicación de un sistema jurídico ilegal, que usurpa o subvierte o compite con el derecho oficial del Estado. En un examen más cuidadoso, la relación es mucho más compleja: el ordenamiento pacífico no oficial de las relaciones humanas y de la resolución de conflictos puede complementar, más que competir, con los ordenamientos oficiales de ordenación jurídica. Santos describe las relaciones entre la Asociación de Residentes de Pasárgada y los organismos públicos como relaciones en constante cambio y como “un modelo de ambigüedad”. Las relaciones con la policía eran de especial complejidad: en conjunto, la comunidad evitaba la policía. La policía ofrecía sus “buenos servicios” a la Asociación de Residentes, quienes ansiosos de que no se les identificara con ella, agradecían la oferta, en ocasiones usaba la policía como amenaza, pero solo de manera excepcional cooperaban en la práctica con ella. Desde el punto de vista de las autoridades estatales, la existencia de un centro alternativo de poder y autoridad se puede interpretar como una amenaza, un reto o una medida de conveniencia⁴⁸.

Más allá del modelo ingenuo: contradecir algunos supuestos

Al analizar mi primer mapa sugerí que suponía un modelo ingenuo de recepción e incluía algunos supuestos dudosos, y veía como caso simple paradigmático de recepción a pequeña escala algo como esto: en 1868, el país A importó del país B una ley, un código o un cuerpo de doctrina jurídica, y lo importado ha estado vigente desde entonces.

Este ejemplo implica una relación *bipolar* entre *dos países* que involucra una transferencia *directa de una sola vía* de *normas jurídicas* o *instituciones* mediante la agencia de *autoridades públicas*, que efectúan una *adopción* o *aprobación formal* en un determinado momento (una fecha de *recepción*) *sin*

ley aplicable), en una analogía con el derecho internacional privado. Anthony N. Allott, *New Essays in African Law, Part II* (Londres: Butterworth, 1970).

48 Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalisation and Emancipation* (2.^a ed.; Londres: Butterworth, 2002), cap. 4; véase también las “áreas prohibidas” (No-go) en Belfast y otras ciudades. John Griffiths nos advierte correctamente del peligro de reificar los niveles y las relaciones cuando se estudia la interlegalidad: desde el punto de vista sociológico, la atención debería dirigirse en concreto a la gente que hace cosas (comunicación con el autor; septiembre del 2004). Véase también John Griffiths, “The Social Working of Legal Rules”, 48 *Journal Legal Pluralism and Unofficial Law* 1 (2003).

mayores cambios. Aunque no se formula de manera explícita en este ejemplo, se suele dar por sentado que el caso usual implica *la transferencia de un sistema avanzado (matriz) de derecho civil o de common law a otro sistema menos desarrollado*, con el fin de conseguir un *cambio tecnológico* (“modernizar”) *que llene vacíos o reemplace* el derecho local previo. Hay también una considerable vaguedad sobre los criterios para el “éxito” de una recepción (una suposición común parece ser que si ha sobrevivido durante un periodo considerable “funciona”).

Si se desarrollan estos elementos en un “tipo ideal”, podemos ver que la literatura dominante sobre difusión del derecho permite algunas desviaciones de este modelo y realiza algunas distinciones entre clases de recepción y de trasplantes⁴⁹. No obstante, todos estos supuestos son compartidos ampliamente. En concreto, casi toda la literatura trata la difusión del derecho como si involucrara relaciones entre sistemas jurídicos estatales impulsados por la acción voluntaria de las autoridades públicas. Si se adopta una perspectiva global y una concepción amplia del derecho, en la que este opera en diferentes niveles de relaciones y de ordenamientos, y si se concibe la difusión del derecho como un aspecto de la interlegalidad, se puede elaborar una refutación sistemática de cada uno de estos elementos como características necesarias o incluso típicas de la difusión del derecho. Esto indicaría así la necesidad de elaborar una imagen mucho más variada y compleja de la difusión del derecho y la interlegalidad. La imagen alternativa que surge no se recoge en un único “tipo ideal”; más bien aparecen una serie de posibles variantes de cada uno de los elementos del modelo simple. La tabla 1 ilustra esto sin pretender ser exhaustiva.

Con el fin de aclarar e ilustrar esta tabla puede ser útil comentar cada uno de sus elementos y proporcionar algunos ejemplos. Algunos nos son familiares, por lo que la referencia puede ser breve, mientras que otros requieren un tratamiento más largo. Hay tres aspectos preliminares que deben destacarse: en primer lugar, mi propósito es ilustrar algunas de las complejidades de la difusión del derecho y sugerir un método de análisis de los procesos involucrados; no se trata de establecer un modelo alternativo único. La cuestión es demasiado compleja para eso. En segundo lugar,

49 En la literatura dominante hay varias distinciones importantes que son bastante comunes: (1) recepciones a gran escala/a pequeña escala; (2) recepciones voluntarias/impuestas; (3) afinidad sociocultural o diversidad entre exportador e importador (véase la distinción de Rogers entre homofilia y heterofilia en Everett M. Rogers, *Diffusion of Innovations* [4ª. ed. (1.ª ed. 1962)], Nueva York: The Free Press, 1995); (4) recepciones de “derecho de los juristas” y de derecho personal; y (5) algunos académicos, y en concreto Esin Örücü, han introducido un rango adicional de distinciones, pero en gran medida en el marco de los supuestos sobre el derecho estatal. Varias de esas distinciones las anticipó Albert Kocourek, “Factors in the Reception of Law”, 10 *Tulane Law Review* 209 (1936). Véanse, además, la distinción potencialmente controvertida de Patrick Glenn entre recepción como alianza y recepción como interpretación (que niega que las recepciones sean “impuestas”), H. Patrick Glenn, “Persuasive Authority”, 32 *McGill Law Journal* 261 (1987), p. 265; y Jonathan Miller, “A Typology of Legal Transplants”, 51 *American Journal Comparative Law* 839 (2003), que sugiere una tipología a partir de los motivos de los importadores.

TABLA I.

	Caso usual	Algunas variantes
1. Origen-destino	Bipolar: de un único exportador a un único importador.	Exportador único a varios destinos. Importador único de fuentes múltiples. Múltiples fuentes a múltiples destinos, etcétera.
2. Niveles	De sistema jurídico nacional a sistema jurídico nacional.	Transferencia entre niveles. Transferencias horizontales a otros niveles (por ejemplo, regionales, subestatales o transnacionales no estatales).
3. Vías	Transferencia directa en un solo sentido.	Vías complejas. Influencia recíproca. Reexportación.
4. Formal-informal	Aprobación o adopción formal.	Informal, semiformal o mixto.
5. Objetos	Normas y conceptos jurídicos; instituciones.	Cualquier idea o fenómeno jurídico, incluidos la ideología; las teorías, el personal, la “mentalidad”, los métodos, las estructuras, las prácticas (oficiales, de los practicantes privados, educativas, etcétera), géneros literarios, formas documentales, símbolos, rituales, etcétera.
6. Agencia	De autoridad pública a autoridad pública.	Organizaciones mercantiles y otras no gubernamentales. Ejércitos. Individuos y grupos: por ejemplo, colonos, comerciantes, misioneros, esclavos, refugiados, creyentes, etcétera, que “llevan el derecho con ellos”. Escritores, profesores, activistas, los que hacen cabildeo, etcétera.
7. Tiempo	Una o más fechas específicas de recepción.	Proceso continuado, por lo general largo.
8. Poder y prestigio	Derecho civil o <i>common law</i> matriz a sistema menos desarrollado.	Interacción recíproca.
9. Cambio de objeto	Inalterado, con ajustes menores.	“No hay transportación sin transformación” (Bruno Latour).
10. Relación con el derecho preexistente	Tablero en blanco; llena vacíos, carencias, reemplaza por completo.	Lucha, resistencia. Niveles, asimilación. Ley superficial.
11. Técnico/ideológico/cultural	Técnico	Ideología, cultura, tecnología.
12. Efectos	“Funciona”	Medidas de desempeño. Investigación empírica. Supervisión. Cumplimiento forzoso.

gran parte de este análisis aplica incluso si se adopta una concepción más restrictiva del derecho de la que yo he sugerido, o si la preocupación principal es la difusión del derecho nacional. En tercer lugar, si se toman por separado, la mayoría de los aspectos presentados no son nuevos y usaré ejemplos que se encuentran en la literatura dominante para ilustrarlos. El objeto es elaborar una imagen sistemática de las complejidades.

1. *Las fuentes de importación son a menudo diversas.* La situación colonial y neocolonial habitual postula un único país exportador que impone normas o instituciones jurídicas a un único importador. Sin embargo, el proceso es a menudo mucho más complejo. Por ejemplo, un importador puede escoger eclécticamente de varias fuentes extranjeras, como hizo Turquía de manera deliberada en el caso de sus distintos códigos de manera que no quedase vinculado a un único país europeo. Lo que se importa puede ser una idea del modelo que no se origina en un único ordenamiento jurídico, por ejemplo, cuando los instrumentos de armonización —como los *Restatements** estadounidenses, las leyes uniformes y los códigos modelo— se crean con el objetivo de su adopción por varias jurisdicciones en un mismo país, o en muchos países, como en el caso de la Convención de Viena para las compraventas internacionales o la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. En sentido contrario, un exportador, como un poder colonial o neocolonial, puede producir instrumentos con formas habituales para exportarlos a muchos destinos, como pasó con la Ley de Pruebas india, los códigos penales indio y de Queensland, y muchas otras medidas. A menudo los procesos de interacción son más difusos o complejos, como cuando una generación de estudiantes es enviada a estudiar al extranjero, en varios países diferentes, y luego regresan a su país y traen aspectos de diferentes culturas jurídicas como parte de su capital intelectual. Esto es una parte importante del relato de la recepción del derecho romano en la Europa medieval. Muchos instrumentos regionales e internacionales son nuevas creaciones que se apoyan en parte en una variedad de fuentes nacionales, lo que implica también nuevos elementos importantes. No se puede suponer una interacción binaria simple entre los ordenamientos y las tradiciones jurídicas. A menudo, las

* En el derecho estadounidense existen jurisdicciones civiles y penales propias en cada estado federado. Los "Restatements" (literalmente, "reformulaciones") son obras académicas promovidas por el American Law Institute (una organización independiente para la mejora del derecho estadounidense) con un propósito claramente práctico, que recogen y comentan las principales reglas y principios aplicables en un área del derecho, dirigidas a jueces y abogados practicantes. Hay que tener en cuenta que en el sistema anglosajón el precedente tiene fuerza de ley, lo que hace que las decisiones de los jueces, dispersas e incluso contradictorias, deban ser analizadas para determinar el contenido del precedente y su valor como tal. Eso hace que los "Restatements" vayan más allá de lo descriptivo en ocasiones y se conviertan en verdaderos aportes de los doctrinantes, muy prestigiosos, que los elaboran. Hay veinte "Restatements" hasta el momento. Sobre el American Law Institute y los "Restatements" véase <https://www.ali.org/about-ali/> (N. del T.).

metáforas culinarias de Öürücü —el cuenco de mezclar, la ensaladera, el plato de ensalada y el puré— pueden ser más apropiadas⁵⁰.

2. *Interacciones entre niveles*. La difusión entre niveles es un fenómeno importante y relativamente descuidado. El ejemplo usual presenta una transferencia directa de una sola vía entre sistemas jurídicos nacionales. La difusión puede tener lugar horizontalmente en otros niveles distintos al nacional (por ejemplo, regional-regional o local-local subestatal). Lo que es más importante, tiene lugar *entre* niveles verticales del ordenamiento⁵¹. Por ejemplo, los Estados adoptan a menudo normas internacionales como parte del derecho nacional. La Convención Europea de Derechos Humanos adquirió “efectos adicionales” gracias a la Ley de Derechos Humanos de 1998 del Reino Unido⁵². Las normas sobre el estándar mínimo de trato a los prisioneros han sido el fundamento de gran parte de normas jurídicas regionales y nacionales, y también se han usado como patrón para evaluar regímenes específicos carcelarios⁵³. Considérese, además, la reciente creación de una red transnacional de ONG dedicadas a los derechos de las mujeres y sus efectos en el derecho surafricano⁵⁴. En el mismo sentido, Santos ha mostrado con claridad cómo el régimen interno de las favelas en Brasil imitó “la ley del asfalto” del Estado, una situación bastante usual en la literatura antropológica⁵⁵. Glenn da muchos ejemplos de influencia entre tradiciones religiosas, o entre costumbre local y derecho religioso⁵⁶. En resumen, *la difusión puede tener lugar entre diferentes clases de ordenamientos jurídicos y entre diferentes niveles geográficos, y no solo horizontalmente de un sistema jurídico nacional a otro*.

50 Esin Öürücü, “A Theoretical Framework for Transfrontier Mobility of Law”, en Robert Jagtenberg *et al.*, *Transfrontier Mobility of Law* (La Haya: Kluwer Law International, 1995), p. 5.

51 Por ejemplo, internacional-nacional, subnacional-nacional, nacional-transnacional o nacional/internacional/transnacional-local no estatal, y otras parecidas. Véase la útil crítica sobre la “compartimentalización del espacio político” efectuada por Mertus (1999), pp. 930-933. Sobre las limitaciones de las metáforas espaciales véase Gordon Woodman, “Why There Can be No Map of Law”, en Rajendra Pradhan (ed.), *Legal Pluralism and Unofficial Law in Social, Economic, and Political Development* (Katmandú: Commission on Folk Law and Legal Pluralism Press, 2003), analizadas en el cap. 3.3(c).

52 Sobre los aspectos transversales de la Human Rights Act véase William Twining, “Cosmopolitan legal studies”, 9 *International Journal of the Legal Profession* 99 (2002), pp. 99-100.

53 Vivien Stern, *A Sin Against the Future: Imprisonment in the World* (Harmondsworth: Penguin, 1998), pp. 195-197; Human Rights Watch, *Global Report on Prisons* (Nueva York: Human Rights Watch, 1993).

54 Anne M. Griffiths, *In the Shadow of Marriage: Gender and Justice in an African Community* (Chicago: University of Chicago Press, 1997); Lisa Fishbayn, “Litigating the Right to Culture: Family Law in the New South Africa”, 13 *International Journal of Law, Policy, and the Family* 147 (1999); véase Annelise Riles, *The Network Inside Out* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 2000).

55 Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalisation and Emancipation* (2.^a ed.; Londres: Butterworth, 2002), cap. 3. La imitación y la adaptación de conceptos del derecho nacional (por ejemplo, vínculo, equidad, soberanía) es una parte importante del discurso del movimiento del *common law* (el retoño casi invisible de las milicias en Estados Unidos); Susan Koniak, “When Law Meets Madness”, 8 *Cardozo Studies in Law and Literature* 65 (1996).

56 H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law* (2.^a ed. [1.^a ed. 2000]; Oxford: Oxford University Press, 2004), *passim*. Sobre el “continuum irreducible” entre el derecho islámico y la costumbre local véase Lawrence Rosen, *The Justice of Islam* (Oxford: Oxford University Press, 2000), en especial el capítulo 5.

3. *Las vías de difusión pueden ser complejas e indirectas*⁵⁷. Un buen ejemplo es la Ley de Pruebas de la India de 1872. James Fitzjames Stephen la redactó para ese país. Era una gran simplificación, pero también una idealización, del derecho inglés de pruebas. Después de su aprobación en la India se usó como modelo en muchas otras partes del Imperio británico. También tuvo alguna influencia en las normas sobre pruebas en Inglaterra: cuando Fitzjames Stephen no consiguió que su proyecto de ley de pruebas fuera adoptado por el Parlamento, usó la Ley de Pruebas india como fundamento para su influyente *Digest of the Law of Evidence* (1876), con el cual se formarían varias generaciones de abogados litigantes ingleses y de la Commonwealth⁵⁸. Como es obvio, la *influencia recíproca* no es rara incluso a nivel estatal, por ejemplo, la interacción mutua entre los estados de Estados Unidos, entre Inglaterra y Escocia, y entre los Estados Unidos, el Reino Unido, Nueva Zelanda y Australia. Las influencias recíprocas entre ordenamientos jurídicos religiosos, consuetudinarios y nacionales están bien documentadas⁵⁹.

4. El ejemplo paradigmático de la recepción involucra un *acto formal de adopción o aprobación*, por ejemplo, mediante la aprobación de una ley, la adopción de una Constitución, la creación de una Constitución de Independencia por un poder descolonizador o la aprobación de una “cláusula de recepción” por la legislación local. Puede tener lugar de manera algo menos formal, mediante un decreto gubernamental específico o una decisión judicial. Sin embargo, una gran parte de la difusión es *informal* y se extiende en el tiempo, como cuando las ideas jurídicas las llevan colonos, misioneros o comerciantes, o se difunden por influyentes escritos jurídicos o de otra clase⁶⁰.

Los actos formales de recepción pueden diferenciar el derecho de otros objetos de recepción. Sin embargo, como es obvio, hay grados de formalidad, e incluso cuando los principales agentes son el Gobierno o funcionarios específicos puede haber una gran cantidad de influencia que actúe de forma más o menos informal⁶¹. Cuando los agentes son individuos o

57 Sobre la “investigación de la influencia” (*Einflußforschung*) véase J. Duncan M. Derrett, “An Indian Metaphor in St. John’s Gospel”, 9 *Journal Royal Asiatic Society* 271 (1999), citado en Menski (2000), p. 52.

58 Sobre Stephen y la Indian Evidence Act véanse William Twining, *Blackstone’s Tower: The English Law School* (Londres: Sweet and Maxwell, 1994) (Hamlyn Lectures) (BT), pp. 52-57; y Leon Radinowicz, *Sir James Fitzjames Stephen* (Londres: Selden Society Lecture, 1957).

59 Véase, por ejemplo, Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law* (2.ª ed. [1.ª ed. 2000]; Oxford: Oxford University Press, 2004), pp. 356-357; Martin Chanock, *Law, Custom and Social Order* (Cambridge: Cambridge University Press, 1985); Lauren Benton (*Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History 1400-1900* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002).

60 Véase la característica 6 sobre los agentes de difusión en la página siguiente.

61 Pistor y Wellons nos dicen que

A pesar de la ausencia de una reforma importante del derecho formal en la mayoría de las economías (de los seis países asiáticos), los sistemas jurídicos cambiaron significativamente entre 1960 y 1995. Este cambio no se puede capturar concentrándose solo en la aprobación o la modificación de los códigos principales. El cambio jurídico a lo largo de 35 años fue menos visible

grupos no gubernamentales es probable que los actos de recepción sean bastante excepcionales.

5. Cualquier idea o fenómeno “jurídico” puede ser objeto de difusión. En resumen, *las normas, los conceptos y las instituciones jurídicas, como los tribunales, no son los únicos y ni siquiera los principales objetos de recepción*. Así se reconoce por lo general en la literatura dominante sobre la difusión del derecho. Algunos objetos son bastante visibles, como los diseños institucionales; los procedimientos formales; la vestimenta; los símbolos y rituales; los géneros literarios (por ejemplo, informes jurídicos, revistas académicas); las estructuras, los métodos y las prácticas de educación y formación jurídicas; el personal (por ejemplo, jueces o asesores extranjeros); o las formas documentales⁶². Otros son menos evidentes, como los estilos de redacción de las normas o de las decisiones judiciales o de la legislación o de la argumentación; la tecnología o la arquitectura carcelaria; o las alternativas contempladas al encarcelamiento. Algunas de las formas más esquivas son la “mentalidad”, los conceptos, las convenciones, los supuestos no mencionados, la ideología o incluso los principios⁶³. Rogers nos recuerda que “[los elementos de] un conjunto de innovaciones que difunden un mismo sistema son interdependientes”; una advertencia útil. Puede ser más fácil estudiar la difusión de cada elemento finito como si fuera un hecho aislado, pero en realidad la difusión tiende a operar en “cúmulos tecnológicos”⁶⁴.

6. Si bien los agentes más visibles de importación y exportación son las autoridades públicas, hay muchos otros *agentes de difusión*. Weber,

porque a menudo tuvo lugar en el nivel del Gobierno o la práctica administrativa, en lugar de reflejarse en la aprobación de nuevos códigos importantes. Katarina Pistor y Philip A. Wellons, *The Role of Law and Legal Institutions in Asian Economic Development 1960-1995* (Oxford: Oxford University Press, 1999), p. 4.

- 62 Una forma de difusión en gran parte invisible está relacionada con instrumentos jurídicos, como los formularios estándar para numerosas clases de acuerdos y transacciones celebradas en el comercio transnacional, la inversión. El Código de Construcción de la Ingeniería (conocido informalmente como “El Libro Rojo”) es un contrato de forma estándar redactado por la Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (Fidic). Es un elemento importante en el campo naciente de la *lex constructionis*, que se puede interpretar como parte de la *lex mercatoria*. Véase www.lfidic.org/resources/engineeringourfuture/

Le agradezco a Michael Douglas el haberme sugerido este ejemplo. Otro ejemplo es el de la *lex pacificatoria* (“el derecho de los pacificadores”), que, según Christine Bell, está surgiendo de procesos de paz que interactúan entre sí. Christine Bell, *On the Law of Peace: Peace Agreements and the Lex Pacificatoria* (Oxford: Oxford University Press, 2008).

- 63 Compárese la siguiente lista de objetos estudiados desde la perspectiva geográfica:

Por consiguiente, los fenómenos de difusión cubren un amplio rango que incluye modos de transporte, como el automóvil, técnicas agrícolas, planeación familiar, tarjetas de crédito, televisión abierta y por cable, centros comerciales, prácticas de producción, como la línea de ensamblaje y los inventarios en tiempo real, los movimientos políticos, las prácticas culturales, el desarrollo de fronteras, la modernización de los entornos del Tercer Mundo, las epidemias, los guetos urbanos y las mismas áreas urbanas. Lawrence A. Brown, “Diffusion: Geographical Aspects”, 6 *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences* 3676 (2001).

- 64 Everett M. Rogers, *Diffusion of Innovations* (4.^a ed. [1.^a ed. 1962]; Nueva York: The Free Press, 1995), pp. 14-15; sobre los límites de una perspectiva tecnológica del derecho véase la característica 11 en la p. 264.

Watson y otros han señalado que las élites jurídicas (los *honorarios*) tienen a menudo una intervención fundamental en la difusión. Los colonos, los misioneros y los comerciantes han “llevado con ellos su derecho” a lo largo de la historia. También lo han hecho los esclavos, los refugiados, los creyentes y los juristas⁶⁵. El derecho se expande también con la literatura académica y la legislación. El comercio, la educación y la religión pueden ser conductos igual de importantes que la acción pública para producir cambios jurídicos. Cuando los colonos o los comerciantes o los inmigrantes “llevan consigo su derecho”, el proceso de difusión puede ser más análogo a la expansión de una lengua, que involucra miles o incluso millones de elecciones individuales no registradas, durante un largo periodo de tiempo, sin que haya necesariamente momentos históricos o acontecimientos decisivos⁶⁶. Hay razones para creer que en el derecho, como en otros campos, es probable que sea más efectiva la persuasión en la base social y en otros niveles que la creación jerárquica de normas, pero esa hipótesis necesita más investigación empírica⁶⁷.

7. *La recepción implica por lo general un proceso prolongado que, aun cuando tenga momentos críticos, no se puede comprender sin referirse a acontecimientos previos y posteriores a esos momentos*⁶⁸. Las explicaciones más complejas de las recepciones famosas de derecho estatal, que contienen una o más fechas específicas, como la historia turca⁶⁹, destacan las continuidades históricas a través de largos periodos de tiempo. La sabiduría popular dice que no se puede entender el relato de la Constitución

65 David Nelken ha sugerido (comunicación con el autor) que el estudio empírico detallado de los juristas como agentes de cambio sería un campo especialmente rico. Estoy de acuerdo. Sobre los agentes de cambio, la literatura científica social es especialmente sugerente: véase Everett M. Rogers, *Diffusion of Innovations* (4.^a ed. [1.^a ed. 1962]; Nueva York: The Free Press, 1995), cap. 9.

66 Sin embargo, el derecho, igual que el lenguaje, “es una innovación orientada hacia los grupos por excelencia”. Robert L. Cooper (ed.), *Language Spread: Studies in Diffusion and Social Change* (Bloomington: University of Indiana Press, 1982), p. 20.

67 Para una versión fuerte de este enfoque véase lo siguiente:

[L]a recepción es el caso obvio de adherencia, en gran escala, a la autoridad persuasiva [...] Es [...] inapropiado considerar la recepción como impuesta, tras la conquista, o como voluntaria, puesto que toda recepción que ocurre es necesariamente voluntaria. H. Patrick Glenn, “Persuasive Authority”, 32 *McGill Law Journal* 261 (1987), pp. 264-265.

Esto parece ir en contra de las principales tendencias en la literatura de la experiencia colonial. Sin embargo, la concepción de Glenn de “recepción” incluye alguna idea de aceptación y persuasión (el derecho no se “recibe” a menos que se acepte). No obstante, esta posición es discutible; véase, por ejemplo, Sandra Burman y Barbara Harrell-Bond (eds.), *The Imposition of Law* (Nueva York: Academic Press, 1979).

68 Durante el periodo del gobierno colonial británico, Sudán (un condominio) fue excepcional, en el sentido de no tener una fecha de recepción específica. Véase, además, Antony N. Allott, *New Essays in African Law* (Londres: Butterworths, 1970), cap. 2.

69 Las reformas de Atatürk en Turquía se introdujeron en un plazo relativamente corto, pero, para comprenderlas, es necesario considerar el largo periodo de modernización y secularización graduales antes de 1923 y también el periodo igual de largo de la implementación, la interpretación, el ajuste y la aceptación lenta y desigual desde 1926. Es también necesario considerar olas adicionales de recepción relacionadas con el resurgimiento religioso, la participación en la economía mundial y el intento continuado de Turquía de integrarse con Europa.

japonesa de McArthur sin hacer referencia a la tradición previa del constitucionalismo en Japón antes de la Segunda Guerra Mundial, y a la historia posterior de su interpretación y desarrollo hasta hoy⁷⁰. Los últimos capítulos del relato de la difusión tienden a ser explicaciones de la historia de los importadores locales, pero eso también puede ser engañoso.

8. Hay una tendencia en la literatura académica a suponer que gran parte de la difusión, al menos en tiempos modernos, implica un movimiento desde un centro imperial u otro centro de poder hacia una periferia colonial o menos desarrollada. El ejemplo típico es *la exportación por un sistema "originario" de derecho civil o de common law hacia un sistema dependiente menos desarrollado* (es decir, colonial) o adolescente (es decir, "transicional")⁷¹. Sin duda el imperialismo y el neoimperialismo son una parte importante del panorama. Sin embargo, esa visión condescendiente encaja mal con el relato de la expansión del derecho como parte del equipaje de colonos, inmigrantes, refugiados y otras personas parecidas, o con las grandes diásporas de la historia, o con la interacción entre países, regiones o alianzas. El concentrarse de manera exclusiva en la expansión del derecho estatal tiende a ir de la mano de una perspectiva jerárquica, formalista y tecnocrática, que subestima la importancia de los procesos informales de interacción.

9. El aforismo de Bruno Latour, "No hay transportación sin transformación", podría ser una exageración aplicado a los fenómenos jurídicos⁷², pero ningún estudioso serio de la difusión puede dar por sentado que lo que se toma prestado, se impone o se importa *permanece inalterado*⁷³. No es solo cuestión de interpretación y aplicación del derecho recibido, sino también de su uso o descarte, de sus efectos e importancia local política, económica y social. A veces, es cierto, una institución jurídica específica puede permanecer vigente y operativa porque es parte del capital intelectual

70 Véase, por ejemplo, Upham (1987); Kyoko Inoue, *MacArthur's Japanese Constitution* (Chicago: University of Chicago Press, 1991); Lawrence W. Beer y Hiroshi Itoh, *The Constitutional Case Law of Japan, 1970 Through 1990* (Seattle: University of Washington Press, 1996); Ray A. Moore y Donald L. Robinson, *Partners for Democracy: Crafting the Japanese State after MacArthur* (Oxford: Oxford University Press, 2004).

71 Véase el análisis en Konrad Zweigert y Heinz Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (trad. Tony Weir, 3.ª ed.; Oxford: Oxford University Press, 1998), pp. 41-42.

72 Bruno Latour, *Aramis or the Love of Technology* (trad. Catherine Porter; Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996). En geografía cultural,

una idea básica es que el ítem difundido es un estímulo a otras innovaciones y está sujeto a modificaciones cuando se extiende. La relación entre difusión, el ítem difundido y el panorama humano es, por consiguiente, compleja, y está sujeta a cambio continuo. Lawrence A. Brown, "Diffusion: Geographical Aspects", 6 *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences* 3676 (2001), p. 3677; véase Alter (2001), p. 3684.

73 En las explicaciones de las ciencias sociales de la difusión, el término "reinención" se prefiere a veces al de "adaptación", puesto que enfatiza la idea de que la gente local emplea a menudo formas creativas de solución de problemas, en las cuales el préstamo o la imitación son solo un aspecto de ellas. Everett M. Rogers, *Diffusion of Innovations* (4.ª ed. [1.ª ed. 1962]; Nueva York: The Free Press, 1995), pp. 17, 174-180.

de una élite jurídica⁷⁴, pero la mayoría de las historias de recepción son relatos de la interacción entre el “derecho importado” y las “condiciones locales”, al menos en parte. Depende en gran medida de las condiciones locales cómo y hasta qué punto una “importación” específica conserva su identidad o es aceptada, despreciada, usada, asimilada, adaptada, arraigada, resistida, rechazada, cumplida selectivamente, etcétera. Esas explicaciones permiten al menos la interacción entre el derecho importado y las condiciones locales. Sin embargo, siguen adoptando el punto de vista del exportador, que parece preguntarse de hecho ¿qué le ha pasado a nuestro derecho?

Las cosas pueden tener un aire muy diferente desde los puntos de vista locales, sean estos de la élite política, de sus oponentes, de los grupos minoritarios o de los ciudadanos individuales enfrentados a la vida cotidiana con una variedad de ordenamientos regulatorios. Un crítico destacado del prejuicio jerárquico presente en los relatos occidentales de la recepción, el académico japonés Masaji Chiba, llega a decir incluso que “[t]oda la estructura del derecho en una sociedad no occidental está formada, desde un punto de vista cultural, a partir de la interacción entre el derecho recibido y el derecho nativo”⁷⁵. Los estudios detallados de Chiba sobre el pluralismo jurídico en Japón, Sri Lanka y otros lugares desde una perspectiva no occidental son un contrapeso útil al prejuicio de los exportadores presente en muchas explicaciones de la difusión efectuadas por los académicos occidentales. Otro tema importante está relacionado con cómo la importación de ideas, leyes e instituciones jurídicas, y la resistencia frente a ellas, forman parte a menudo de una lucha política local más amplia⁷⁶.

74 Tómese, por ejemplo, la ley india sobre pruebas, la Indian Evidence Act, de 1872, elaborada por Stephen. Ha sobrevivido en India durante 130 años con solo cambios legislativos menores. Los precedentes indios se han insertado en ella. Los tratados de los practicantes indios, como el de Sarkar sobre pruebas, son casi tan gruesos como los de sus contrapartes estadounidenses, Subodh C. Sarkar, *Sarkar on Evidence* (1.ª ed.; Calcuta: Sarkar and Sons, 1913); Subodh C. Sarkar, *Sarkar on Evidence* (12.ª ed.; editada por P. C. y S. Sarkar; Calcuta: Sarkar and Sons, 1971); cf. John G. Woodruffe y Ameer Ali, *The Law of Evidence* (14.ª ed.; Allahabad: Law Book Co, 1979-1981). Los trabajos de los estudiantes se apegan a su texto y los precedentes indios en su gran mayoría no parecen desviarse del espíritu de su redactor. La Indian Evidence Act podría citarse como un ejemplo de la tesis de Alan Watson de que muchos trasplantes sobreviven largo tiempo casi invariables y sin ninguna relación significativa con los cambios sociales, económicos y políticos locales, pero se ha integrado claramente en la vida profesional de generaciones de abogados practicantes en la India y en otros lugares, y se ha convertido en una parte estable de su capital intelectual. Sospecho que la historia completa sería más compleja que la que acabo de describir, pero hasta la fecha hay pocos estudios empíricos de su uso en la práctica.

75 Masaji Chiba (ed.), *Asian Indigenous Law: In Interaction with Received Law* (Londres: Kegan Paul International, 1986), p. 7. Esta perspectiva se desarrolla en Masaji Chiba, *Legal Pluralism: Towards a General Theory through Japanese Legal Culture* (Tokyo: Tokai University Press, 1989). En escritos posteriores al de 1996, Chiba ha ido más allá de concentrarse únicamente en formas nacionales y subestatales de derecho: ahora incluye el derecho “transestatal”; véase, por ejemplo, Masaji Chiba, “Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World”, 11 *Ratio Juris* 228 (1998).

76 Compárese, por ejemplo, Chia Chua, *World on Fire* (Nueva York: Doubleday, 2003) (que argumenta que los efectos de la globalización económica alimentan una reacción del mercado contra las minorías étnicas dominantes en cuyos intereses se percibe que se hacen las reformas del derecho

10. *Llenar un vacío*. Se suele asumir que el derecho se importa para llenar un vacío o cubrir carencias específicas o reemplazar leyes existentes⁷⁷: o no había nada que reemplazar o el cambio jurídico era una cuestión clara. Cuando los exportadores no conocen el derecho indígena o preexistente, o son indiferentes o hostiles a él, tratan ese derecho como si fuera invisible o insignificante. Han tendido a subestimar lo que Merry llama “las formas de resistencia a la penetración del derecho estatal”⁷⁸. Casi todos los estudios modernos sobre recepciones jurídicas reconocen que suelen involucrar interacciones con los ordenamientos normativos preexistentes, incluso si su principal preocupación es el derecho estatal; es secundario el que esos ordenamientos se designen como “jurídicos”, “informales”, “tradicionales” o “consuetudinarios” por los autores concretos⁷⁹. Un buen ejemplo es el detallado estudio de Dezalay y Garth sobre la interacción de las ideas importadas estadounidenses sobre la educación jurídica y la reforma judicial con las prácticas, actitudes y estructuras de poder locales en Latinoamérica⁸⁰. Como con los aspectos anteriores, lo importante es que los procesos de difusión casi siempre están mediados por los agentes locales.

11. *Perspectivas ideológicas, expresivo-contextuales y tecnológicas*. En la literatura jurídica sobre difusión del derecho se observa una tensión entre tres concepciones subyacentes de los objetos y procesos de difusión. Estas visiones del derecho podrían denominarse instrumentalista, expresivo-contextual e ideológica.

Los difusionistas entusiastas tienden a dar por sentado que las leyes, por lo general, son productos tecnológicos discretos, tan transferibles como los bienes de electrónica o cualquier otra innovación, que se pueden importar como instrumentos para la modernización jurídica y social. La visión instrumentalista contempla el proceso de difusión como un proceso para la solución de problemas con soluciones desarrolladas en otros

comercial) con la explicación de las “guerras palaciegas” en América Latina efectuada por Yves Dezalay y Brian Garth, *The Internationalization of Palace Wars: Lawyers, Economists, and the Contest to Transform Latin American States* (Chicago: University of Chicago Press, 2002).

77 A esto se refiere la literatura de ciencias sociales como “la falacia de los recipientes vacíos”: Everett M. Rogers, *Diffusion of Innovations* (4.ª ed. [1.ª ed. 1962]; Nueva York: The Free Press, 1995), pp. 240-242. Loukas A. Mistelis, “Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization, Legal Transplants, and Law Reform—Some Fundamental Observations”, 34 *The International Lawyer* 1055 (2000), p. 1065, caracteriza gran parte de la asistencia jurídica en Europa del Este como “cirugía jurídica”, que introduce los conceptos extranjeros “como si fueran trasplantes jurídicos para reemplazar órganos en falla”.

78 Sally Merry, “Legal Pluralism”, 22 *Law and Society Review* 869 (1988), p. 882.

79 Por ejemplo, Berkowitz, Pistor y Richard están preocupados del trasplante del derecho estatal, pero reconocen que “la mayoría de las sociedades contemporáneas tienen sistemas jurídicos formales e informales”. Daniel Berkowitz et al., “The Transplant Effect”, 51 *American Journal Comparative Law* 163 (2003), p. 175. Una parte central de su argumento es que el derecho formal importado tiene, por lo general, que interactuar con los órdenes jurídicos (o de otra clase) informales preexistentes.

80 Yves Dezalay y Brian Garth, *The Internationalization of Palace Wars: Lawyers, Economists, and the Contest to Transform Latin American States* (Chicago: University of Chicago Press, 2002).

lugares que se importan para solucionar problemas locales. En esta visión, las normas, las instituciones y las prácticas jurídicas son esencialmente una forma de tecnología. Por lo general, en el proceso de modernización, los países menos desarrollados importan invenciones y mecanismos producidos en países más desarrollados, “originarios” o “metropolitanos”, sobre todo en sociedades industrializadas modernas. Las importaciones son técnicamente más avanzadas y apropiadas para las condiciones modernas. Las metáforas usuales son reveladoras: importaciones, exportaciones, invención, adaptación, transferencia, imitación, maquinaria e incluso ingeniería, *hardware* y *software*⁸¹. Incluso se habla de competencia entre países exportadores para conseguir nichos o participación de mercado para sus productos jurídicos. Los valores y la orientación van en consonancia con el racionalismo burocrático y las ideas de eficiencia económica. El acento se pone en los medios tecnológicos para fines que se dan por supuestos⁸².

La segunda visión es ideológica. Los factores más importantes en una recepción serían los valores, principios e intereses políticos subyacentes que la motivan, más que los detalles de las normas o disposiciones específicas. Desde esta perspectiva, los materiales jurídicos están generalmente ligados a valores y creencias políticas⁸³. En tiempos coloniales, el derecho importado se veía sobre todo como una herramienta de control social y explotación por parte del poder colonial. Sin embargo, también estaba presente como parte de la misión “civilizadora” del colonialismo: “Te concedemos el imperio de la ley”. En tiempos poscoloniales, “democracia, derechos humanos y buen gobierno” y “el Estado de derecho” se exportan como parte de una ideología defensora del mercado. Los académicos jurídicos críticos denuncian esta ideología como “legalismo liberal”.

Las reformas de Atatürk fueron por igual ideológicas y tecnológicas: fueron parte de su estrategia general de secularizar, democratizar, modernizar y, sobre todo, occidentalizar Turquía. En años recientes ha habido mucha actividad centrada en los esfuerzos por usar el derecho para mover a un país de una economía dirigida o gestionada hacia una economía de mercado y reformas legales que estimulen la inversión extranjera directa. Esos programas de ajuste estructural y de modernización tienden a combinar la ideología del libre mercado con un conjunto de supuestos que son instrumentales y tecnológicos.

81 Sobre las metáforas relativas a los trasplantes jurídicos véase *supra* n. 6.

82 Sobre la tecnología y “el prejuicio técnico” véase William Twining, *Globalisation and Legal Theory* (Londres: Butterworths; Evanston: Northwestern University Press, 2000), pp. 176-182; cfr. David Kennedy, “The Methods and the Politics”, en Pierre Legrand y Roderick Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003).

83 Véase, por ejemplo, Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1997); David Kennedy, “The Methods and the Politics”, en Pierre Legrand y Roderick Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), cap. 11.

En un contexto bastante diferente, comparatistas del derecho, como Gordley y Ewald, han subrayado la importancia de comprender la necesidad de los fundamentos “filosóficos” para poder darle sentido a la doctrina jurídica. La explicación de Gordley de los orígenes de la doctrina de contratos es un relato sobre cómo la estructura básica de los conceptos y principios de la doctrina contractual se separó de sus raíces (la teoría moral neotomista) y se volvió incoherente⁸⁴. Ewald subrayó la relevancia de la teoría constitucional para comprender el BGB alemán y sus profundas diferencias con respecto al derecho romano clásico⁸⁵. Desde una perspectiva ideológica, ver el derecho importado como si no fuera más que una serie de soluciones técnicas a problemas comunes —por ejemplo, hablar del “derecho de los abogados” como si fuera algo apolítico⁸⁶— o escoger un sistema antes que otro por su superioridad técnica oculta el propósito subyacente y supone que los fines no son objeto de disputa⁸⁷.

Una visión alternativa es más romántica⁸⁸. El derecho es principalmente un producto de la sociedad, los valores y las tradiciones locales, y en gran parte expresa o refleja la sociedad local⁸⁹. El derecho está incorporado de manera holística a la cultura local. Esto hace que la recepción y la asimilación de ideas extranjeras sea problemática. Como es obvio, los sistemas jurídicos interactúan y se influyen entre sí, pero los procesos tienden a ser lentos y complejos. Aquí, el discurso emplea analogías y metáforas que se congregan en torno a fenómenos y organismos naturales: la red continua, los trasplantes, la asimilación, la digestión, el contagio, la irritación, el rechazo, incluso la penetración⁹⁰. Los escépticos de los trasplantes tratan

84 James Gordley, *The Philosophical Foundations of Modern Contract Doctrine* (Oxford: Oxford University Press, 1991), analizado en William Twining, *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), cap. 10.2(c).

85 William Ewald, “Comparative Jurisprudence i: What Was It Like to Try a Rat?”, 143 *University of Pennsylvania Law Review* 1889 (1995).

86 Sobre las dificultades en torno al “derecho de los juristas” véase *supra* n. 4.

87 Es un error tratar las visiones instrumentales y románticas como si fueran rivales mutuamente excluyentes. Por ejemplo, Bruno Latour presenta los procesos de la tecnología desde una óptica romántica; véase, en especial, Bruno Latour, *Aramis or the Love of Technology* (trad. Catherine Porter; Cambridge: Harvard University Press, 1996). En el mismo sentido, no toda forma de solución de problemas es consciente y racional (William Twining y David Miers, *How to Do Things With Rules* (4.ª ed.; Londres: Butterworths, 1999), cap. 2.

88 Un análisis excelente y una crítica empática del “giro neorromántico” es el de James Q. Whitman, “The Neo-Romantic Turn”, en Pierre Legrand y Roderick Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), p. 312.

89 Una versión fuerte de la visión expresiva es la “tesis del espejo”, la idea o presunción de que el derecho refleja la sociedad. Esto se suele oponer a la tesis de los trasplantes de Alan Watson, en la que el motor principal del cambio jurídico es la imitación. Pienso que hay algún valor en esta yuxtaposición, pero el contraste tiende a pintarse en colores demasiado vivos; véase Twining, *supra* nota 84, cap. 4.1(c), p. 92, y en más detalle, William Twining, “The Province of Jurisprudence Re-examined”, en Catherine Dauvergne (ed.), *Jurisprudence for an Interconnected Globe* (Aldershot: Ashgate, 2003), cap. 2, pp. 206-213.

90 Una versión más compleja de la versión romántica como una aspiración se puede describir mediante una analogía con la visión arquitectónica de Frank Lloyd Wright. En esta perspectiva, como la

las leyes como si fueran expresión de la cultura, el contexto, la historia y la tradición locales, y estuvieran arraigadas en ellos. Más que ver los conceptos, las leyes o las instituciones particulares como unidades discretas, tienden a tratarlos como parte integral de sistemas coherentes, orgánicos⁹¹.

Hay cierta verdad en cada una de esas perspectivas. Cuando Kahn-Freund contrastó el “trasplante” de un riñón con el de un carburador quería señalar que las áreas técnicas del derecho, como el derecho de contratos y el derecho comercial, se pueden transferir de forma más sencilla que áreas que pueden estar relacionadas más de cerca con el contexto político y social, como pasa con gran parte del derecho público y de familia. Su idea general era que los fenómenos jurídicos son muy diversos y existen en un continuo de transferibilidad⁹². Un contraste parecido se hace a veces entre el “derecho de los abogados”, que se piensa, por lo general, que viaja bien, y el “derecho personal”, que no lo hace. La razón por la cual la recepción kemalista en Turquía se ha tratado, en general, como algo excepcional es porque incluyó el matrimonio y otras áreas del derecho de personas. Esas distinciones tienen algún valor, pero hay que ser precavidos al usarlas.

El problema es más profundo. ¿Cuál es la metáfora que mejor encaja en los procesos de difusión y trasplante: la tecnología, la ideología o la arquitectura? Preguntarse eso es tan sensato como preguntarse si el derecho es más un artilugio, una casa o un sistema de creencias. El derecho es demasiado vasto y variado como para encajar en un movimiento reduccionista como ese; también lo son los procesos de difusión. La perspectiva de la solución de problemas, la perspectiva expresiva o la perspectiva ideológica son puntos de referencia útiles para considerar los procesos de

“casa natural” de Wright, un sistema jurídico debería estar formado de materiales locales usados sensatamente; debería convertirse en parte del panorama, más que mostrarse como una imposición extraña; debería encarnar y expresar los valores locales de una forma coherente. En resumen, debería estar en armonía con su contexto. La casa natural se funde en su entorno natural, pero no se limita a reflejarlo. Aunque Wright se declaraba romántico, su visión del arte de la construcción no implicaba el rechazo de las ideas de función, tecnología y utilidad. Algunos comentaristas la ligan a una ideología particular —el espíritu de la frontera— que defiende la libertad, la democracia y un individualismo fuerte; véase Donald Hoffman, *Understanding Frank Lloyd Wright's Architecture* (Nueva York: Dover, 1995). A primera vista esta analogía parece caprichosa, pero tiene ecos fuertes en enclaves bastante variados de la teoría del derecho; por ejemplo, en la idea del derecho de Savigny como expresión del espíritu del pueblo; en la idea de Karl Llewellyn de artesanía y estilo del período; en el derecho responsivo de Nonet y Selznick; e incluso en la idea del derecho como integridad de Ronald Dworkin. En esta visión, una casa debe estar en armonía con su contexto; así también el derecho.

91 Un buen ejemplo es John W. F. Allison, *A Continental Distinction in the Common Law* (Oxford: Oxford University Press, 1996), un estudio detallado de la distinción público-privado en el derecho inglés como trasplante fracasado. Un tema central de la obra es el siguiente: “Debido a la congruencia entre el sistema jurídico y político, el trasplante es arriesgado” (p. 236); véase también Gunther Teubner, “The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism”, 13 *Cardozo Law Review* 1443 (1992).

92 Otto Kahn-Freund (1974/1978), “On Uses and Misuses of Comparative Law”, en *Selected Writings* (publicado originalmente en 37 *Modern Law Review* 1 [1974]; Londres: Stevens, 1978).

difusión del derecho. Representan tres perspectivas diferentes, pero relacionadas, para estudiar fenómenos específicos. Sin embargo, los fenómenos jurídicos, los motivos de los agentes de difusión y las interacciones entre ordenamientos jurídicos y culturas son tan diversos y complejos que es absurdo esperar que una sola perspectiva valga para todos los ejemplos. No se va muy lejos en el derecho sin considerar las creencias, los valores y los fines subyacentes. A veces tiene sentido ver las normas, los mecanismos y las instituciones jurídicas específicas en términos de invenciones que son útiles para solucionar problemas específicos. En sentido contrario, a la hora de entender los procesos de la mayoría de las clases de cambio jurídico hay que preguntarse muchas más cosas que si una solución específica encaja en un problema específico.

Una de las razones por las cuales los debates continuos sobre los trasplantes son tan insatisfactorios es porque tienden a presentarse como un enfrentamiento entre extremistas (tecnólogos frente a contextualistas; el “Watson fuerte” contra las “teorías espejo fuertes”)⁹³, o como una discusión entre moderados (como Kahn-Freund⁹⁴) que tratan la transferibilidad como un asunto relativo y que hacen tantas concesiones que no parecen estar en desacuerdo (uno de los lados destaca la diferencia y el otro lado la similitud; el problema conocido de la copa medio llena). Una forma de escapar de ese dilema es reconocer que hay un límite a la hora de analizar una imagen tan compleja como esa a partir de estos niveles de generalidad⁹⁵.

12. *Evaluar los efectos: “éxito” y “fracaso”*. Hay una tendencia en la literatura sobre difusión jurídica a hablar vagamente de cómo las recepciones “funcionan” o “fracasan”. Sin embargo, desde la década de los noventa, los organismos extranjeros que se ocupan de la reforma del derecho en “países en transición”, sobre todo en Europa del Este y en sociedades posconflicto, como Afganistán e Irán, han gastado sumas enormes⁹⁶. Las instituciones financieras internacionales⁹⁷ y los organismos de asistencia occidentales (por ejemplo, USAID) han apoyado proyectos y programas

93 Analizado en William Twining, “A Post-Westphalian Conception of Law”, 37 *Law and Society Review* 1992 (2003), pp. 206-213.

94 Otto Kahn-Freund (1974/1978), “On Uses and Misuses of Comparative Law”, en *Selected Writings* (publicado originalmente en 37 *Modern Law Review* 1 [1974]; Londres: Stevens, 1978), pp. 8-13 y 300-305.

95 William Twining, “Diffusion of Law: A Global Perspective”, 49 *Journal Legal Pluralism* 1 (2005).

96 Le agradezco a Veronica Taylor y Terry Halliday el haberme enseñado algunos de estos desarrollos. Véase Veronica Taylor, “Law Reform Olympics: Measuring the Effects of Law Reform in Transitional Economies”, en Timothy Lindsey (ed.), *Law Reform in Developing and Transitional Societies* (Abingdon: Routledge, 2007), cap. 4.

97 En ningún caso solo el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. Por ejemplo, el Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo ha tenido un papel histórico en el desarrollo de medidas de evaluación con respecto a Europa del Este. El Banco de Desarrollo Asiático promovió, entre otras cosas, el estudio pionero de Katarina Pistor y Philip A. Wellons, *The Role of Law and Legal Institutions in Asian Economic Development 1960-1995* (Oxford: Oxford University Press, 1999). El Departamento de Desarrollo Internacional (Department of International Development [Reino Unido]) ha desarrollado directrices para la evaluación (por ejemplo, DFID, 2002).

relacionados con el derecho en nombre del “Estado de derecho”, la “buena gobernanza”, la “reforma legislativa”, la “reforma judicial” y la “construcción de capacidad institucional”. Los fondos se canalizan a menudo mediante grandes burocracias que necesitan “mostrar resultados” y que están sujetas, a su vez, a procesos de rendición de cuentas. Esto ha llevado al desarrollo de herramientas para diagnosticar “la salud” de un sistema jurídico, evaluar la efectividad, la eficiencia y la sostenibilidad de las reformas, y evaluar “el éxito” de proyectos y programas específicos. Estas herramientas están sometidas a revisión y refinamiento constantes⁹⁸.

Esta cultura de la auditoría está muy lejos de las referencias vagas en la literatura académica al “éxito” o el “fracaso” de los trasplantes y las recepciones⁹⁹. Se han desarrollado y usado para la asignación de fondos indicadores de desempeño, criterios de eficiencia, valores de referencia, evaluación de cumplimiento e incluso listas de clasificación. Como ha pasado a gran escala, algunas de estas reformas de derecho y tareas de evaluación se contratan con organizaciones del sector privado, quienes están a menudo sometidas a presiones adicionales para producir propuestas y

98 Por ejemplo, el USAID Commercial Law and Legal Institutions Reform Project in Eastern Europe and Eurasia (C-LIR) hizo la siguiente autoevaluación de sus esfuerzos previos:

El éxito de [...] los primeros esfuerzos —a los que nos referimos aquí como la primera generación de reformas comerciales institucionales y jurídicas (C-LIR)— fue ambiguo. Se redactaron nuevas leyes (a veces copiadas literalmente de las economías de mercado avanzadas) y se aprobaron, pero con pocos cambios duraderos... Durante la segunda fase, la atención de los practicantes se dirigió a la racionalización y el fortalecimiento del marco institucional para la implementación y el cumplimiento de las leyes comerciales y otras leyes. Esto llevó a importantes progresos en el análisis institucional y operativo, el diseño regulador y la construcción de capacidad [...]. Mientras que se consiguieron importantes ganancias en ciertas áreas sustantivas (por ejemplo, acceso al GATT/WTO, la administración de aduanas, los registros complementarios, y los mercados de capital), hubo poco progreso en otras (en especial, en el cumplimiento de las leyes sobre quiebra, derecho de la competencia y propiedad intelectual) [...]. El C-LIR de “tercera generación” [se concentró] en el “vacío de implementación-cumplimiento” [y] en conseguir la sostenibilidad de la implementación y el cumplimiento de las reformas institucionales y jurídicas (C-LIR Handbook 1999 p. 3, citado por Veronica Taylor; “Law Reform Olympics: Measuring the Effects of Law Reform in Transitional Economies”, en Timothy Lindsey (ed.), *Law Reform in Developing and Transitional Societies* (Abingdon: Routledge, 2007), cap. 4, p. 96.

Taylor comenta:

La visión del derecho recogida en estas “tres generaciones” de reforma del derecho de la USAID es todavía predominante en la visión formalista... y el fin último es instrumentalista: producir una técnica para evaluar y categorizar los sistemas jurídicos (Veronica Taylor; “The law reform Olympics: Measuring the effects of law reform in transition economies”, en Timothy Lindsay (ed.), *Law Reform in Developing States* (Sidney: Federation Press, 2004, p. 19).

Cabría añadir que el giro de la legislación al cumplimiento y luego a la preocupación por la sostenibilidad representa un alejamiento significativo del derecho superficial hacia una preocupación cada vez más realista con el derecho en acción.

99 Por ejemplo, Alan Watson, *Legal Transplants* (edición revisada en 1993; Edinburgo: Scottish Academic Press, 1974), pp. 88-94, y John W. F. Allison, *A Continental Distinction in the Common Law* (Oxford: Oxford University Press, 1996), pp. 15-16, 236, hablan de manera vaga sobre los éxitos y los peligros sin especificar ningún criterio de evaluación. Berkowitz *et al.* describen de manera útil los estudios empíricos recientes sobre los efectos del cambio jurídico en el desarrollo económico. Concluyen su artículo con una generalización: “No obstante, después de doscientos años de trasplantes jurídicos en su mayor parte fallidos, parece que lo que hace falta es más paciencia con el desarrollo de las instituciones jurídicas”; Daniel Berkowitz *et al.*, “The Transplant Effect”, 51 *American Journal Comparative Law* 163 (2003), p. 190; énfasis añadido.

evaluaciones estandarizadas, empaquetadas y eficientes en costo en un plazo de tiempo estrictamente limitado. A algunos de estos procesos les falta la transparencia que se supone que promueven¹⁰⁰.

Una característica sorprendente de algunas de estas actividades relativamente nuevas es que las facultades de derecho casi no han participado en ellas. En el desarrollo de las mediciones de desempeño, los economistas y los no abogados parecen haber estado trabajando con abogados practicantes, que en gran medida no conocen, o no tienen interés, en las controversias y el saber acumulado, sea el que sea, del legado académico del derecho comparado, el derecho y el desarrollo, la regulación, el cumplimiento y el trasplante. Así es en especial cuando los académicos subrayan la excepcionalidad de las historias locales y las escalas a largo plazo. Los supuestos subyacentes a estas medidas tienden a ser tecnocráticos, formalistas y fuertemente instrumentalistas, y les prestan poca atención a la cultura, el contexto y la tradición¹⁰¹.

Es tentador para los académicos del derecho, en especial para los comparatistas y sociólogos del derecho, rechazar esos desarrollos por ser “cuentos de hadas” insensibles y crudos, que no merecen la atención de los académicos serios. Algunos se pueden negar a tener nada que ver con ellos alegando que son inaceptables ideológicamente. Muchos académicos son contrarios a las auditorías y los aportes de valor, sobre todo si se combinan para producir listas de clasificación. Todas las objeciones habituales a las listas de clasificación de instituciones educativas nos vienen rápido a la mente: las variables duras expulsan a las blandas; cuantifican lo incuantificable; comparan lo incomparable; sus valoraciones son arbitrarias; implican supuestos dudosos o simplistas; la precisión es falsa; los sesgos ocultos están presente en la valoración; y “la talla única” es el modelo¹⁰².

El problema es que estos nuevos desarrollos son muy influyentes y han llegado para quedarse¹⁰³. Algunos de los primeros esfuerzos pueden haber

100 El Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo (EBRD, por su sigla en inglés) ha sido más abierto sobre esto, por ejemplo, en su boletín *Law in Transition*. Véase, en especial, Anita Ramsar, “What Local Lawyers Think: A Retrospective on the EBRD’s Legal Indicator Surveys”, en *Law in Transition: Ten Years of Legal Transition*, vol. 1 (Londres: European Bank for Reconstruction and Development, 2002).

101 Veronica Taylor, “Law Reform Olympics: Measuring the Effects of Law Reform in Transitional Economies”, en Timothy Lindsey (ed.), *Law Reform in Developing and Transitional Societies* (Abingdon: Routledge, 2007), cap. 4.

102 William Twining, “Comparative Law and Legal Theory: The Country and Western Tradition”, en Ian Edge (ed.), *Comparative Law in Global Perspective* (Ardley, NY: Transnational Publishers, 2000), pp. 161-165. En sus alocuciones radiofónicas en la BBC, las BBC Reith Lectures, Onora O’Neill argumentó que muchas de las críticas sobre el establecimiento de objetivos, los indicadores de desempeño y algunas formas de “transparencia” estuvieron justificadas en que tendían a fomentar una cultura de la culpa en lugar de mitigar la “crisis de confianza” que se suponía que iban a remediar. Véase Onora O’Neill, *A Question of Trust* BBC Reith Lectures (Cambridge: Cambridge University Press, 2002).

103 Muchos de estos desarrollos se dan en el derecho comercial y son relativamente nuevos. La atención académica ha estado dirigida a asuntos como la auditoría democrática y el uso de estadísticas en la evaluación de los derechos humanos desde hace bastante tiempo. Véanse, por ejemplo, sobre la

sido rudimentarios, pero los métodos se refinan continuamente¹⁰⁴. Como poco, estos intentos influyentes de medir y evaluar los programas de reforma del derecho merecen someterse a una crítica teórica sostenida. El análisis económico del derecho, el “nuevo institucionalismo” y los imperativos de la auditoría, por controvertidos que sean, están no obstante introduciendo nuevas formas genuinas de observar y analizar los sistemas jurídicos estatales¹⁰⁵. Cabría añadir que el giro de la legislación al cumplimiento de las normas y luego a la preocupación con la sostenibilidad se aleja significativamente de un derecho superficial y pasa a una preocupación realista creciente con el derecho en acción. En el futuro, el derecho comparado tendrá que ajustarse a la proliferación de bancos de datos, mayor cuantificación, los conceptos y la parafernalia del racionalismo burocrático, y los problemas fundamentales de inconmensurabilidad¹⁰⁶.

Conclusión

Para resumir: los procesos de difusión como un aspecto de la interlegalidad son demasiado variados y complejos como para reducirse a un único modelo o tipo ideal. Sin embargo, el análisis realizado indicaría que hay que tener presentes algunas advertencias frente a supuestos simplistas:

auditoría democrática en el Reino Unido, David Beetham, *Auditing Democracy in Britain* (University of Essex: Democratic Audit Paper n.º 1, 1993); y Franseca Klug et al., *The Three Pillars of Liberty: Political Rights and Freedoms in the United Kingdom* (Londres: Routledge, 1996).

104 Un atrevido intento de aplicar el análisis macroeconómico a los trasplantes jurídicos se encuentra en el texto de Daniel Berkowitz, Katharina Pistor y Jean-Francois Richard, “The Transplant Effect”, 51 *American Journal Comparative Law* 163 (2003); véase también la obra controvertida de Rafael La Porta et al. (1996), “Law and Finance”, 106 *Journal Political Economy* 1113 (1998); Rafael La Porta et al., “The Quality of Government”, 15 *Journal of European Law and Economics* 222 (1999); y Aron Balas, Rafael La Porta et al., *The Divergence of Legal Procedures* (NBER Working Paper 13809, Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research, 2008), y sus críticos, por ejemplo, Mathias M. Siems, “What Does Not Work in Comparing Securities Laws: A Critique of La Porta et al.’s Methodology”, 16 *International Company and Commercial Law Review* 300 (2005), y Mark J. Roe, “Legal Origins, Politics, and Modern Stock Markets”, 120 *Harvard Law Review* 460 (2006).

105 William Twining, “Comparative Law and Legal Theory: The Country and Western Tradition”, en Ian Edge (ed.), *Comparative Law in Global Perspective* (Ardley, NY: Transnational Publishers, 2000), pp. 161-165.

106 Sobre el derecho superficial véase William Twining, “Surface law”, en William Twining, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009). Sobre la inconmensurabilidad véase Wendy Espeland y Mitchell L. Stevens, “Commensuration as a Social Process”, 24 *Annual Review of Sociology* 313 (1998); Fred D’Agostino, *Incommensurability and Commensuration* (Aldershot: Ashgate, 2003); Ruth Chang (ed.), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason* (Cambridge: Harvard University Press, 1997). Sobre los problemas teóricos de la conmensurabilidad en el derecho comparado véase H. Patrick Glenn, “Are Legal Traditions Incommensurable?”, 49 *American Journal of Comparative Law* 133 (2001); H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law* (2.ª ed. [1.ª ed. 2000]; Oxford: Oxford University Press, 2004), pp. 44-58, 354-355, criticado por Andrew Halpin, “Glenn’s Legal Traditions of the World: Some Broader Philosophical Issues”, en Nick Foster (ed.), *Symposium on Glenn’s Legal Traditions of the World* (2.ª ed.), 1 *Journal of Comparative Law* 100 (2006).

1. Las relaciones entre exportadores e importadores no son necesariamente bipolares, entre un único exportador y un solo importador. Las fuentes de recepción son a menudo diversas.
2. La difusión puede ocurrir entre muchas clases de órdenes jurídicos y entre niveles geográficos diferentes, no solo horizontalmente entre sistemas jurídicos municipales.
3. Las vías de difusión pueden ser complejas e indirectas, y las influencias pueden ser recíprocas.
4. La difusión puede ocurrir mediante la interacción informal, sin involucrar una adopción o una aprobación formales.
5. Las normas y los conceptos jurídicos no son los únicos objetos de difusión, ni siquiera son los principales.
6. Las autoridades públicas no son los únicos agentes de difusión, y ni siquiera los principales.
7. No se debe asumir una fecha o unas fechas específicas de recepción. La difusión a menudo implica un proceso largo, que, aun si tiene algunos momentos críticos, no se puede entender sin referencia a acontecimientos previos y posteriores a esos momentos.
8. La difusión del derecho implica a menudo un movimiento desde un poderoso centro imperial o de otra clase a una periferia colonial, dependiente o menos desarrollada. Sin embargo, hay también otros patrones.
9. Se reconoce por casi todos que es obsoleta la idea de que los trasplantes retienen su identidad sin cambios significativos.
10. El derecho importado rara vez llena un vacío o reemplaza el derecho local preexistente.
11. La difusión del derecho se supone a menudo que es instrumental, tecnológica y modernizadora. Sin embargo, hay una tensión continua entre las perspectivas tecnológicas, expresivo-contextuales e ideológicas.
12. Hay una tendencia en la literatura sobre difusión de hablar del "éxito" o el "fracaso" de las recepciones. Solo desde hace unos pocos años ha habido intentos por evaluar y mediar los efectos empíricamente. Muchos de los instrumentos que se han desarrollado despiertan dudas, pero es un área que requiere atención académica seria.

Estas afirmaciones generales pueden servir como advertencias sobre la complejidad. Sin embargo, esas advertencias no deberían detenerse en el panorama general. Se necesitan muchos estudios detallados de las manifestaciones específicas. Todos los estudiosos de la difusión necesitan hacerse preguntas sobre las fuentes, los niveles, las vías, lo que se difunde y recibe y cómo cambia en el proceso, los agentes del cambio, las condiciones y los acuerdos previos, los actos formales de recepción, las escalas

de tiempo, la implementación y los efectos. Esta clase de análisis es usual en los estudios más desarrollados sobre difusión en las ciencias sociales. En otro de mis ensayos se examina la distancia entre la literatura jurídica sobre recepciones/trasplantes jurídicos y la literatura sociocientífica sobre difusión, y se considera qué es lo que podría aprenderse de esta tradición más compleja y fuertemente empírica que pudiera ser útil o inspirador para los estudios detallados de los procesos de difusión del derecho¹⁰⁷.

107 William Twining, "Diffusion of Law: A Global Perspective", 49 *Journal Legal Pluralism* 1 (2005).

Las transferencias constitucionales: la teoría Ikea revisada^{*, **}

Günter Frankenberg

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.723>.

** Este capítulo es una traducción de Günter Frankenberg, "Constitutional Transfer: The Ikea Theory Revisited", 8 *International Journal of Constitutional Law* 563 (2011).

La Constitución y el constitucionalismo globales

Quien viaje de un régimen constitucional a otro volverá con impresiones que sostendrán, en general, las perspectivas dominantes en el campo del constitucionalismo comparado¹. Por encima de las fronteras nacionales, las barreras lingüísticas, las comunidades epistémicas, las constelaciones políticas y los contextos culturales, las constituciones parecen compartir un mismo vocabulario, seguir caminos institucionales parecidos, contener elementos comparables y compartir un diseño básico. Si se leen diez constituciones se conocen todas, o al menos se conocen las variedades más comunes de producción constitucional. Ese será el mensaje implícito del viajero apresurado: la globalización ha hecho comunes las prácticas y los resultados de la elaboración, la modificación y, aunque en grado algo menor, la interpretación de las constituciones.

Quien observe las protestas de los movimientos sociales, las ONG y los activistas solitarios contra las conferencias del G8 o las políticas de las instituciones transnacionales, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional o la Organización Mundial del Comercio, constatará invariablemente la apelación a los derechos humanos. El lenguaje de los derechos, aunque no necesariamente su acento —en la dignidad, la integridad física, la libertad de expresión, la prohibición de la tortura o las condiciones de vida dignas— traspasa las fronteras nacionales y remite a un vocabulario y una gramática globales. Los manifestantes contra el cambio climático, las

I Por ejemplo, Walter F. Murphy y Joseph Tanenhaus, *Comparative Constitutional Law* (Nueva York: MacMillan Publ., 1977); Vicky C. Jackson y Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law* (2.ª ed.; Nueva York: Foundation Press, 2006); Norman Dorsen et al., *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials* (St. Paul: West Group, 2003); Mark Tushnet (ed.), *Comparative Constitutional Federalism, Europe and America* (Westport: Greenwood, 1990); James O'Reilly (ed.), *Human Rights and Constitutional Law* (Dublín: Round Hall, 1992); Douglas Greenberg et al., *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World* (Oxford: Oxford University Press, 1993).

guerras o el sobreendeudamiento de los países del Tercer Mundo invocan un vocabulario y una gramática compartidos mundialmente, comparable a una lengua franca de derechos humanos, cuando apelan a valores como la solidaridad, la paz y la justicia, y a las obligaciones jurídicas correspondientes. En esa misma línea, en la esfera de la teoría y la doctrina, los participantes en los discursos político-jurídicos piden soluciones jurídicas transnacionales cuando se ocupan de las normas del conflicto armado, de la apropiación y explotación de recursos naturales, de la protección del legado común de la humanidad, de las relaciones comerciales desiguales entre países centrales y periféricos, de los peligros del crimen organizado o del escándalo del trabajo infantil². En consecuencia, o bien diagnostican de manera descriptiva la existencia del establecimiento de un régimen constitucional global, universal o cosmopolita, o reclaman prescriptivamente que se establezca³.

En este ensayo pretendo mantenerme alejado de esos debates teóricos, al menos de momento. No presento aquí una “Constitución global”, por analogía a una Constitución nacional, como encarnación obvia de un sistema constitucional “universal incipiente”, ni diagnostico la existencia o definiendo la conveniencia de una clase novedosa de constitución trans, inter o supranacional resultante de alguna adaptación de las constituciones nacionales a requisitos mundiales⁴. En lugar de unir a la competición

- 2 David Held et al., *Global Transformations* (Cambridge: Polity Press, 1999), cap. I. Para una perspectiva teórica de sistemas sobre una “Constitución global” como constitución de un Estado mundial o de un régimen global de gobernanza véase Andreas Fischer-Lescano, *Globalverfassung. Die Geltungsbegründung der Menschenrechte* (Weilerswist: Velbrück, 2005). Desde una perspectiva teórica de sistemas relacionada con la anterior, otros autores han observado una pluralidad de constituciones civiles que entrañarían estructuras globales en red; véase Gunther Teubner, “Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie”, 63 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (ZaöRV) 1 (2003); Andreas Fischer-Lescano y Gunther Teubner, *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts* (Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 2006). Un relato teórico-discursivo de una sociedad mundial, políticamente constituida, pero sin un gobierno mundial, lo presentan Jürgen Habermas, “Eine pluralistische Verfassung für die Weltgesellschaft?”, 3 *Kritische Justiz* (2005), p. 222; y Hauke Brunkhorst, “Die Legitimationskrise der Weltgesellschaft—Global Rule of Law, Global Constitutionalism und Weltstaatlichkeit”, en Mathias Albert y Rudolf Stichweh (eds.), *Weltstaat und Weltstaatlichkeit. Beobachtungen globaler politischer Strukturbildung* (Verlag für Sozialwissenschaften: Wiesbaden, 2007), p. 63.
- 3 Véase Jeff Dunoff y Joel Trachtman (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Government* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009); P. Philipp Allott, “The Emerging Universal Legal System”, en Janne Nijman y André Nollkaemper (eds.), *New Perspectives on the Divide between National and International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007), p. 63; David Held, *Democracy and the Global Order* (Cambridge: Polity Press, 1995); Daniele Archiburgo, *The Global Commonwealth of Citizens: Toward Cosmopolitan Democracy* (Princeton: Princeton University Press, 2008).
- 4 Anne Peters describe los diversos procesos de adaptación en su impresionante artículo “The Globalization of State Constitutions”, en Nijman/Nollkaemper, *supra* nota 3, p. 251. Volveré a su panorama sobre la globalización más adelante, en mi análisis de los “detalles extraños”. En este momento, baste con decir que el estado de la globalización es probable que aumente tanto la convergencia como la divergencia de los regímenes constitucionales nacionales. Véanse Horatia Muir Watts, “Globalization and Comparative Law”, en Mathias Reimann y Reinhard Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006), pp. 579, 586-588; Jonathan Friedman, “Being in the World: Globalisation and Localisation”, 7 *Theory Culture & Society*

reciente entre grandes narrativas, parto de la pretensión más modesta de la “teoría Ikea”⁵ de las transferencias constitucionales (y jurídicas). Según su premisa central, la Constitución global se crea, o más bien surge, de procesos de transferencia y funciona como un depósito o, a estos efectos, como un supermercado, en el que ítems constitucionales estandarizados —grandes diseños al lado de fragmentos elementales de información— se almacenan y están disponibles, *prêt-à-porter*, para ser adquiridos y reensamblados por los constituyentes de todo el mundo.

La controversia Legrand-Watson

Desde hace ya un tiempo, los comparatistas dominantes han perseguido cómodamente un proyecto unitario al confirmar su creencia en un cuerpo coherente de derecho (constitucional) transcultural, minusvalorar las diferencias, actuar con la convergencia en mente, afirmar que hay un elevado grado de congruencia entre los problemas sociales y las soluciones jurídicas⁶, y argumentar que las áreas de acuerdo y superposición superan con claridad la diversidad contextual y funcional⁷. Con este proyecto como objetivo, no sorprende que solo recientemente los comparatistas se hayan ocupado de la cuestión de por qué y cómo las constituciones han acabado por compartir características universales o globales, aunque lo más frecuente es que estén desde el punto de vista genealógico, ideológico o práctico vinculadas a Estados nación específicos.

La teoría Ikea, lejos de resolver ese rompecabezas, pretende, en primer lugar, poner de manifiesto, si bien con una pizca de ironía y metafóricamente, que existe un depósito supranacional de información y elementos constitucionales. En segundo lugar, quiere dirigir el análisis hacia la respuesta a la pregunta de por qué y cómo se ven influenciados los constituyentes, de quién toman prestado y, a su vez, cómo modifican los elementos de la Constitución global. El tercer y más difícil paso lleva a la transferencia

(1990), p. 311; y Gunther Teubner, “Rechtsirritationen: Zur Koevolution von Rechtsnormen und Produktionsregimes”, en Günter Dux y Frank Welz (eds.), *Moral und Recht im Diskurs der Moderne: Zur Legitimation gesellschaftlicher Ordnung* (Opladen: Leske & Budrich, 2001), p. 351.

5 Introduce por primera vez la idea de la teoría Ikea en relación con la elaboración de constituciones postsocialistas en los países de Europa Central y del Este en Günter Frankenberg, *Autorität und Integration. Zur Grammatik von Recht und Verfassung* (Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 2003), pp. 124-132.

6 Por ejemplo, Konrad Zweigert y Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (3.ª ed.; trad. Tony Weir; Oxford: Oxford University Press, 1998).

7 Del impresionante conjunto de literatura académica véanse Norman Dorsen et al. (eds.), *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials* (St. Paul: West Group, 2003); Mathias Reimann, “The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century”, 50 *American Journal of Comparative Law* 671 (2002), p. 690; Bruce Ackerman, “The Rise of World Constitutionalism”, 83 *Virginia Law Review* 771 (1997). Para una perspectiva crítica véase Ruti Teitel, “Comparative Constitutional Law in a Global Age”, 117 *Harvard Law Review* 2570 (2004).

del derecho —un proceso, una actividad y un problema—, para lo cual el derecho comparado ha generado una variedad de conceptos: “trasplantes jurídicos”, “recepción”, “préstamo”, “adaptación”, “mutación”, “influencia”, “evolución” y, más recientemente, “migración”⁸. En mi opinión, estos conceptos no son “solo palabras”, sino significantes de enfoques teóricos y de interpretaciones bastante diferentes, a veces utilizadas con descuido y otras con fervor religioso.

Al comienzo hubo una controversia fundamental, una colisión entre dos proyectos disciplinarios antagónicos: la historia del derecho frente a la filosofía del derecho, y un choque de culturas epistémicas: lo moderno frente a lo posmoderno. Su atractivo dependió en gran medida de las polémicas, las incomprensiones y las falsas representaciones iniciales de los protagonistas. Desatada por la crítica de Pierre Legrand a los “trasplantes jurídicos”⁹ de Alan Watson, la controversia se ha trasladado al derecho constitucional comparado desde entonces¹⁰.

Después de establecer el derecho comparado como una “disciplina académica independiente”, basada en la investigación de las relaciones entre sistemas jurídicos, y de explicar las virtudes y los peligros de un enfoque comparado, Watson introduce “la paradoja más extraña” del derecho (privado). Desde una perspectiva histórica sobre todo, complementada por la teoría del derecho civilista, Watson refuta la idea del derecho como emanación del “espíritu del pueblo”, influenciado por la experiencia histórica, y lo hace afirmando que el derecho es producto de trasplantes jurídicos¹¹. Identifica a continuación numerosos ejemplos de trasplantes en las áreas de contratos, responsabilidad civil extracontractual y propiedad, y para esto viaja desde el viejo Oriente próximo hasta Grecia y Roma, y de allí a Escocia, Inglaterra, Holanda y otros países. Préstamo más adaptación ha sido “la forma usual de desarrollo jurídico”, nos cuenta¹². Mediante ejemplos, Watson compara varias normas de las Leyes de Eshnunna y del Código babilónico de Hammurabi con el Éxodo con respecto a la responsabilidad por bueyes que cornean a personas o animales, y deduce

8 Sujit Choudhry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006).

9 Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (Edinburgo: Scottish Academic Press, 1974) [de aquí en adelante, *Legal Transplants*]; Pierre Legrand, “The Impossibility of ‘Legal Transplants’”, 4 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 111 (1997); Alan Watson, “Legal Transplants and European Private Law: lus Commune Lectures on European Private Law”, 4 *Electronic Journal of Comparative Law* (dic. 2000), <http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html>.

10 Por ejemplo, Michele Graziadei, “Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions”, en Mathias Reimann y Reinhard Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006), pp. 441 y ss.; Sujit Choudhry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*; y más recientemente Morton Horwitz, *Constitutional Transplants, Theoretical Inquiries in Law*, vol. 10 (2009), <http://www.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article9>.

11 Watson, *Legal Transplants*, p. 1.

12 *Ibid.*, p. 7.

que las similitudes en estilo y contenido de las normas “comparten una fuente común última [...] probablemente”. De las normas que se ocupan de la propiedad matrimonial y que viajaron desde los visigodos hasta California a través de España infiere que “los trasplantes jurídicos ya estaban presentes en la lejana antigüedad y probablemente no eran inusuales”¹³. Watson basa también su teoría de trasplantes en fenómenos y casos menos exóticos, como la recepción selectiva o general del derecho romano; las normas básicas de la estructura sistemática y de la elaboración científica del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano en varios regímenes jurídicos de países receptores europeos, y también el tratamiento (efectuado por los puritanos) de la Biblia —con significativas variaciones— como fuente del derecho.

En los capítulos finales de su libro Watson ofrece una lista de reflexiones generales sobre trasplantes jurídicos que combina con unas cuantas consideraciones a modo de advertencia. Por un lado, argumenta que “el trasplante de normas individuales o de una gran parte de un sistema jurídico es extremadamente común” y es “fácil desde el punto de vista social”. De esto infiere que esa es, “de hecho, la fuente más fértil de desarrollo” del derecho y explica el “grado sorprendente” en el que el “derecho está arraigado en el pasado”¹⁴. Por otro lado, introduce la cuestión de la autoridad en el derecho como una variable importante que interviene en el proceso del trasplante¹⁵ y, al final, encuentra que “la mezcla” es más fascinante que el propio acto del préstamo.

Contra el mensaje bastante generalizado de la tesis de los trasplantes de Watson, Pierre Legrand lanza también un ataque generalizado. Tras reformular el escepticismo de Montesquieu con respecto a la simple transferencia de instituciones jurídicas, Legrand somete el formalismo de Watson y el funcionalismo comparado a una crítica mordaz. Refuta lo que caracteriza como un solipsismo jurídico, es decir, “el carácter nómada de las normas jurídicas”¹⁶ y luego deconstruye la ecuación doble de “derecho como norma jurídica” y “normas como declaraciones proposicionales” al diferenciar entre el significado acontextual que surge de la redacción de la norma y los significados dependientes del contexto que se adscriben a una norma en su proceso de aplicación por la comunidad interpretativa. De forma bastante convincente argumenta que este último proceso constituye la naturaleza normativa de una norma —o, añadiríamos nosotros, el significado de un derecho, de un principio o incluso de un preámbulo— y que no sobrevive al desplazamiento de un régimen jurídico a otro¹⁷. El

13 *Ibid.*, p. 24.

14 *Ibid.*, p. 95.

15 *Ibid.*, p. 96 y *passim*.

16 Legrand, “The Impossibility of ‘Legal Transplants’”, *passim*.

17 *Ibid.*, pp. 117-120.

significado original se pierde en la traducción o, más bien, en la repetición¹⁸. Legrand exagera este aspecto en cierto sentido al concluir que “[l]o que puede desplazarse de una jurisdicción a otra es, literalmente, una forma sin significado de palabras. Pretender más es pretender demasiado. En cualquier sentido *significativo* del término, los ‘trasplantes jurídicos’ no pueden tener lugar”¹⁹.

Como consecuencia de su cuestionable supuesto de que los significados de las normas jurídicas están únicamente determinados por el contexto local, propone alejarse de *l'énoncé* hacia *l'énunciation*. Es decir, muestra cómo la repetición está condicionada por un marco epistemológico específico, por convenciones epistémicas y por una *mentalité* específica, y como la repetición, debido al contexto histórico-cultural y a las luchas por el poder, siempre implica la represión²⁰ de las alternativas.

En su respuesta a estas acusaciones, Watson no aprovecha realmente la ocasión. En primer lugar, simplifica el punto presentado por Legrand al reformular implícitamente su idea del derecho como norma: “Cuando una ley formal escrita es la misma en dos países, su interpretación judicial bien puede diferir debido a la tradición y las formas de pensamiento jurídico”²¹. En consecuencia, reconoce la verdad de la versión trivializada de la crítica al trasplante de que “una norma trasplantada no es la misma cosa que era en su hogar anterior”²². En segundo lugar, en lugar de abordar la propuesta de su oponente de moverse del mero texto al contexto, de la similitud a la diferencia, y de dejar a un lado las analogías mecánicas, las visiones sintéticas y el pensamiento unitario en los estudios jurídicos comparados²³, Watson afirma no encontrar contenido en la crítica a los trasplantes. En lo que es un movimiento defensivo en parte sorprendente, señala un “subtexto” y acusa a Legrand de oponerse a un código civil común para la Unión Europea. Aunque eso puede ser cierto²⁴, Watson pasa por alto que lo que se cuestiona no es la Unión Europea, sino la teoría y el método del derecho comparado.

Con independencia de lo que hayan pretendido Watson y Legrand, y de lo que todavía pretendan con sus proyectos comparativos, polarizaron

18 Véase Eva Hoffman, *Lost in Translation* (Londres: Minerva, 1991).

19 Legrand, “The Impossibility of ‘Legal Transplants’”, p. 120.

20 Con respecto a la conexión entre represión y repetición, Legrand cita a Gilles Deleuze, *Différence et répétition* (París: Presses Universitaires de France, 1968), p. 139.

21 Watson, “Legal Transplants and European Private Law”, p. 2.

22 *Ibidem*, y Alan Watson, *Law out of Context* (Atenas: University of Georgia Press, 2000), p. 1.

23 Legrand, “The Impossibility of ‘Legal Transplants’”, pp. 122-124; véase también Günter Frankenberg, “Critical Comparisons: Rethinking Comparative Law”, 26 *Harvard International Law Journal*, 411 (1985), p. 453.

24 Pierre Legrand, “Against a European Civil Code”, 60 *Modern Law Review* 44 (1997), y, para una crítica del proyecto Common Core of European Private Law (Núcleo Común del Derecho Privado Europeo), Günter Frankenberg, “How to Do Projects with Comparative Law: Notes from an Expedition to the Common Core”, en Mauro Bussani y Ugo Mattei (eds.), *Opening Up European Law* (Berna: Stämpfli Publishers, 2007), p. 17.

el campo de los estudios jurídicos comparados y todavía siguen haciéndolo. Legrand merece crédito por criticar “el positivismo de lo fáctico”²⁵ al subrayar que la transferencia del derecho no se puede adoptar simplemente como un hecho dado, sino que implica considerables problemas de los que deben ocuparse la teoría y el método de la comparación jurídica.

Watson tiende a recibir apoyo a su tesis de los trasplantes por parte del área funcionalista²⁶, por los autores que defienden la unidad del derecho y la convergencia de los regímenes jurídicos, y de los adalides del “enfoque fáctico”²⁷. De manera algo sorprendente, Gunther Teubner, el protagonista más importante de la teoría de sistemas en la ciudadela del derecho, que siempre ha defendido la diferenciación funcional, la fragmentación de los discursos jurídicos y el pluralismo jurídico, acudió también en defensa de Watson²⁸, al oponerse al culturalismo y al contextualismo de Legrand, y al corolario de una perspectiva totalizadora del derecho, que, según él, tendría ese autor. Teubner, a diferencia de Watson, destaca que los trasplantes, o más bien, los “irritantes” jurídicos, no infiltran los sistemas jurídicos como unidades compactas, sino que ponen en movimiento una serie de reacciones largas y turbulentas que reconfiguran el sistema jurídico receptor y el derecho transferido²⁹. Así que, al final, parece no ser tan hostil al enfoque contextual.

En general, Legrand encontró más apoyo a su contextualismo y su antiformalismo, al menos cuando se extirpa la tesis de la imposibilidad de la transferencia³⁰. Puede reclamar haber contribuido, en gran medida, a la deconstrucción de la metáfora organicista del trasplante y también a una fenomenología más rica de las transferencias jurídicas. Su oposición a la tesis de los trasplantes jurídicos es inmune a la observación de que ha

- 25 Estoy en deuda con Kelly L. Grotke por señalarme la crítica de Husserl a la “superstición del hecho” positivista (*Aberglaube der Tatsache*); véase Edmund Husserl, *Philosophie als strenge Wissenschaft* (Fráncfort: Klostermann, 1981 [1911]).
- 26 Sobre el método funcionalista y el enfoque fáctico véanse Zweigert y Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, p. 32; y la reinterpretación sutil del funcionalismo efectuada por Ralf Michaels, “The Functional Method of Comparative Law”, en Reimann y Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 339.
- 27 Sobre el enfoque fáctico y sobre los protagonistas del Proyecto de Núcleo Común del Derecho Civil Europeo véanse Rudolf Schlesinger (ed.), *Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems* (2 vols., Dobbs Ferry: Oceana, 1968); Rodolfo Sacco, “Legal Formants: A Dynamic Approach”, 39 *American Journal Comparative Law* (1991), pp. 1 y 342. Sobre los textos básicos y una crítica véase Frankenberg, “How to Do Projects with Comparative Law”, pp. 33-47.
- 28 Teubner, “Rechtsirritationen”.
- 29 Annelise Riles, “Comparative Law and Socio-Legal Studies”, en Reimann y Zimmermann, *supra* nota 25, p. 796.
- 30 Véanse William Ewald, “Legal History and Comparative Law”, 7 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (1999), p. 553; Gerhard Dannemann, “Similarities and Differences?”, en Reimann y Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, pp. 383 y 414. Michele Graziadei ofrece una visión muy diferenciada de los “trasplantes” y prefiere referirse a ellos como “transferencia”: “Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions”, en Reimann y Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 441. Véase también David Nelken, “Comparatists and Transferability”, en Pierre Legrand y Roderick Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), p. 437.

habido “numerosas transferencias institucionales exitosas”³¹, es decir, que “las transferencias jurídicas son posibles, están ocurriendo, han ocurrido y seguirán ocurriendo”³², puesto que el término “transferencia” evita la falacia naturalista y, por lo tanto, difícilmente se puede confundir con un sinónimo de trasplante.

Los miembros afiliados al movimiento contextualista y otros comparatistas, de manera abierta o cuando se les insta a ello, no niegan que las leyes y las constituciones, las instituciones y las ideas, pueden moverse de un contexto a otro³³. Por lo tanto, algunos autores han sugerido recientemente que “migración” puede ser un concepto más apropiado (es decir, más apropiado que trasplante³⁴) y se ha alabado como “concepto económico útil en el contexto del movimiento interestatal de las ideas constitucionales”, igual de abierto a “todos los movimientos sin que importe el sistema, oculto o abierto, episódico o incremental, planeado o desarrollado, iniciado por un emisor o un receptor, aceptado o rechazado, adoptado o adaptado, preocupado por la doctrina sustantiva o por el diseño institucional, o por alguna sensibilidad o *ethos* constitucional más abstracta o intangible”³⁵. Uno se pregunta, no obstante, si “transferencia” no cualifica como concepto incluso más económico. Tanto “migración” como “transferencia” se refieren a movimientos, captan una variedad más amplia de usos que, digamos, “trasplante” o “préstamo”, y cualifican esos movimientos como problemáticos y no como fáciles desde el punto de vista social; como artificiales, en lugar de naturales u orgánicos. Comparándolo con “migración”, el concepto de “transferencia” mantiene también una mayor distancia con respecto a las connotaciones espaciales y está más abierto a las variedades de movimientos conscientes e inconscientes, todas ellas razones por las que prefiero seguir utilizando de aquí en adelante ese concepto.

La teoría Ikea de la transferencia constitucional

Los proponentes de la migración y de la transferencia pueden conectar con facilidad el movimiento de conceptos constitucionales de un contexto a otro con la “teoría del viaje” de Edward Said, que ayuda a parafrasear e ilustrar la teoría Ikea de transferencia jurídica y constitucional. Said escribe:

31 Teubner; “Rechtsirritationen”.

32 Nelken, “Comparatists and Transferability”, p. 442.

33 Véase la contribución de Esin Örüçü y David Nelken (eds.), *Comparative Law: A Handbook* (Oxford/Portland: Hart Publishers, 2007).

34 En especial Sujit Choudhry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006).

35 Neil Walker; “The migration of constitutional ideas and the migration of the institutional idea: The case of the EU”, en Choudhry, *The Migration of Constitutional Ideas*, pp. 316, 320-321.

Igual que las personas y las corrientes de crítica, las ideas y las teorías viajan, de persona a persona, de situación a situación, de un periodo a otro. La vida cultural e intelectual se alimenta usualmente, y a menudo se mantiene, gracias a la circulación de ideas, y ya tome la forma de influencia reconocida o inconsciente, de préstamo creativo o de apropiación integral, el movimiento de ideas y teorías de un lugar a otro es tanto un hecho de la vida y una condición habilitante de la actividad intelectual³⁶.

En lo que se refiere a los viajes de la teoría, Said distingue cuatro etapas³⁷ que pueden aclarar los problemas de transferencia jurídica/constitucional. En las páginas que siguen modificaré esa explicación para ajustarla a las características de la teoría Ikea, puesto que parece útil para identificar los procesos y las prácticas sobre cómo las ideas, las normas, las instituciones y las opiniones constitucionales acaban transfiriéndose al depósito global y luego se almacenan en él, y de allí pasan a un nuevo entorno “receptor”.

La primera etapa de la explicación de Said se refiere al “punto de origen”. Sin embargo, el autor debilita de manera prudente el supuesto originista, al tener en cuenta que el punto de origen solo “lo parece”, y al cualificarlo, quitándole privilegios, como “conjunto de circunstancias iniciales”. La prudencia es, de hecho, pertinente porque lo que nos enseña la historia constitucional es que los puntos de origen son difíciles de determinar. La fórmula de “un gobierno de leyes y no de hombres”, por ejemplo, que se suele atribuir ritualmente a la Constitución de Massachusetts (1780), parece retrotraerse a la filosofía política de Aristóteles. Todavía más oscuro es el origen del concepto alemán de “Rechtsstaat”, que se atribuye a Immanuel Kant, a Adam Müller y al jurista bastante desconocido Ludwig Harscher von Almendinge³⁸. La originalidad de la Constitución belga (1831), que se considera una de las principales constituciones del siglo xix y que influenció las constituciones de Grecia, Italia, Prusia y de otros países, no soporta un examen textual riguroso. El cuarenta por ciento de esas normas se retrotrae a la Constitución holandesa (1815), el treinta y cinco por ciento a la *Charte constitutionnelle* francesa (1814/1830) y el diez por ciento a la Constitución revolucionaria francesa (1791) más derecho constitucional inglés, lo que arroja un saldo de un quince por ciento más o menos de contenido “original”³⁹.

36 Edward Said, *The World, the Text, and the Critic* (Nueva York: Vintage, 1983), p. 226.

37 *Ibid.*, pp. 226-227.

38 Günter Frankenberg, “Art. 20 Abs. 1-3 (Rechtsstaat)”, en *Alternativkommentar zum Grundgesetz* (2.^a ed.; Luchterhand: Neuwied 2001), p. 1; y Frankenberg, *Staatstechnik—Perspektiven auf Rechtsstaat und Ausnahmezustand* (Fráncfort: Suhrkamp, 2010), cap. iii.

39 Véase Kerstin Singer, *Konstitutionalismus auf Italienisch* (Tübingen: Niemeyer, 2008).

Además, los proponentes conservadores del originalismo en la interpretación constitucional estadounidense han sido los que mejor han deconstruido, sin quererlo, el concepto mismo de un “concepto fijo y cognoscible”, original, de textos e intenciones⁴⁰. Por lo tanto, propongo manejar el “punto de origen” con cautela puesto que puede ser ficticio y siempre está precedido de un “antes”, al menos después de las tres primeras décadas del siglo XVIII, cuando las constituciones modernas aparecieron por primera vez y el Estado constitucional experimentó su primer éxito histórico. Eso no niega las innovaciones constitucionales más recientes, como el derecho humano al asilo en la Ley Fundamental alemana o el arquetipo de constitución programática socialista.

Como segunda etapa del proceso de transferencia, todo ítem constitucional tiene que descontextualizarse, es decir, aislarse de las circunstancias de su producción y prepararse para ser transferido. Tiene que ser ultracongelado y empaquetado, por decirlo así, para traspasar el tiempo, el espacio y el contexto; para “atravesar la presión de varios contextos según se mueve la idea de un punto previo a otro tiempo y lugar en el que tendrá un nuevo valor”⁴¹. La descontextualización es más que sacar algo de un contexto determinado y su desplazamiento posterior. La congelación rápida y el empaquetado quieren subrayar que las transferencias constitucionales implican normalmente que los ítems que se transfieren son, en primer lugar, reificados como bienes comerciables, luego formalizados, es decir, despojados de sus significados ligados al contexto, y, por último, idealizados en el sentido de significar aquello que se quiere que signifiquen y de funcionar de la forma que se pretende que funcionen. Argumento que la reificación, la formalización y la idealización son condiciones necesarias para poder entrar en el almacén de Ikea y convertirse en un bien constitucional universal y globalmente accesible y utilizable⁴².

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en Francia viaja no como un manifiesto político o uno de los muchos proyectos revolucionarios competidores⁴³, sino que, vaciada de los debates en torno a ella y de su carácter básicamente programático, es “la cosa con derechos”⁴⁴, lo que sugiere que es un catálogo que contiene derechos jurídicos exigibles. En ese mismo sentido, el Estado de derecho

40 Baste con ver las obras de Lucinda E. Carter y Laura Tulloch, *Originalism and Ancestor Worship: True or False?* (2008); y Dennis J. Goldford, *The American Constitution and the Debate over Originalism* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005).

41 Said, *The World, the Text, and the Critic*, p. 227.

42 En este proceso de descontextualización, la comunidad científica y los medios de comunicación tienen una intervención fundamental.

43 Documentado y analizado por Marcel Gauchet, *Die Erklärung der Menschenrechte. Die Debatte um die bürgerlichen Freiheiten 1789* (Reinbek: Rowohlt, 1991).

44 Una referencia al poema “Hope”, “Hope is the thing with feathers” (“Esperanza es la cosa con plumas”), Emily Dickinson, *The Complete Poems* (Boston: Little Brown, 1924).

al estilo británico o alemán pocas veces se recibe como un “concepto controvertido”⁴⁵. Al contrario, la idea del Estado de derecho —desnuda de sus elaboraciones y controversias locales, teóricas y doctrinales; de la indeterminación estructural (y no solo semántica) de sus principios; y de los problemas y las deficiencias en su implantación— ha proliferado en su versión idealizada como si fuera un concepto neutral con respecto al contexto, de aplicación universal y un “bien humano universal”⁴⁶. En ese mismo sentido, el mecanismo de recursos judiciales constitucionales garantizado por el artículo 9.3, sección 1, de la Ley Fundamental alemana se convirtió en un bien comercializable y viajó grandes distancias debido a su reputación como instrumento efectivo para la protección de los derechos fundamentales —más efectivo que el sistema estadounidense de *certiorari*— debido a que se pasó por alto, en gran medida, que menos del dos por ciento de las quejas presentadas tienen éxito en última instancia.

La tercera etapa del proceso de transferencia conduce del contexto local al depósito global o centro Ikea constitucional, que, en otros términos teóricos, podría describirse como una memoria constitucional consciente y colectiva, o incluso como un constitucionalismo global. Sin embargo, habría que señalar que la integración en este depósito no ocurre en la realidad como una etapa o fase discreta, ya que lo que pasa es que concluye el proceso de descontextualización al identificar como comerciables aquellos ítems que han pasado o que podrían pasar una prueba de mínimos y excluye a aquellos que no lo harían. Los ítems constitucionales que han pasado o podrían pasar esta prueba de mínimos abundan, y destacan entre ellos: la arquitectura básica de las constituciones legisladas; su posición como ley superior; o su contenido, incluidos los catálogos de derechos, los sistemas de gobierno o las instituciones para proteger la constitución (recurso de constitucionalidad) complementados por las doctrinas de la autorrestricción judicial y las cuestiones políticas, y otras cosas parecidas. A continuación, en el centro Ikea, las élites constitucionales, los consultores jurídicos y los activistas políticos pueden comprar ideas e instituciones, normas y doctrinas, argumentos e ideologías creadas y probadas en otros contextos nacionales y regionales. Tienen la opción de elegir entre productos acabados e ideas inspiradoras que requieren un mayor grado de elaboración interpretativa.

Los ítems relativos al diseño, el contenido y el método constitucional que se perciban como no susceptibles de idealización, debido a su especificidad y dependencia del contexto, no pasarán la prueba de mínimos y

45 Neil McCormick, “Der Rechtsstaat und die Rule of Law”, *Juristenzeitung* (1984), pp. 65-66; y Walter B. Gallie, “Essentially Contested Concepts”, 56 *Proceedings of the Aristotelian Society* (1955-1956), p. 169.

46 Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory* (Nueva York: Cambridge University Press, 2004), pp. 137-141.

serán excluidos o, más bien, no considerados, para su recepción en el depósito global. En los estudios comparados, y también en la historia constitucional, estos “detalles raros” merecen una atención especial porque contienen las tradiciones, las luchas, las ansiedades y las visiones locales. Eso pasa, por ejemplo, con el derecho estadounidense a poseer y portar armas conforme a la Segunda Enmienda. Aunque se retrotrae al decreto de Assize of Arms (“Porte de Armas”) del rey Enrique II, en el siglo xii, y a pesar de su pedigrí de *common law* inglés, está conectado de manera íntima con las controversias durante la era constituyente estadounidense relativas a la existencia de un ejército federal y al rechazo de los colonizadores de la opresión, y su temor a la mala administración pública, lo que los llevó a preferir una milicia popular bien regulada. La Segunda Enmienda, muy discutida⁴⁷, cualifica no solo como detalle extraño desde el punto de vista histórico, como forma específica estadounidense para equilibrar el poder militar y político del pueblo, los estados federados y la nación⁴⁸, sino también desde el punto de vista estructural, mediante la combinación de una cláusula justificativa con otra operativa⁴⁹.

Los ítems constitucionales que se resisten a la descontextualización se pueden encontrar también fuera del constitucionalismo occidental. La Constitución vietnamita de 1992 presenta una estructura económica única y compleja —“un funcionamiento económico de múltiples elementos propios de los mecanismos de mercado sujetos a la gestión del Estado y apegados a una tradición socialista” (art. 15)—. En el nivel constitucional se fusionan las empresas estatales, cooperativas, familiares y privadas, con un racimo de valores y garantías heterogéneos⁵⁰. Esta peculiar amalgama constitucional se fundamenta en la decisión de los cuadros políticos vietnamitas, a comienzos de la década de los noventa del siglo xx, de abrir la economía planificada a la iniciativa privada y los inversores extranjeros, pero preservando su núcleo socialista y su tradición familiar⁵¹.

Lo extraño no siempre es fácil de identificar⁵². Aunque algunas constituciones contienen cláusulas cuya extrañeza es evidente, otras requieren

47 Desde *United States v. Cruikshank* 92 U.S. 542 (1875) hasta *District of Columbia v. Heller*, 128 S. Ct. 2783 (2008), el significado (o los significados) han hecho sufrir al tribunal. Véase también Mark Tushnet, *Out of Range: Why the Constitution can't End the Battle Over Guns* (Oxford: Oxford University Press, 2007).

48 Por ejemplo, Garry Wills, *A Necessary Evil: A History of American Distrust of Government* (Nueva York: Simon & Schuster, 1999).

49 Eugene Volokh, “The Commonplace Second Amendment”, 73 *NYU Law Review* 793 (1998).

50 Al conectar el sector estatal dominante (art. 19) con el sector colectivo (art. 20), la economía familiar (arts. 21, 64, 66, 67), el sector privado (arts. 23, 57, 58) y el sector abierto a la inversión extranjera (art. 25).

51 Para una explicación detallada de la reforma jurídica y económica en Vietnam véase Michael Blecher y Günter Frankenberg, “Doppelstaat und plurales Recht-Anmerkungen zur Rechts- und Wirtschaftsreform in Vietnam”, en *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, vol. 2. (1997), pp. 379-394.

52 La rareza es también una etiqueta traicionera y exige sensibilidad frente a la transformación de un ítem local, no mercantilizable, en una cláusula o institución que sirva a un mercado regional

un estudio comparado cuidadoso. Un ejemplo de esto último sería la abolición de la casta de intocables en la Constitución india de 1947, que no consiguió, sin embargo, erradicar la práctica social de condenar al ostracismo y a la segregación a ciertos grupos, por lo general minorías, por considerarlos “contaminados según el rito”⁵³. Esta cláusula carece de sentido fuera del régimen hindú de castas y tribus reconocidas en India, Bangladesh, Pakistán y Sri Lanka. Un caso menos evidente de dependencia del contexto nos lo muestra la “legislación anormal” introducida recientemente en la Ley Fundamental alemana (artículo 72, sección 3) y una cláusula comparada de la Constitución iraquí que le da poder a las autoridades regionales para modificar la aplicación de leyes nacionales por fuera de las facultades exclusivas del gobierno federal (artículo 117, sección 2). Ambas normas pretenden fortalecer, o al menos calmar, a los estados federados alemanes o, respectivamente, a las regiones iraquíes. Mientras que los sistemas de naturaleza federal están diseñados, como regla, para separar las competencias legislativas en lugar de duplicarlas, estas cláusulas anómalas son sintomáticas de luchas por el poder irresolutas entre el gobierno federal y los gobiernos estatales y regionales, y es difícil que puedan ser bienes comerciables transferibles.

Cabría suponer que las constituciones más barrocas están más abiertas a las peculiaridades del contexto y, por lo tanto, son más proclives a los detalles extraños. Sin duda, eso es cierto para la Constitución de la India, extremadamente compleja; para la Constitución de Brasil (1988), que contiene un régimen integral económico, laboral y de bienestar⁵⁴; y para la Constitución de los cantones suizos (1874), con sus normas notablemente detalladas, en concreto, para las empresas y el comercio (por ejemplo, la prohibición de la venta de bebidas alcohólicas para los comerciantes migrantes). Sin embargo, incluso en las constituciones que siguen la máxima “breve y oscura”⁵⁵ se descubren ítems que se desvían del constitucionalismo global y se resisten a una transferencia fácil, como la combinación rara de un federalismo externo que oculta una estructura interna unitaria y prusiana en la Constitución Imperial alemana (1871); la renuncia a la guerra consagrada en el artículo 9.º de la Constitución japonesa —o, más

o intermediario, como, por ejemplo, la obligación de los hijos adultos de sostener a sus padres (Uzbekistán, Rusia, Kazakstán, Vietnam, etcétera) o el derecho a contraer matrimonio y tener una familia (Albania, Armenia, Vietnam, etcétera).

53 India, *Report of the Commissioner for Scheduled Castes and Tribes* (Nueva Delhi: Manager of Government of India Press, 1970-1971); Girdhar Behari Sharma, “Law as an Instrument for Abolition of Untouchability: Case of Rajasthan”, 10 *Economic and Political Weekly* (1975), pp. 635-641.

54 Que enumera en gran detalle los derechos de los trabajadores urbanos y rurales, como las horas normales laborales y “el descanso semanal pagado, con preferencia los domingos” (art. 7.º xiii y xv).

55 El origen del requisito de “breve y oscura” es bastante oscuro en sí mismo; véase Günter Frankenberg, “Comparing Constitutions: Ideas, ideals, and ideology: Toward a Layered Narrative”, 4 *International Journal of Constitutional Law* 439 (2006).

bien, de MacArthur— (1947); o la exclusión constitucional de los idiotas de la sucesión real en Tonga⁵⁶.

Los detalles extraños alteran las rutinas y los estándares generalmente aceptados o, al menos, imitados, de elaboración de normas constitucionales. En ese sentido, funcionan como elementos subversivos que se escapan del alcance y de las normas de la gramática global del constitucionalismo e introducen un tono local influenciado por una historia nacional, una religión o una tradición específica, o por experiencias políticas, constelaciones de poder y, con cierta frecuencia, conflictos no resueltos específicos⁵⁷.

En una cuarta etapa, de carácter interpretativa, los ítems comprados/importados tienen que ser recontextualizados y adaptados a un nuevo entorno: el entorno “receptor”⁵⁸. Ahí, con independencia de lo que se transfiera, lo transferido encuentra “condiciones de resistencia para su aceptación o, como parte inevitable de la aceptación”⁵⁹. Estas condiciones determinan la “gran incertidumbre”⁶⁰ de cualquier transferencia jurídica o constitucional; su rechazo o su recontextualización rara vez sencilla, puesto que lo normal es que la recontextualización de los “objetos” transferidos sea farragosa y larga en su nuevo entorno jurídico-cultural. La recontextualización conlleva el descongelamiento y el desempaque, que comienzan con una serie más o menos compleja y tangible de movimientos introductorios, adaptivos, durante los cuales la información importada se somete a reinterpretación, rediseño y bricolaje⁶¹. De nuevo, en línea con la teoría del viaje de Said, el ítem constitucional, “ahora plenamente (o parcialmente) ajustado (o incorporado)”⁶², una vez que se inserta en el nuevo marco constitucional por los constituyentes y por los consultores, y se usa en las nuevas circunstancias por la comunidad epistémica de académicos,

56 “Las personas locas o imbéciles no podrán ser sucesoras de la Corona de Tonga...” (art. 35 del Acta Constitucional de Tonga).

57 El tema de los conflictos ocupa una posición prominente y clara en los preámbulos de muchas constituciones, como la Constitución Provisional de Sudán (2005), que se refiere al “conflicto activo más largo de África” y a sus efectos “debilitadores”.

58 Para un comentario reciente sobre la recontextualización véase J. Denis Loanjunais, *Vues politiques sur le changement à faire à la Constitution de l’Espagne à fin de la consolider spécialement dans le Royaume de Sicile* (París, 1821), que argumenta que para que la Constitución de Cádiz de 1812, que critica moderadamente, sea apropiada para la situación en otros países europeos (como el Reino de Sicilia) tendrían que hacerse numerosas modificaciones.

59 Said, *The World, the Text, and the Critic*, p. 227.

60 Montesquieu, *De L’Esprit des Lois* (Ginebra, 1748) libro I, cap. 3. Véase también Otto Kahn-Freund, “On the Uses and Misuses of Comparative Law”, 37 *Modern Law Review* (1974), 1/6; y Eric Stein, “Post-Communist Constitution-Making: Confessions of a Comparatist (Part I)”, en *Jean Monnet Chair Papers: The European Policy Unit* (European University Institute: San Domenico/Florenia, 1992), p. 25.

61 Que podría traducirse como “hurgar” o “enredar con algo” para transmitir el carácter de elaboración propia o improvisada. Para un concepto elaborado de “bricolaje” como método de “pensamiento salvaje” véase Claude Lévi-Strauss, *The Savage Mind* (Chicago: University of Chicago Press, 1966), pp. 16-32.

62 Said, *The World, the Text, and the Critic*, p. 227.

tribunales y burocráticas, pasa por un proceso de transformación “a causa de sus nuevos usos, su nueva posición en nuevo tiempo y lugar”⁶³.

Esta etapa abierta de recontextualización se simplifica enormemente en la tesis de los trasplantes y tiene poco parecido con el trasplante de un órgano, y mucho menos con el de plantas de tomate⁶⁴, puesto que las élites constitucionales y sus expertos, cuando se ocupan del reensamblaje de los ítems importados, tienen que actuar sin conocer el plan maestro original y su significado, y pueden apoyarse, en el mejor de los casos, en los manuales abstractos, poco fiables, provistos por el constitucionalismo global (menos fiables incluso que las instrucciones de Ikea).

Además, las transferencias, cuando no se rechazan directamente, establecen una relación semiótica entre el emisor y el receptor que no suele hacerse visible. Por último, o tal vez y, ante todo, la transferencia tiene riesgos considerables, de lo que son conscientes los compradores habituales de Ikea. El riesgo más grave es que haya una reacción inmune en la cultura receptora frente a una importación constitucional no adaptable que haga inútiles los esfuerzos de transferencia⁶⁵. El riesgo más común y menos traumático de un mal encaje, cuando es manejable, implica adaptaciones complejas, complicadas y tediosas a la cultura constitucional del receptor, a constelaciones de poderes políticos adversos o a un marco constitucional ya existente. Por último, el riesgo de los “eslabones perdidos” —partes institucionales, tornillos doctrinales, ganchos ideológicos y cosas parecidas— puede requerir que regresemos al centro Ikea, a menos que esas partes se puedan fabricar en el sitio, antes que el montaje o la adaptación se puedan completar. En cualquier caso, un montaje simple de las partes/la información importadas no suele proporcionar los resultados deseados, lo que implica una gran cantidad de improvisación y bricolaje.

Al final, la nueva Constitución o el nuevo elemento constitucional, debido a la recontextualización, es probable que produzca una variedad de resultados dependiendo de cuál sea la información seleccionada, de qué ítems se adquieran y de cómo se procesen, lo que dará lugar a una réplica modificada en el mejor de los casos. Lo más probable es que sea un pastiche⁶⁶ o alguna clase de parodia seria que emule el modelo textual con deferencia y respeto por el original, o un híbrido, que cree, de manera ingenua o consciente, una novedad⁶⁷ a partir de una mezcla de diferentes ingredientes, en lugar de una copia genuina del original.

63 *Ibidem*.

64 Watson usa la planta de tomate para ilustrar su tesis de los trasplantes.

65 Los detalles raros pueden manifestar una reacción inmune concentrada con relación a un ítem o aspecto específico.

66 Para una elaboración del concepto véase Frederic Jameson, *Postmodernism or the Cultural Logic of Capitalism* (Durham: Duke University Press, 1991).

67 El concepto lo introdujo Eric Stein para describir el resultado de “la ignorancia de patrones extranjeros y concepción romántica, provinciano, de la especificidad de las condiciones locales” que

Para comenzar el análisis de los resultados de las transferencias tomemos el preámbulo de la Constitución estadounidense, que cuenta con el crédito de ser un icono de la prosa constitucional y captura de forma sucinta el espíritu del constituyente en la fórmula “Nosotros el Pueblo” (“We The People”) y, por consiguiente, tiene el encanto de la tradición y la concisión⁶⁸. A pesar de sus connotaciones religiosas y de las referencias implícitas a su contexto histórico, el preámbulo tiene una buena reputación, compartida en general, al menos en su superficie, de un texto profundamente secular y de aplicación universal⁶⁹, aun si “justo debajo de esa superficie sin dios fluye la fuerza de una revelación pura”⁷⁰. A pesar de su origen elitista, la invocación del colectivo ausente ha contribuido a su elevado aprecio democrático, a su aura de fuente última de autoridad popular. En el transcurso de la historia constitucional, la fórmula “Nosotros el Pueblo” se ha convertido en uno de los ítems más sobresalientes en el depósito global del constitucionalismo⁷¹; ha sido copiada y pegada⁷² por numerosos constituyentes, de Albania a Costa Rica pasando por Liberia y Timor Oriental. La fórmula “Nosotros el Pueblo”, viajera constante, reaparece como réplicas modificadas, por ejemplo, en la Constitución argentina (1863) —“Nosotros, los representantes del pueblo de la Nación Argentina”— y en la Constitución suiza (1999) —“Nosotros el Pueblo suizo y los Cantones”—, y se implora recurrentemente a lo largo de la Constitución de Nueva Guinea (1975). El “Nosotros el Pueblo de Suráfrica” (1996) se inclina hacia un pastiche que imita con respeto, suponemos, el original estadounidense. Un híbrido⁷³ que imagina una ciudadanía democrática que todavía está por crearse y un pueblo que todavía tiene que unirse lo ilustra la Constitución postalibán de Afganistán (2004). La frase “Nosotros el Pueblo de Afganistán” introduce un largo preámbulo que inaugura la

puede “impedir las trasferencias funcionales”; véase Stein, “Post-Communist Constitution-Making”, *supra* nota 42, p. 25; e *ibid.*, “Uses, Misuses—and Non-Uses of Comparative Law”, 72 *Northwestern Law Review* (1977), p. 198.

68 “Nosotros el Pueblo de los Estados Unidos, con miras a formar una Unión más perfecta, instaurar la Justicia, asegurar la tranquilidad interna, proveer para la defensa común, promover el bienestar general y garantizar las bendiciones de la Libertad para nosotros mismos y para nuestros descendientes, ordenamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América” (traducción: https://constituteproject.org/constitution/United_States_of_America_1992?lang=es).

69 Véase Hannah Arendt, *On Revolution* (Nueva York: The Viking Press, 1963); Ulrich Rödel, Helmut Dubiel y Günter Frankenberg, *Die demokratische Frage* (Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1989); Mitchell Meltzer, *Secular Revelations. The Constitution of the United States and Classic American Literature* (Cambridge y Londres: Harvard University Press, 2005).

70 Meltzer, *Secular Revelations*, p. 2.

71 No obstante, hay que señalar que muchos países, como Armenia, Austria, Bélgica, Pakistán y Niue, no siguen la vía “Nosotros el Pueblo”.

72 Por ejemplo, Cindy Skach, “We, the Peoples? Constitutionalizing the European Union”, 43 *Journal of Common Market Studies* 149 (2005).

73 Una operación de transferencia que termina en un híbrido es analizada por Michael S. Gal, “The ‘Cut and Paste’ of Article 82 of the EC Treaty in Israel: Conditions for a Successful Transplant”, 9 *European Journal of Law Reform* (2007).

República islámica y ofrece una mezcla de etnicidad, tradición, democracia y, sobre todo, religión. En el marco de una monarquía constitucional, el “Nosotros el Pueblo” (1993) camboyano es parodia de su ancestro democrático estadounidense. El preámbulo camboyano invoca, entre otros aspectos interesantes, a la civilización de Angkor y a una imaginaria “Isla de Paz” y da paso a un texto que se calificaría como una novedosa unión, de carácter estratégico o, en el mejor de los casos, ingenua, entre el popular “Nosotros el Pueblo” con el yo-gobernante monárquico.

No hace falta decir que al moverse el “Nosotros el Pueblo” de un contexto extraño a otro, cambia constantemente de tono y significado como un camaleón. A pesar de la repetición o la modificación de la fórmula proposicional estadounidense, los constituyentes de otros lugares invocan —y los lectores de Constituciones infieren— un “Nosotros” diferente desde la perspectiva histórica, política y social, según cuál sea el entorno cultural-nacional respectivo. Podemos concluir que la proliferación de la fórmula simple, pero cargada de significado, de “Nosotros el Pueblo” es un testimonio contra la posibilidad de los “trasplantes” constitucionales. Ilustra la variedad de transferencias constitucionales y el arte del bricolaje, los diferentes estilos constitucionales y la atribución de significados que lleva a resultados diversos dependiendo de cuáles sean las fuerzas “contextuales” presentes.

Como algo distinto de los preámbulos que, por lo general, son descartados, si bien indebidamente, por ser elementos decorativos y marginales, los catálogos de derechos, en conjunto con la democracia y el Estado de derecho, tienen una posición garantizada como capítulos centrales en el libro del constitucionalismo liberal⁷⁴. Aunque las constituciones pueden prescindir de un preámbulo⁷⁵, no hay posibilidad de que prescindan de una carta de derechos suficientemente elaborada y de principios del Estado de derecho.

La Declaración francesa, con su veredicto de que una sociedad que no garantiza los derechos o la separación de poderes no tiene una Constitución⁷⁶, junto con numerosos otros instrumentos constitucionales, y teorías y panfletos políticos, han hecho que proliferen las ideas de derechos y han generado una actividad creadora indomable de derechos —en parte innovadora, en parte transferida—. Muchos de los problemas de la vida en la sociedad —la dominación, la discriminación, la participación política,

74 Como ilustra el patrón para la elaboración de una constitución presentado por Albert P. Blaustein, *Framing the Modern Constitution: A Checklist* (Littleton: Rothman & Co, 1994).

75 Como muestran las constituciones de Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia y Botsuana. En las monarquías constitucionales no hay preámbulo con “Nosotros” o, cuando aparece, el “Nosotros” se refiere al monarca que todavía encarna simbólicamente al pueblo.

76 “Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution” (art. 16, Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen, 26 de agosto de 1789).

la pobreza, el acceso a la educación y otras cosas parecidas—, y para los cuales se supone que los derechos proporcionan solución (aun cuando pueden ser también parte del problema)⁷⁷, tienden a trascender los entornos políticos, económicos y socioculturales. Es por lo que los redactores de catálogos de derechos, para no reinventar la rueda, tienen la tentación de recopilar de la Constitución global las normas, las doctrinas y las instituciones relativas a los derechos. De nuevo, sería ingenuo dar por sentado que todos estos ítems se “trasplantan” como tomates. Aunque los derechos estandarizan los problemas de la vida en sociedad y también las respuestas jurídicas que se les da de una forma que parece propicia a su transferencia por encima de fronteras nacionales, los derechos también cambian de significado en ese proceso. Las garantías de la “Primera Enmienda” y los derechos a la igualdad tienen un desarrollo doctrinal diferente de país a país, igual que los regímenes de excepción, y sus connotaciones cambian según aparezcan en ciudadanías seculares, Estados religiosos o “democracias populares” socialistas.

Que “transferencia” significa más que “trasplante” se ilustra también por la adopción, bastante llamativa, de la Ley de Derechos Humanos por el Parlamento británico, a la que se opuso una oposición conservadora dividida, y que básicamente incorporaba la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) a un régimen constitucional que se cree no escrito por la mayoría⁷⁸. El reconocimiento oficial de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como fuente de inspiración para la interpretación de la ley puso fin a una larga resistencia con la Convención y el Tribunal de Estrasburgo que desplegó una gran parte de la élite política y jurídica inglesa, y que parecían haber olvidado que la CEDH de 1950 estuvo configurada de manera importante por sus connacionales. Al final, la élite política aceptó en parte la Ley de Derechos Humanos por ser una “norma de abogados para abogados”⁷⁹ y, por lo tanto, cambió el “significado original” de la CEDH, aunque repetían religiosamente la estructura de derechos en dos niveles, es decir, establecían el derecho en el primer párrafo y lo limitaban en el segundo en nombre de algún interés público general: la seguridad nacional, la seguridad pública o el bienestar económico, la prevención del desorden y el delito, la protección de la salud y la moral, y de los derechos y las libertades de otros⁸⁰. Además, la “bienvenida” a la CEDH, vestida de Ley de Derechos Fundamentales, ha iniciado un proceso de “juridificación” de la Constitución británica (un

77 David Kennedy, *The Dark Side of Virtue: Reassessing International Humanitarianism* (Princeton: Princeton University Press, 2005).

78 Hilaire Barnett, *Constitutional and Administrative Law* (5.ª ed.; Londres: Cavendish, 2005), p. 8.

79 James Young, “The Politics of the Human Rights Act”, 26 *Journal of Law and Society* 27 (1999), p. 37.

80 The British Institute of Human Rights, “Briefing on the Human Rights Act”, 16 de mayo del 2006, www.blink.org.uk/docs/bihr_hra_briefing.pdf.

proceso de adaptación por parte de la cultura receptora que cabría defender que se ha potenciado por la integración europea y la globalización)⁸¹. No obstante, este proceso, que en apariencia es un caso claro de “trasplante”, ilustra los problemas complejos de la recontextualización. Además, está todavía lejos de terminar, como ilustra la discusión reciente sobre la deseabilidad de un Tribunal Supremo⁸².

La adopción generalizada de un catálogo de derechos es solo una de las formas de usar el depósito constitucional global. De manera menos llamativa, las constituciones nacionales pueden establecer que la Declaración Universal de Derechos Humanos es vinculante en el régimen legal nacional⁸³ o darles prioridad a otros instrumentos internacionales de derechos humanos⁸⁴. Además, otros documentos constitucionales nacionales muestran una deferencia más amplia al derecho internacional⁸⁵ o prevén, de forma más restringida, la interpretación y aplicación del catálogo de derechos nacionales a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸⁶.

La mayoría de las constituciones sigue la estructura sistemática general de principios generales relacionada con los derechos fundamentales: derechos personales (o cívicos); libertades políticas; y derechos económicos, sociales y culturales. Como consecuencia, comparten un cuerpo de derechos básicos y también las correspondientes limitaciones. A pesar de la apariencia de similitud de las declaraciones proposicionales que se toman de la Constitución global, habría que tener presente que los intérpretes locales insuflan a los derechos, una vez contextualizados, una variedad de significados específicos de conformidad con sus supuestos epistemológicos (*Vorverständnis*) y las convenciones de las comunidades epistémicas respectivas.

Epílogo

Para validar la existencia de un depósito constitucional global se podrían añadir más ejemplos a la lista. En este momento, bastaría con concluir que, en contra de la creencia ampliamente difundida, las constituciones no son “en gran medida inventadas”⁸⁷ por las sociedades. Para ser más

81 Véase Peters, “The Globalization of State Constitutions”, p. 275.

82 Documentado por Gernot Sydow, “Der geplante Supreme Court für das Vereinigte Königreich im Spiegel der britischen Verfassungsreform”, 64 *ZaöRV* (2004), pp. 66-67; y Peters, “The Globalization of State Constitutions”.

83 Por ejemplo, la Constitución de Andorra (1993). Para un tratamiento más matizado véase Peters, “The Globalization of State Constitutions”, 260-266.

84 Por ejemplo, las constituciones de Albania (1994), República Checa (1992) y Eslovaquia (1992).

85 Por ejemplo, las constituciones de Bélgica (1994), Países Bajos (1983) y Suiza (1999).

86 Título II, cap. I, art. 5.º, de la Constitución de Rumania (1991).

87 Stroud Francis Charles Milsom, *Historical Foundations of the Common Law* (Londres: Butterworths, 1969), p. ix, citado de manera aprobatoria por Watson, *Legal Transplants*, *supra* nota 9, p. 8.

preciso, son elaboradas, en general, por las élites y los expertos constitucionales a partir de transferencias transnacionales, e involucran una gran cantidad de bricolaje. Por esto, la pregunta interesante no es realmente si los trasplantes jurídicos son posibles (no lo son), sino *cómo* ocurren las transferencias jurídicas. O más bien, ¿qué ocurre cuando se producen?, ¿qué clase de relación semiótica se establece?, ¿cómo son descontextualizados y recontextualizados los ítems constitucionales?, y —lo que es más importante— ¿qué elementos se excluyen en una transferencia y por qué razones? De manera que este breve epílogo a mis notas bastante sintéticas sobre la teoría Ikea debería leerse en la práctica como un prólogo a estudios comparados más profundos sobre las transferencias constitucionales y los detalles extraños.

PARTE III

MIRADAS INTERDISCIPLINARIAS Y CRÍTICAS

“Todo el mundo está hablando”: el futuro del derecho comparado^{*}, ^{}**

Pier Giuseppe Monateri

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.724>.

** Este capítulo es una traducción de Pier Giuseppe Monateri, "Everybody's Talking": The Future of Comparative Law", 21 *Hastings International & Comparative Law Review* 825 (1997-1998).

Introducción: árboles genealógicos y judíos errantes

El principal objetivo de este ensayo es discutir el futuro del derecho comparado, lo que haré examinando dos de los principales compartimientos de la disciplina: el sector de la cultura/diferencia y el de la importación/exportación. Mi opinión es que el primer compartimiento está al servicio de los proyectos de gobernanza, mientras que el segundo es más apropiado para la crítica.

Se supone que el primer compartimiento proporciona el paradigma para la taxonomía entre la comunidad profesional del derecho comparado. Llamo al paradigma dominante la “teoría del árbol genealógico”, la cual considera que las culturas jurídicas son más o menos estables, que son familias arraigadas representables en sus relaciones de parentesco mediante árboles. Defiendo que este enfoque ha sido extremadamente eficiente para crear una imagen de la tradición jurídica occidental como un todo y, en particular, ha sido útil para los proyectos culturales globales de gobernanza.

En cambio, el segundo compartimiento se concentra más en los trasplantes y los préstamos jurídicos. En este caso, es bastante apropiado describir esta teoría de las instituciones jurídicas como la de los “judíos errantes”, que vagan cruzando las fronteras de las diferentes culturas. Desde este punto de vista, los sistemas jurídicos no deben considerarse unidades coherentes, sino más bien sistemas “contaminados” por rasgos dispersos. Aunque este modelo se ha promovido por algunas de las vacas sagradas de la profesión, todavía es marginal y, en consecuencia, se comprende mal. Mi propuesta es que este enfoque es muy apropiado, sobre todo para los estudios críticos, y que debería usarse, en concreto, para la crítica ideológica.

Los temas recurrentes en mi argumento serán cómo se definen las familias jurídicas, cómo se agrupan los sistemas, cómo son posibles los

préstamos, por qué ocurren, cómo se representa a los “otros” y quiénes son esos otros.

Considerando estos dos compartimientos divido mi ensayo en dos partes. La primera examina cómo el comparatismo se puede ligar a los proyectos de autoconciencia cultural. Además, uso el “surgimiento del comparatismo” y del historicismo alemán como principal ejemplo sobre cómo el derecho se puede utilizar para desentrañar una determinada conciencia política y jurídica. En la segunda parte intento describir qué clase de crítica puede realizar una clase diferente de comparativismo y ofrezco una nueva interpretación de la teoría de los trasplantes jurídicos de Alan Watson y de la teoría de Sacco de los elementos formadores jurídicos. Mi conclusión favorecerá particularmente una imagen del derecho comparado como crítica ideológica; en esencia, una crítica de la forma en la que los abogados producimos significados como factor clave del funcionamiento de una cultura jurídica.

El derecho comparado como gobernanza

Cultura y diferencia

Comienzo mi argumento con una imagen del derecho comparado como intento por mediar entre un “campo” y una “audiencia”, que se ocupa del problema de la autodefinición de la cultura propia en el mundo del derecho. Para mí es evidente que podemos hablar de importación/exportación únicamente después de haber definido cuáles son los límites, lo que significa que habremos establecido principios de inclusión y exclusión, de parecidos y diferencias¹. La cultura (y las diferencias entre ellas) han sido siempre una preocupación central del derecho comparado, y el primer paso del enfoque convencional es dividir el mundo en familias jurídicas tras rastrear las raíces comunes; crear genealogías que explican el presente. Las genealogías definen quiénes pensamos que somos o nos gustaría pensar que somos. Definen un “nosotros” y un “ellos”, y son un mecanismo esencial para formar identidades. “Rastrear las raíces comunes” es una actividad de representación, que ocupa un lugar central en los estudios actuales de la cultura, en especial en la práctica de mostrar culturas como ajenas, como las de “otros”. En esta tarea cartográfica dirigida a las culturas, los sistemas de derecho se agrupan o se distinguen en función de una teoría sobre cuáles son las unidades o estructuras básicas, y según el peso atribuido a diferentes elementos. La definición de las identidades depende mucho del marco utilizado para cartografiar las culturas.

I Véase David Kennedy, “New Approaches to Comparative Law: Comparativism and International Governance”, 1997 *Utah Law Review* 545.

Un segundo punto de gran importancia para el derecho comparado han sido siempre los trasplantes y préstamos de modelos jurídicos entre los diversos sistemas y familias. En la literatura reciente vemos una renovación del derecho comparado con el fin de introducir nuevos conceptos para describir sus fines y métodos². Como es natural, uno de los principales temas hoy son los proyectos conscientes de exportación de modelos jurídicos "occidentales" a los otrora países socialistas con el fin de diseñar sus instituciones, y la redacción de leyes modelo, sobre todo en el campo de las sociedades mercantiles³. Lo que es sorprendente es que los planes para crear gobernanza mediante la exportación de patrones jurídicos se lleven a cabo a pesar de la ausencia de una teoría comúnmente aceptada de las "identidades" jurídicas y de los trasplantes jurídicos.

Desde este punto de vista, creo que tanto la "definición de identidades" como la "importación/exportación" se pueden considerar como proyectos finalistas, interesados y no neutrales de gobernanza. Ahora bien, si adoptamos esta estrategia de análisis para abordar el "derecho comparado" como disciplina, podemos ver cómo gran parte del derecho comparado ha sido un intento por tratar con diferentes audiencias y ocuparse de sus expectativas. Dicho de otra forma, el derecho comparado no es "transnacional" en absoluto, sino que más bien se desarrolla en el marco de diferentes tradiciones jurídicas y responde a las necesidades internas de las élites jurídicas. Desde este punto de vista, una primera finalidad inesperada que se puede buscar mediante el comparativismo es el "aislamiento". El Reino Unido ha seguido esta estrategia mediante el uso de la distinción entre *common law* y derecho civil para "crear" y defender una identidad nacional en el campo del derecho⁴. Los juristas socialistas han usado ese mismo fin del "aislamiento" para mantener una separación imaginada entre los países socialistas y el resto del mundo⁵; un fin promovido también por los especialistas "occidentales" con fuertes intereses profesionales en definir el tema peculiar de los estudios soviéticos como disciplina en el mundo académico occidental. Los académicos franceses, en especial Raymond Saleilles, adoptaron esta estrategia de crear diferencias

- 2 Véase *ibid.*; William Ewald, "Comparative Jurisprudence (i): What Was it like Try a Rat?", 143 *University of Pennsylvania Law Review* 1889 (1995); William Ewald, "Comparative Jurisprudence (ii): The Logic of Legal Transplants", 43 *American Journal of Comparative Law* 489 (1995); Mitchell Lasser, "Judicial (Self) Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System", 104 *Yale Law Journal* 1325 (1995). Estas fuentes refutan con vigor el conocimiento académico convencional presente en el derecho comparado y muestran su incomodidad hacia los círculos establecidos de comparatistas profesionales.
- 3 Véase Bernard Black y Reinier Kraakman, "A Self-Enforcing Model of Corporate Law", 109 *Harvard Law Review* 1911 (1996).
- 4 Véase William W. Howe, *Studies in the Civil Law and Its Relations to the Jurisprudence of England and America* (edición de F. B. Rothman, Newark: Palala Press, 1980) (Boston: Little, Brown, and Company, 1896), p. 109.
- 5 Véase Gianmaria Ajani, "By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe", 43 *American Journal of Comparative Law* 93 (1995), p. 94.

entre “extraños”, al mismo tiempo que tomaban prestadas ideas de ellos. Saleilles, en su presentación francesa del Código Civil alemán, el *Bürgerliches Gesetz Buch*⁶, etiquetó a los alemanes de diferentes y “filosóficos”, una especie de insulto entre abogados. Al mismo tiempo, importó ideas de ellos⁷. Podemos definir esta estrategia como una forma de “eterizar” al otro y su efecto posible puede ser una forma de asimilar cosas de otros y negar a la vez que se tomó prestado.

En el extremo opuesto del aislamiento está la estrategia del derecho comparado para conseguir la unificación jurídica. Es bastante evidente que el derecho comparado se ha utilizado en gran medida para la búsqueda de un “núcleo común” y se ha usado para negar las diferencias entre las distintas tradiciones europeas para definir una nueva identidad con implicaciones prácticas. La definición de una identidad europea común se dirige visiblemente hacia la importación/exportación masiva y generalizada de patrones para crear un nuevo derecho. Una vez más los dos compartimientos del derecho comparado trabajan unidos para mostrar un posible uso del comparativismo. En este proceso se establecen límites entre sistemas que permiten distinguir entre las leyes de los países “occidentales” y las leyes no occidentales, se exotizan las leyes africanas y asiáticas⁸, y se mantiene un área de sistemas possocialistas comunes como un área principal de exportación de patrones occidentales. En ambos casos, los sistemas “extranjeros”, no occidentales, están listos para recibir los modelos occidentales necesarios para desarrollarse siguiendo un paradigma convencional claro, evolutivo, inspirados por valores como “democracia”, “Estado de derecho” y “libre mercado”.

Desde el punto de vista del derecho comparado es bastante interesante que este gran esfuerzo del departamento de importaciones difumine con intensidad las distinciones que tanto se cultivaron en el pasado entre los sistemas europeos y el sistema estadounidense. La diferencia entre el modelo francés o el alemán se olvida muchas veces e incluso la distinción más marcada entre mundo del *common law* y mundo del derecho civil se suavizan; se destacan las estructuras económicas y políticas comunes, y se dejan a un lado los tecnicismos jurídicos con los que funcionan esas estructuras comunes en los diferentes entornos institucionales del mundo jurídico “occidental”.

Para el derecho comparado es importante el carácter no neutral “finalista” del derecho comparado, en especial en sus pretensiones más neutrales,

6 Véase Raymond Saleilles, *Etude sur la théorie générale, de l'obligation d'après le premier projet de Code civil allemand* [Estudio de la teoría general de contratos conforme al primer Proyecto de Código Civil alemán] (París: Librairie Cotillon, 1890).

7 Hago referencia especial a la concepción del *abus de droit* [abuso del derecho], que, después de Saleilles, se convirtió en uno de los principales temas de la doctrina francesa.

8 Véase Kennedy, *supra* nota 1.

como los proyectos de "cartografiar" el mundo en sistemas y familias jurídicas. Esas "cartografías", que son cruciales por definición para una teoría de trasplantes, no son más que esfuerzos por definir las identidades y ocuparse de los "otros".

El "nacimiento del comparatismo"

En esta sección presento algunos de los usos del derecho comparado para definir la identidad nacional. Uso el ejemplo del nacimiento de los estudios comparados en Alemania.

Esta parte del ensayo es un relato de la conciencia histórica en el campo del derecho, una indagación de la función cultural del pensamiento histórico, que arroja serias dudas sobre el valor de la historia en el campo de la comparación jurídica como ciencia rigurosa o arte genuino⁹. La misma idea de "evolución jurídica" tiene su tradición propia; su carácter estratégico se reconoce a veces de manera abierta, incluso en la literatura tradicional¹⁰.

Las ideas no se juntan solas. Se engarzan entre sí por personas reales con necesidades y estrategias reales. Si miramos el conjunto de ideas que fundamentan la autoconciencia occidental del derecho, hay que señalar la aparición súbita del historicismo jurídico alemán a principios del siglo xix¹¹. Esto es necesario para ver cómo se basó en una concepción peculiarmente aislada del derecho romano y cómo esta concepción acabó por mezclarse con el comparatismo para producir un "modelo ario" de la tradición jurídica occidental. Por "modelo ario" me refiero a una teoría de los fuertes vínculos transculturales entre diferentes pueblos que se retrotraen a un periodo pasado común indoeuropeo, y que produce un marco de similitudes entre sus diversas instituciones.

El historicismo jurídico fue la teoría adoptada por el académico alemán más influyente de la época, Carl Frederick von Savigny¹², "el mayor jurista que Europa haya dado"¹³. Su forma de historicismo buscaba reemplazar

9 Véase Louis O. Mink, "Philosophical Analysis and Historical Understanding", 21 *Review of Metaphysics* 667 (1968).

10 Peter Stein, *Legal Evolution: The Story of an Idea* (Cambridge: Cambridge University Press, 1980), p. ix; Véase también E. Donald Elliot, "The Evolutionary Tradition in Jurisprudence", 85 *Columbia Law Review* 38 (1985) (en el que se analizan varias aproximaciones a la evolución jurídica).

11 En el contexto de lo que Ewald ha llamado jurisprudencia comparativa. Sobre los efectos del historicismo jurídico alemán en Estados Unidos véase Mathias Reimann (ed.), *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820-1920* (Berlín: Duncker und Humblot, 1993).

12 Sobre Savigny véase Ewald, "Comparative Jurisprudence (I)", *supra* nota 2, p. 2012; véase también Symposium, "Savigny in Modern Comparative Perspective", 37 *American Journal of Comparative Law* 1 (1989). Sobre la historia del pensamiento jurídico alemán durante el siglo xix véase James Q. Whitman, *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era* (Princeton: Princeton University Press, 1990).

13 Hermann Kantorowicz, *Savigny and the Historical School of Law*, 53 *Law Quarterly Review* 326 (1973), pp. 326-327 (en el que se cita a Sir John Macdonnell).

la teoría universalista del derecho natural como base para un discurso racional finalista del derecho, el paradigma que había dominado el debate jurídico durante el periodo del siglo XVIII de la Ilustración¹⁴. Savigny defendía que el derecho está profundamente arraigado en las tradiciones locales, que es expresión de las creencias más profundas de un pueblo, inseparable de sus comportamientos y su moral, de sus costumbres y su historia; hay un vínculo orgánico entre el derecho y la esencia de una nación¹⁵. Para él y sus seguidores, el “culto” al derecho romano tenía que reemplazar la concepción racional universalista del derecho¹⁶. El derecho romano se convirtió en la alternativa al Derecho de la Razón, y era una alternativa arraigada en la historia jurídica alemana. Como es obvio, para ser una alternativa, el derecho romano tenía que ser extraordinario.

Sin entrar en detalles que están más allá del objetivo de este ensayo, quisiera subrayar la concepción que tiene Savigny de la función del derecho romano como un derecho común para Europa y para Alemania en particular¹⁷. Evidentemente tenía una estrategia, que fue comenzar un proceso de elaboración de un derecho nacional alemán, que inició y terminó en 1900 con la codificación de un derecho privado común para toda Alemania. Necesitaba un fundamento del que partir y la masa de textos jurídicos romanos le dio los bloques para su elaboración “científica” de un nuevo derecho.

El acento general en la importancia del derecho romano llevó a Savigny a una concepción del derecho romano en la que este era algo más que derecho positivo; implicaba también una determinada historia intelectual¹⁸, en cierto sentido peculiar. Con el fin de elaborar un nuevo derecho alemán sobre esa base, el derecho romano se estudió como un sistema completo y autónomo que se podía elaborar y desarrollar de forma que diera lugar a un sistema jurídico moderno según principios científicos. Este enfoque produce una “ideología” de la excepcionalidad romana que implica casi la exclusión total de la importancia de cualquier otro derecho¹⁹. Lo más relevante es que esta ideología de la excepcionalidad la

14 Véase Olivia F. Robinson et al., *European Legal History* (2.^a ed.; Londres: Butterworths, 1994), p. 242.

15 Ewald, *Comparative Jurisprudence* (I), *supra* nota 2, p. 2016. En la Edad Media, el Imperio alemán adoptó el derecho romano como derecho general de su territorio, y se convirtió en la raíz del desarrollo alemán de un auténtico derecho nacional. En este sentido, los alemanes sucedieron a los romanos. Véase Robinson et al., *supra* nota 14, p. 188.

16 Véase Gabor Hamza, *Comparative Law and Antiquity* (trad. József Szabó; Budapest: Akadémiai Kiadó, 1991), pp. 34-35.

17 Véase Franz Wieacker, “Friedrich Carl von Savigny”, 1995 *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* 85.

18 Hamza, *supra* nota 16, p. 35.

19 Una exclusión típica fue la negación completa de toda relevancia posible del derecho hebreo, a pesar de la gran cantidad de población alemana que era de origen judío. Mientras que difícilmente se puede describir el derecho romano como producto del espíritu alemán (*Volksgeist*), fue un “milagro” del historicismo alemán negar cualquier influencia no romana en el desarrollo de un derecho nacional alemán.

sugieren los estudios jurídicos comparados. Quiero decir que el comparatismo se usó por primera vez, no para superar una visión nacional del derecho, sino para crearla y apoyarla.

En particular, fue Eduard Gans²⁰ quien concibió su trabajo sobre el derecho de sucesiones²¹ en el espíritu de la *universalrechtgeschichte* (historia jurídica universal). Consideró el derecho indio, chino, hebreo, islámico, escandinavo, islandés, escocés, portugués, ático y romano, entre otros, en sus estudios. La introducción a su gigantesca obra es una pieza académica de gran interés puesto que se basa en conseguir la coherencia. Señala que no se le debería dar importancia exclusiva a ningún derecho a expensas de otro sistema jurídico²², pero luego comenta la importancia especial del derecho romano debido al gran papel que tuvo en la historia general del derecho²³. Es bastante destacable que la introducción a una obra que cubría el mundo en su totalidad se titulara "Historia romana y derecho romano".

¿Cómo es que esta lógica de exclusión acabó mezclada con el comparatismo? De hecho, muchos de los seguidores reconocidos de Savigny, como Anselm Feuerback, Karl Theodor Puetter, Eduard Gans y Friederich W. Unger, opinaban que los estudios comparados eran importantes para el derecho²⁴ como lo eran para la lingüística²⁵. Fue un comparatismo asociado con la estrategia de reelaboración del fundamento ario original común de las civilizaciones occidentales.

En 1829, esta tendencia comparativa dio origen a la *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes* (Revista Crítica de Estudios Jurídicos Comparados), la primera revista académica de derecho comparado en el mundo, que publicó veintiséis volúmenes hasta 1853. Desde un punto de vista filosófico, la función ideológica del derecho comparado en conexión con la raza se puede remontar con facilidad a la teoría de Hegel del vínculo cercano entre las instituciones y la raza²⁶, y, por lo tanto,

20 Eduard Gans se considera el fundador del derecho comparado alemán. Véase Mitchell Franklin, "The Influence of Savigny and Gans on the Development of the Legal and Constitutional Theory of Christian Roselius", en Ernst Rabel et al., *Festschrift für Ernst Rabel* (Tübingen: Mohr, 1954), p. 145.

21 Véase Eduard Gans, *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung: eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte* [El derecho de sucesiones desde la perspectiva de una historia mundial: Un tratado sobre historia universal del derecho] (Aalen: Scientia Verlag, 1963) (1824-1835).

22 *Ibid.*, p. xxiii.

23 *Ibid.*, p. xxv.

24 Hamza, *supra* nota 16, p. 43.

25 Sobre la relevancia de la lingüística y de Herder en el pensamiento jurídico alemán véase Ewald, "Comparative Jurisprudence (I)", *supra* nota 2. Desde un punto de vista más general véase también Robert E. Norton, "The Tyranny of Germany over Greece?", en Mary R. Lefkowitz y Guy MacLean Rogers (eds.), *Black Athena Revisited* (Chapel Hill y Londres: University of North Carolina Press, 1996), p. 403.

26 Sobre el amor de Hegel por Europa y la India, y su total desprecio por África, véase Georg W. F. Hegel, *Lectures on the Philosophy of World History* (traducción y edición de H. B. Nisbet; Cambridge: Cambridge University Press, 1975), pp. 154-209. La obra original se publicó por sus discípulos después de su muerte en 1831. Sobre las relaciones entre Hegel y Gans véase Hamza, *supra* nota 16, p. 39.

entre las instituciones romanas y su trasfondo indoeuropeo. Este enfoque “ario” de la comparación se apoyaba, en gran medida, en los hallazgos de la lingüística comparada. Las obras de Franz Bopp y Jacob Grimm tuvieron un papel decisivo en la creación de la “teoría aria”²⁷.

Este examen no pretende criticar el trabajo académico plasmado en esas obras. Sin duda, los autores implicados en la elaboración de la “teoría aria” eran académicos destacados con reputaciones sólidas²⁸. Solo quiero destacar el vínculo entre las cuestiones sobre la raza²⁹ y el estilo de los estudios jurídicos comparados en la Alemania del siglo xix, durante el cual se desarrolló la “teoría aria” que luego se convertiría en los estudios del derecho alemán antiguo.

Por ejemplo, en la obra de August Rossbach sobre el matrimonio³⁰ encontramos una valoración comparada del derecho romano, indio, griego y alemán que refleja plenamente el enfoque ario. Su teoría era que los fundamentos de esta parte del derecho eran básicamente los mismos en toda la familia indogermánica. Aunque está más allá del ámbito de esta obra la crítica a esos logros de la academia alemana, hay que señalar que los hallazgos de Rossbach estuvieron inspirados por la teoría misma; no fueron el resultado de comprobaciones independientes de la teoría. Su principal argumento era que, sin perjuicio de la falta total de evidencia empírica, las analogías entre los diferentes derechos arios eran evidentes debido a los vínculos cercanos y al ancestro común que compartían esos pueblos³¹.

Estos estudios de finales del siglo xix se plasmaron en diferentes esfuerzos de reelaboración del “derecho ario original” (*Urrecht*)³², con un acento fuerte en la comunidad étnica aria. Adoptaron los métodos de la lingüística comparada, pero reconstruyeron el patrón del derecho original a partir de las categorías romanas. El derecho romano fue “la plantilla” hacia la que evolucionó el derecho original.

27 Adolf F. Schnitzer; *Vergleichende Rechtslehre*, vol. 1 [Estudios jurídicos comparados] (2.^a ed.; Basel: Verlag für Recht und Gesellschaft, 1961), p. 13.

28 Podemos cuestionar a veces esas reputaciones con los estándares modernos. En 1847, Oppert, un experto alemán en textos cuneiformes, publicó un libro sobre derecho penal indio, en el que describía los aspectos comunes con el derecho romano, aun cuando India no tenía nada que ver con la escritura cuneiforme. Para un comentario sobre su libro véase Jean Gilson, *L'étude du Droit Romain comparé aux autres droits de l'antiquité* [El derecho romano comparado con otros derechos antiguos] (Berlín: De Gruyter; 1899), p. 28.

29 Que se pretendía que los indoeuropeos fueran un único grupo racial, y esa es la idea específica que me interesa aquí, no es discutible, mientras que el color de la piel de los pueblos antiguos era irrelevante. Véase Frank M. Snowden Jr., “Bernal's 'Blacks' and the Afrocentricists”, en *Black Athena Revisited*, *supra* nota 25, p. 112. Irónicamente, la lógica de la exclusión puede ser muy fuerte y, al mismo tiempo, “ciega al color de la piel”.

30 August Rossbach, *Untersuchungen über die Römische Ehe* [Investigaciones sobre el matrimonio romano] (Stuttgart: C. Macken, 1853).

31 *Ibid.*, pp. 37, 192, 198. Véase también Hamza, *supra* nota 16, p. 44 (comentarios parecidos).

32 Burkard W. Leist, *Alt-Arisches Ius Gentium* [Ius gentium antiguo] (1889); Burkard W. Leist, *Alt-Arisches Ius Civile* [Derecho civil ario antiguo] (Jena: Fischer, 1892).

Incluso un académico tan sobresaliente como Rudolf von Jhering siguió esa tendencia en una obra de historia comparada sobre los indoeuropeos³³. Identificó el derecho (en general) con el derecho romano³⁴, y lo remontó, junto con su perfección, a sus raíces arias. Para Jhering, el derecho romanó asumió una importancia crucial incluso en el campo del derecho comparado basado en términos étnicos³⁵. La teoría aria se convirtió en la clave para comprender la supremacía del derecho romano y su excepcionalidad en comparación con los derechos no arios.

Es importante señalar que la teoría aria sobrevivió durante el siglo xx. Garabed Amaduni, un especialista en derecho armenio, describió un paralelo entre el derecho romano y el derecho armenio porque tenían un origen étnico indoeuropeo común³⁶. La perfección del derecho romano se dio por sentada, y la distinción entre el derecho romano y el alemán se redujo, de manera que este último se pudiera beneficiar de las cualidades del primero, y se elaboró un nuevo modelo de derecho romano antiindividualista con el fin de que se ajustara más de cerca a la inspiración política del movimiento nazi³⁷. En opinión de Ernst Schoenbauer, era imposible comparar el derecho de pueblos no relacionados étnicamente, como los alemanes y los egipcios³⁸.

Es necesario mencionar el gran reto que Paul Koschaker³⁹ planteó a la teoría aria antes de la guerra y el de Slavomir Condanari-Michler⁴⁰ tras ella. Sin embargo, la teoría aria la han apoyado también comparatistas culturales como Georges Dumézil⁴¹.

33 Rudolf von Jhering, *Vorgeschichte Der Indoeuropäer* [La historia temprana de los indoeuropeos] (edición de Victor Ehrenberg; Leipzig: Breitkopf & Härtel und Duncker & Humblot, 1884). Este fue el último libro de Von Jhering y Ehrenberg lo editó tras su muerte.

34 W. Wilhelm, "Das Recht im römischen Recht" ["Justice in Roman Law"], en Franz Wieacker y Christian Wollschläger (eds.), *Jherings Erbe: Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering* [Simposio Göttinger por el 150º aniversario del nacimiento de Rudolph Von Jhering] (Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1970), p. 228.

35 Véase Wolfgang Fikentcher, *Methoden des Rechts in Vergleichender Darstellung*, vol. 3 [Enfoques jurídicos comparativos, vol. 3] (Tübingen: Mohr, 1976), p. 250.

36 Garabed Amaduni, "Influsso del diritto romano giustiniano sul diritto armeno e quantità di tal influsso" ["La influencia del derecho romano justiniano en el derecho armenio y la cantidad de esa influencia"], 1935 *Acta Congressus Iuridici Internationalis* 2.

37 Ernst Schoenbauer formula estas ideas en una conferencia presentada en el Deutscher Rechtshistorikertag en 1936. Véase Michael Stolleis, *Gemeinwohlformeln Im Nationalsozialistischen Recht* [Tendencias comunes en el derecho nazi] (Berlín: Angaben zum Verlag, 1973), p. 35.

38 Ernst Schoenbauer, "Zur Frage des Eigentumsueberganges beim Kauf" ["Transferencia de la propiedad mediante venta"], en *Zeitschrift Der Savigny-Stiftung Fur Rechtsgeschichte* 52 (1932).

39 Paul Koschaker, "Was Vermag die Vergleichende Rechtswissenschaft zur Indogermanenfrage Beizusteuern?" ["¿Qué conseguimos con el comparatismo indogermánico?"], I *Festschrift Hirt* 147 (1936) (según el cual la historia del derecho no debería prestarle ninguna atención específica a la raza).

40 Slavomir Condanari-Michler, "Ueber Schuld und Schaden in der Antike" ["Culpa y daño en el derecho antiguo"], 3 *Scritti in onore di Contardo Ferrini* III 28 (Milano: Giuffrè, 1948).

41 Georges Dumézil, *La religion romain archaïque* [La religión romana antigua] (París: Payot, 1966), p. 585 (con referencias a los ritos matrimoniales en Roma y la antigua India).

Puesto que el trabajo histórico representa un intento por mediar entre el “campo histórico” y una audiencia⁴², no sorprende que esa mediación se lograra en el último siglo en Alemania en torno al siguiente modelo:

1. Los pueblos romanos, alemanes y otros están todos relacionados por sus raíces comunes indoeuropeas.
2. El derecho romano era parte de una cultura jurídica indoeuropea.
3. El derecho romano era el producto más perfecto de esta cultura.
4. Por consiguiente, el derecho romano puede ser la base a partir de la cual elaborar un sistema moderno alemán como el sistema jurídico occidental más perfecto.

Roma es la proyección de un mito. La conciencia y las genealogías históricas asociadas con ella tienen, en mi opinión, una dimensión política que no hay que subestimar: le dio a la gente algo por lo que luchar. De hecho, es bastante interesante, por contraste con los profesores alemanes comprometidos con la teoría aria, comparar a los académicos judíos que señalan la presencia de elementos semíticos en la primera Roma⁴³. Me parece que este “regreso a Roma” sigue siendo una forma de declarar quiénes somos y de refinar la imagen que tenemos de nosotros mismos. Como es natural, la imagen depende del marco, y estamos obligados a reconocer que el marco ario ha demostrado ser bastante exitoso.

La conciencia “europea” occidental

Los mismos mecanismos que hemos encontrado en la cultura alemana del siglo XIX siguen estando presentes en el entorno europeo contemporáneo. Estos mecanismos actúan para crear una conciencia jurídica occidental.

Estoy interesado en refutar la tradición jurídica occidental en su conjunto, y no solo elementos o aspectos de ella. Esto se refleja sobre todo al confrontarla con las filosofías y civilizaciones no occidentales⁴⁴. Creo que es un esfuerzo necesario porque, en los últimos años, he ayudado en varios esfuerzos por establecer los pilares de esta refutación como fundamento del derecho comparado.

Como he dicho, considero los esfuerzos tradicionales del derecho comparado estrategias para legitimar la supremacía occidental en el campo del derecho, mediante la búsqueda de genealogías. Las genealogías nos ayudan a definir quiénes somos o quiénes pensamos que somos. Definen un

42 Hayden White, *Metahistory: The Historical Imagination in Nineteenth-Century Europe* (Baltimore: Johns Hopkins University, 1973).

43 Véase Reuven Yaron, “Semitic Elements in Early Rome”, en Alan Watson (ed.), *Daube Noster: Essays in Legal History for David Daube* (Edinburgo y Londres: Scottish Academic Press 1974), p. 343.

44 Véase también Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of The Western Legal Tradition* (Cambridge: Harvard University Press, 1983), p. 33.

"nosotros" y un "ellos", y son un mecanismo esencial de cómo se configuran las identidades⁴⁵. "Rastrear las raíces comunes" es una actividad de representación que ocupa un lugar central en los estudios actuales sobre cultura, en especial en la práctica de mostrar algunas culturas como las "otras"⁴⁶.

Es así como la "raíz occidental" del derecho moderno se convierte en un asunto relevante. Si se pudiera mostrar que el árbol genealógico de la civilización occidental tiene sus raíces en el suelo de muchas tierras distintas, podría legitimarse una visión pluralista, diversa, multiétnica y multicultural de ella⁴⁷. Sin embargo, la exclusión de los no europeos de la fundación de la tradición "occidental" ha sido, en mi opinión, bastante exitosa, puesto que fabrica una imagen de la historia del derecho que se recibe como producto del sentido común y configura un *statu quo* cultural casi universal.

Argumento que este *statu quo* carece de fundamento, y que hay respuestas posibles, en particular el uso de una crítica deslegitimadora que intente invertir el primer plano y el segundo plano⁴⁸. Esta clase de crítica es necesaria para realizar una operación específica, motivada políticamente, que invierta la posición entre el primer plano y el segundo plano con el fin de mostrar que hay más formas de cambiar el *statu quo* de las que nos parecían previamente. El motivo político aquí es cuestionar el predominio cultural occidental en el campo del derecho en favor de una visión multicultural. No creo que el problema sea la necesidad de nuevos hallazgos, sino que lo que necesitamos son nuevas percepciones que nos permitan una diferente comprensión y una aproximación a las fuentes desde nuevos ángulos⁴⁹. El resultado es una reescritura global del estándar narrativo. Las visiones del "derecho a través de la historia" son cruciales en el trabajo académico jurídico conservador y liberal⁵⁰, por lo que una perspectiva crítica debe centrarse en ellas.

Quiero mostrar con cuánta fuerza la idea del fundamento del pensamiento jurídico occidental reside en la naturaleza extraordinaria de sus características, como retoño original del espíritu humano, y cómo su reputación está ligada a proyectos de gobernanza que tienen implicaciones prácticas.

Mi propósito es justificar la impresión de que la conciencia histórica sobre la cual el hombre occidental ha erigido su orgullo desde comienzos

45 Sobre el papel de los legados históricos como respetabilidad para definir las identidades sociales véase Beverley Skeggs, *Formations of Class and Gender: Becoming Respectable* (Thousand Oaks: Sage, 1997).

46 Véase Stuart Hall (ed.), *Cultural Representations and Signifying Practices* (Londres: Sage, 1997).

47 Véase Guy MacLean Rogers, "Multiculturalism and the Foundations of Western Civilization", en *Black Athena Revisited*, *supra* nota 25, pp. 428, 429.

48 Véase Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication: Fin de Sicle* (Cambridge: Harvard University Press 1997), p. 248.

49 Véase Yaron, *supra* nota 43.

50 Véase Robert W. Gordon, "Critical Legal Histories", 36 *Stanford Law Review* 57 (1984).

del siglo XIX puede ser no mucho más que una base teórica para la posición ideológica desde la cual la civilización occidental contempla su relación, no solo con las culturas y las civilizaciones que la precedieron, sino también con las contemporáneas. En resumen, creo que es posible, en especial en el campo del derecho, considerar la conciencia histórica como un prejuicio específicamente occidental mediante el cual se puede justificar retroactivamente la superioridad supuesta de la sociedad industrial moderna⁵¹.

Me parece evidente que esos relatos culturales amplios, en especial cuando se basan en un supuesto individualismo romano y griego, tienen como pretensión establecer una distinción clara entre sociedades occidentales y sociedades tradicionales, y reafirmar la clara superioridad de los patrones occidentales⁵².

Debido a ese enfoque sesgado, los sistemas jurídicos de Occidente se presentan como parte de una tradición común o "familia"⁵³ que comparte unos valores peculiares, un enfoque parecido con respecto a las técnicas jurídicas y una red de estructuras comunes. Esta "familia" se presenta como la piedra angular del "Estado de derecho" en el mundo occidental, como lo fueron en la historia. De esta forma, la disciplina moderna del derecho comparado y el estudio antiguo del derecho romano convergen en su búsqueda de raíces comunes. Como hemos visto, incluso la división entre el *common law* y la tradición del derecho civil en la Edad Media no rompió la unidad de la tradición romana y su vínculo con los logros excepcionales del derecho romano⁵⁴. Todo esto implica, como es obvio, una evaluación muy positiva de la "excepcionalidad" del derecho occidental como resultado final de una tradición, como un proceso ininterrumpido en curso⁵⁵, que nos lleva a donde estamos hoy.

Una teoría como esa se puede entrelazar con la reformulación de un proyecto de utilización de una versión renovada del derecho romano⁵⁶ como cemento común a partir del cual elaborar un nuevo derecho para los países europeos⁵⁷. Un proyecto como ese tendría bastantes implicacio-

51 White, *supra* nota 42, p. 2.

52 Véase Aaron Gurevich, *The Origin of European Individualism* (Oxford: Wiley-Blackwell, 1995), p. 3.

53 Véase Ugo Mattei, "Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems", 45 *American Journal of Comparative Law* 5 (1997), p. 23.

54 Véase W.W. Buckland y Arnold D. McNair, *Roman Law and Common Law: A Comparison in Outline* (F. H. Lawson (ed.), 2.^a ed.; Cambridge: Cambridge University Press, 1965), p. 21. Véase también Alan Watson, "Roman Law and English Law: Two Patterns of Legal Development (The Fifth Annual Brendan Brown Lecture)", 36 *Loyola Law Review* 247 (1990).

55 David Johnston, "Limiting Liability: Roman Law and the Civil Law Tradition", 70 *Chicago-Kent Law Review* 1515 (1995).

56 David Johnston, "The Renewal of the Old", 56 *Cambridge Law Journal* 80 (1997).

57 Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1990). Esta obra recibió una enorme cantidad de comentarios, lo que muestra su importancia para la cultura jurídica actual. Para reseñaciones bibliográficas véanse Peter H. Birks, "The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition", 13 *Journal of Legal History* 311 (1992); James Gordley, "The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition", 40 *American Journal of Comparative Law*

nes prácticas⁵⁸ en la revelación de Europa como alternativa global a los Estados Unidos. Así que estamos ante una teoría que apoya un proyecto de gobernanza que fomenta un uso particular del derecho comparado⁵⁹ como disciplina académica en ascenso⁶⁰, respecto a lo cual conviene mucho asumir una actitud crítica. De hecho, este proyecto asume la función típica del derecho comparado, que es la de crear pautas de comportamiento para tratar las diferencias recíprocas entre nosotros y ellos, entre un centro y una periferia, entre Occidente y Oriente⁶¹. Lo peculiar es que esta teoría implica una devaluación de la clásica distinción entre derecho civil y *common law*, y favorece una teoría de la convergencia entre sistemas "modernos". Esta teoría de la convergencia muestra una familia jurídica occidental más unitaria, construida sobre pilares romanos, a diferencia de otras culturas jurídicas del mundo.

Quiero subrayar el hecho de que la agrupación de la familia jurídica occidental es una empresa peculiar de la disciplina del derecho comparado, y que el principal método usado para dividir el mundo en familias jurídicas o círculos culturales⁶² sigue siendo el de las genealogías⁶³. Los elementos del campo se organizan en un relato mediante una disposición específica de motivos narrativos a partir de una teoría estándar del trabajo histórico⁶⁴. Las raíces romanas son los motivos originales; los varios acontecimientos de la Edad Media y el ascenso del Estado moderno caracterizan los motivos transicionales, y los sistemas occidentales actuales constituyen los motivos finales. Como cualquier otro esfuerzo de creación, esta convergencia implica exclusión. Es usual en los esfuerzos comparativos comparar los diferentes sistemas de derecho, y presentar el desarrollo interno de cada familia⁶⁵, algo que parece de hecho no ser comparativo en su naturaleza.

1002 (1992); Tony Honoré, "The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition", 107 *Law Quarterly Review* 504 (1991); David Johnston, "The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition", 69 *Tulane Law Review* 1113 (1995); Peter G. Stein, "The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition", 38 *American Journal of Legal History* 94 (1994); Tony Weir, "The Laws of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition", 50 *Cambridge Law Journal* 165 (1991); Simon Whittaker, "The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition", 1994 *Lloyds Maritime & Commercial Law Quarterly* 298.

58 Reinhard Zimmermann, "Roman Law and European Legal Unity", en Arthur S. Hartkamp et al. (eds.), *Towards a European Civil Code* (Nijmegen: Kluwer Law International, 1994), p. 65. Era un proyecto en ascenso con pocas opiniones de disenso expresas. Véase Pierre Legrand, "Against a European Civil Code", 60 *Modern Law Review* 44 (1997).

59 Reinhard Zimmermann, "Roman and Comparative Law: The European Perspective", 16 *Journal of Legal History* 21 (1995) (algunos comentarios a propósito de una controversia reciente).

60 Véase Ewald, "Comparative Jurisprudence (i)", *supra* nota 2; Ewald, "Comparative Jurisprudence (ii)", *supra* nota 2.

61 Véase Kennedy, *supra* nota 1.

62 Véase el enfoque seguido por Konrad Zweigert y Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law*, vol. 1 (trad. Tony Weir, 2.ª ed.; Oxford: Oxford University Press, 1987).

63 Véase Mattei, *supra* nota 53, p. 40 (en el que se critica el enfoque convencional).

64 Véase White, *supra* nota 42, p. 5.

65 Véase René David y John E. C. Brierly, *Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law* (3.ª ed.; Nueva York: Simon and Schuster, 1985).

Por lo tanto, desde mi punto de vista, los proyectos que dibujan un “mapa” de sistemas jurídicos y crean un núcleo común de derecho europeo y occidental están realmente sesgados; son proyectos políticos no neutrales de gobernanza apoyados por el uso de la disciplina académica del derecho comparado. En consecuencia, en las siguientes secciones intentaré describir cómo la teoría de los trasplantes jurídicos de Watson y la teoría de los elementos formadores de Sacco se pueden usar contra las clases dirigentes para producir un enfoque crítico diferente del derecho comparado.

El derecho comparado como crítica

Difusión y diseminación

Me ocupo ahora de la segunda parte del argumento: la cuestión de la importación/exportación de modelos jurídicos. En esta segunda sección explico un modelo jurídico que tiene en cuenta los préstamos y los trasplantes ocurridos en todos los sistemas de gobernanza. Este modelo recurrir a las consideraciones enumeradas en la sección previa y usa la teoría de los trasplantes jurídicos⁶⁶ como base. Interpreto de manera radical, en lugar de conservadoramente, esta teoría de los trasplantes jurídicos, para mostrar cómo esta forma de conservadurismo se puede usar para la deslegitimación y la crítica. Aunque se suele acusar a la teoría de Watson de ser conservadora o de cosas peores⁶⁷, puede ser una herramienta poderosa para una teoría crítica del derecho comparado. Eso es así debido al papel deslegitimador que puede tener; sus efectos potenciales revolucionarios no se comprenden bien. No comparto todas las afirmaciones de Watson, y disiento en muchos aspectos de lo que dice. Como todas las teorías, la de Watson se presenta en bloque, pero podemos deconstruirla y usar algunas cosas y rechazar otras, pero creo también que retenemos la mayor parte de su teoría si adoptamos la siguiente interpretación de ella.

Si adoptamos el postulado de una relación cercana inherente entre el derecho y la sociedad en la que opera, los trasplantes serían prácticamente imposibles. En lugar de eso, la historia y el desarrollo del derecho se caracterizan por una cantidad prodigiosa de préstamos. Los sistemas jurídicos son normalmente amalgamas de patrones recibidos de otros sistemas. El préstamo es común en toda la vida social y, por lo tanto, el predominio de elementos prestados en el derecho no se puede decir que sea explicable solo en términos de las circunstancias del derecho.

66 Véanse fuentes citadas *infra* notas 69-71.

67 Ewald, “Comparative Jurisprudence (I)”, *supra* nota 2.

Los préstamos jurídicos requieren una explicación especial solo en la medida en que difieran de otras clases de difusión cultural. Lo que se requiere en el estudio de la difusión de las ideas jurídicas es algo más que un catálogo de "características" prestadas; se requiere un examen de las herramientas de selección y cooperación cultural mediante las cuales se crea y mantiene una "unidad" jurídica⁶⁸. Desde este punto de vista, la esencia de una cultura se contiene en sus contradicciones, en la selección de elementos extranjeros y la presentación ideológica de estos como formadores de una unidad. En última instancia, el derecho comparado debería buscar producir una teoría general del derecho y el cambio jurídico, y la relación entre sistemas y normas jurídicas, y la sociedad en la que operan⁶⁹. La historia de un sistema de derecho es en gran parte la historia de los préstamos de modelos jurídicos de otros sistemas jurídicos. Creo que es una declaración perfecta de una visión crítica del derecho y de la tradición jurídica.

El tono conservador percibido normalmente en el enfoque de Watson se debe a lo que llamo el "enfoque fortuito" de Watson con respecto al cambio jurídico. Según él, la casualidad tiene un papel importante en la determinación de qué se toma prestado⁷⁰. Señala que los trasplantes jurídicos no suelen ser el resultado de una búsqueda sistemática del modelo más apropiado. Los factores sociales y económicos tienen un efecto mucho más limitado y atenuado del que se supone normalmente en las teorías del derecho y la sociedad, y el derecho es en gran medida autónomo y opera en su propia esfera. Destaca lo absurdo y lo casual de muchos de los trasplantes, y se burla de todo esfuerzo de elaboración de una teoría del cambio jurídico, y para ello presenta un número enorme de contraejemplos para acallar cualquier teoría posible.

Creo que las críticas convencionales a la autonomía del derecho señaladas por Watson están mal concebidas y son ingenuas políticamente. La premisa de Watson es que el derecho es en gran parte autónomo porque es producto de una élite creadora de normas jurídicas, a la búsqueda constante de legitimación y relativamente aislada de las preocupaciones sociales. Desde este punto de vista, su teoría de la autonomía jurídica se puede usar como una fuerte crítica a la élite gobernante existente de abogados, que gobiernan ilegítimamente⁷¹, en especial en los países occidentales⁷².

La teoría plasma una imagen del derecho como conjunto de préstamos realizados por élites aisladas, que niegan todo el tiempo el hecho de que

68 Véase también Edward Wise, "The Transplant of Legal Patterns", 38 *American Journal of Comparative Law* 1 (Supp. 1990).

69 Véase Alan Watson, "Comparative Law and Legal Change", 37 *Cambridge Law Journal* 316 (1978).

70 Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (2.^a ed.; Charlottesville: University Press of Virginia, 1993); Véase también Ajani, *supra* nota 5.

71 Alan Watson, *The Evolution of Law* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1985), p. 119.

72 Véase Kennedy, *supra* nota 48, p. 284 (en el que se destaca el papel de las élites como característica distintiva del historicismo progresista en comparación con el análisis neomarxista).

se esté tomando prestado. Estas élites presentan teorías muy complejas de interpretación y genealogías evolutivas elaboradas por académicos, que pretenden ser estrategias de autolegitimación. Esta interpretación de la teoría produce una imagen del derecho como campo de batalla de “élites” que compiten para proporcionar doctrinas, normas y estrategias jurídicas de gobernanza social⁷³. Puesto que el uso del “discurso” como patrón técnico y complejo para estructurar el mundo es una estrategia especialmente relevante de la autolegitimación y la dominación, creo que el estudio de cómo el discurso evoluciona y acaba tomándose prestado/trasplantándose es crucial para un análisis jurídico comparado radical. Es a partir de esta idea que desarrollo mi argumento en el siguiente epígrafe.

Elementos formadores y élites

En este epígrafe intento usar la interpretación previa que he realizado de la teoría de Watson en conexión con los enfoques “formadores” sugeridos por Sacco⁷⁴. La teoría de los elementos jurídicos formadores se centra en el derecho como actividad social: un elemento formador del derecho es un grupo, una clase de trabajadores o una comunidad que está involucrada institucionalmente en la actividad de creación del derecho. Desde este punto de vista, encontramos una profesión jurídica establecida en la tradición occidental y tres clases principales de trabajadores en ella: abogados practicantes, creadores de políticas públicas (legisladores, jueces de los altos tribunales o funcionarios superiores de la Administración) y académicos del derecho (profesores de derecho y similares). Los jueces, los legisladores y los teóricos del derecho interactúan entre sí y son todos ellos elementos formadores competidores.

Estos profesionales producen diferentes clases de textos: leyes, opiniones, artículos, tratados, memorandos, citaciones, principios generales, normas específicas, etcétera. Tienen un archivo (autores previos, precedentes, etcétera) y un estilo profesional, probado, de transformar documentos antiguos y de producir nuevos. Estos textos y documentos, y la forma en la que se producen y se interrelacionan, y se reutilizan por otros, se convierten en una característica fundamental para comprender el funcionamiento del derecho. Para poder manejar todos estos documentos, el enfoque de los elementos formadores adopta una nueva clase de crítica

73 Para un uso de la teoría de Watson que señala los “préstamos” y las “técnicas” de las élites jurídicas en colaboración con los líderes políticos en referencia al derecho islámico véase Donald L. Horowitz, “The Qur’an and the Common Law: Islamic Law Reform and the Theory of Legal Change (pt. 1)”, 42 *American Journal of Comparative Law* 233 (1994); Donald Horowitz, “The Qur’an and the Common Law: Islamic Law Reform and the Theory of Legal Change (pt. 2)”, 42 *American Journal of Comparative Law* 543 (1994), p. 570.

74 Rodolfo Sacco, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (pt. 1)”, 39 *American Journal of Comparative Law* 1 (1991); Rodolfo Sacco, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (pt. 2)”, 39 *American Journal of Comparative Law* 343 (1991).

de la forma, en el sentido más amplio, como método para revelar, separar y explicar los diversos materiales usados para producir los textos. Este enfoque busca diferencias de toda clase entre documentos y en un mismo documento. Con ese enfoque, lo que llamamos el significado de un texto jurídico es solo el vínculo, establecido por los profesionales, entre un texto y otro documento: una demanda, un artículo académico o una decisión.

Por consiguiente, el derecho se puede descomponer para criticarlo en un conjunto de documentos interrelacionados usados por los profesionales según sus estrategias personales o institucionales. La tradición jurídica se ve como el resultado de una estrategia real que considera una variedad de documentos y textos independientes que compiten por tener hegemonía y conectados con un patrón de continuidad. El enfoque de los elementos formadores es, por consiguiente, un enfoque totalmente comparado basado en una especie de estudio "externo" del derecho como forma de valoración sociológica y económica de las actividades de los abogados, unido a un análisis de documentos "internos" como una clase de crítica de la forma. Este enfoque tiene dos implicaciones principales. La primera es que el proceso jurídico se ve como un espacio de competencia que diferentes grupos de las élites luchan por controlar. La segunda es la negación absoluta de la metafísica de la unidad del derecho y del "significado" de las proposiciones jurídicas.

La idea principal es substituir el modelo de derecho como sistema más o menos coherente de proposiciones interrelacionadas, conectadas jerárquicamente, por un modelo de elementos formadores competidores que actúan en el entorno único de una tradición jurídica, con sus restricciones⁷⁵. La consecuencia principal de la teoría, en el campo de la interpretación jurídica y la hermenéutica jurídica, es que un precedente, una ley y otros textos jurídicos tienen solo el significado que les asignan grupos elitistas competidores. Este significado está sujeto a diferentes restricciones institucionales y a diferentes estructuras de incentivos.

Desde este punto de vista, la teoría establece una distinción entre las normas operativas, las prácticas de un sistema jurídico y el conjunto simbólico, el discurso usado por los abogados para describir, justificar, racionalizar las normas y darles significado a los textos y autoridades. La distinción apunta a que la "ideología" de la tradición jurídica se comprenda como un sistema de representaciones situado en las prácticas cotidianas⁷⁶ y en el antagonismo entre "elementos formadores" en la producción de significado.

La teoría implica que siempre es necesario deconstruir el derecho para llegar a su nivel operativo, más allá de cuál sea el discurso jurídico peculiar

75 Véase también Mattei, *supra* nota 53, p. 101.

76 Véase Terry Eagleton, *Ideology: An Introduction* (Londres: Verso, 1991).

de una tradición. Esta deconstrucción es necesaria no solo para la comparación, sino también para hacer un análisis económico del derecho que tenga sentido. La crítica deconstructiva no es ni un lujo ni una intrusión filosófica, sino una necesidad interna. Desde este punto de vista, la teoría de los elementos formadores es una crítica interna global del discurso jurídico. Plantear críticas externas queda más allá de lo que pretende la teoría, pero, sin duda, implica una evaluación antiformalista. En el campo de la hermenéutica jurídica rechaza la metafísica del significado.

Por último, el enfoque de los elementos formadores choca con el positivismo como patrón de jurisprudencia. Al menos en el enfoque de Kelsen, el derecho se describe como una pirámide de normas estatales mejorada continuamente por los funcionarios estatales. La imagen provisional que obtenemos ahora del enfoque de los elementos formadores es la de varias fuentes del derecho, y el “Estado” parece más un compromiso permanentemente inestable entre fuentes jurídicas competidoras. La corriente teórica del proceso jurídico de Harvard comparte ideas parecidas, pero con un sesgo fuerte hacia el equilibrio y un fuerte compromiso con los valores liberales clásicos. Los valores y los compromisos no están incorporados metafísicamente al proceso, sino que se ven más como estrategias complejas de sujetos jurídicos enfrentados. Por lo tanto, en lo que se refiere a la teoría del derecho, el enfoque de los elementos formadores es parecido a alguna forma radical del realismo estadounidense con dos diferencias principales. La primera es que el enfoque de los elementos formadores se fundamenta en la comparación como herramienta para comprender el derecho. La segunda, que en el enfoque de los elementos formadores los elementos esenciales del derecho no se reducen a las normas operativas, y el papel de las narrativas y los discursos judiciales es igual de importante que las prácticas a efectos de la comunicación y la estabilidad sociales. Los jueces no son sino uno de los factores más visibles, pero a menudo menos importante que otros.

Para el enfoque de los elementos formadores, la “diferencia” o la “similitud” entre dos culturas jurídicas está configurada peculiarmente por las élites jurídicas y sus estilos de prácticas discursivas. Por consiguiente, el problema es cómo y por qué se seleccionan, mantienen y transmiten los estilos. Haré algunas sugerencias en la siguiente sección.

Trasplantes y estrategias

En los epígrafes anteriores he sostenido que el derecho, al menos en la familia jurídica occidental, evolucionó normalmente mediante trasplantes, y que la “lógica” de estos obedece a la acción de élites competidoras a la búsqueda de legitimación. Me concentro en el aspecto dual de “dar razones” para una norma y “proporcionar legitimación” al jurista. Si percibimos la “naturaleza dual” del proceso, entonces podemos ver cómo la

selección de opiniones y discursos depende de una estrategia de legitimación y viceversa: una élite se puede legitimar a sí misma dando opiniones. Desde este punto de vista, puede haber una estrategia básica para todos los grupos competidores en el proceso jurídico, a saber, "cubrir casos".

Intento encontrar soluciones y opiniones para ocuparme de casos no tratados, llenar los vacíos e imaginar las normas que permitan manejar los casos difíciles. Si las fuentes y autoridades "internas" no cubren una clase de casos, la estrategia básica sugiere encontrar autoridades "externas" y tomar soluciones prestadas de esas autoridades. Esta estrategia minimiza la posible resistencia porque se toman prestadas opiniones, doctrinas y normas jurídicas de lenguajes conocidos, más que de mezclas desconocidas. Hacer préstamos de sistemas próximos, en lugar de recurrir a otros distantes, y en especial tomar prestado de patrones prestigiosos, en lugar de patrones o modelos desacreditados, es un aspecto de la estrategia de cubrir casos para evitar resistencias. Es mucho más fácil sustentar una solución si se invoca una autoridad prestigiosa.

Por consiguiente, el modelo que he descrito lo podríamos denominar un enfoque descentralizado estratégico con respecto al difusionismo. Depende de las estrategias de los sistemas prestatarios; escogen lo que necesitan y usan lo que toman prestado para manejar sus propios problemas. Un "modelo" es muy prestigioso si muchos lo toman prestado, pero eso depende menos de la calidad del modelo que de las circunstancias en las cuales satisface las expectativas diversas de los prestatarios. Como es obvio, las "élites" del sistema donante pueden intentar diseñar su propia estrategia de dominación, pero mientras que el proceso de préstamo del sistema receptor sea controlado por sus propias élites, la estrategia del sistema donante solo tendrá éxito si coincide con la del sistema receptor. La mejor estrategia para las élites que fomentan el trasplante es la "ideología y propaganda" entre las élites prestatarias para hacerlas creer que el modelo ofrecido satisface sus expectativas. Por lo tanto, la estrategia básica en el trasplante es usar una presentación prestigiosa del modelo, que lo ofrezca como una forma fácil de cubrir casos importantes de una manera apreciada en el país receptor. A veces una referencia a la "eficiencia" es la palabra mágica en la retórica de las élites prestatarias.

El modelo que propongo es, por lo tanto, un modelo de estrategias "básicas": "cubrir casos" y "propaganda prestigiosa"⁷⁷. Como es evidente, la casualidad tiene una relevancia importante en cualquier juego estratégico, y eso explica muchos ejemplos "fortuitos". Sin embargo, la casualidad se puede convertir en un caso específico cubierto por la teoría. En mi opinión, el "prestigio" es una etiqueta que define interrelaciones complejas entre culturas, pero sin duda el prestigio lo determinan los seguidores,

77 No es difícil ver hasta qué punto los franceses han sido los maestros de este juego en todas las conferencias de derecho comparado. Véase también Ajani, *supra* nota 5.

según sus estrategias, que pueden ser totalmente antagonistas hacia los sistemas donantes.

Lo que queda tras esta indagación es un nuevo esquema de la tarea del derecho comparado como una aproximación a la “guerra discursiva incesante”⁷⁸ que se lucha en las culturas jurídicas entre grupos competidores de élites. Este nuevo esquema es la base a partir de la cual llego a la conclusión en el último epígrafe de este ensayo.

Conclusión: “comparativismo ideológico”

La explicación en las secciones anteriores describe mis dos ideas específicas esenciales: un ataque a la “unidad”⁷⁹ y un choque con la metafísica del significado. Sin embargo, ambos puntos tienen efectos sobre las teorías de la decisión judicial.

Desde este punto de vista, una tarea principal del derecho comparado puede ser ver cómo se agrupan las instituciones de manera consciente para legitimar la gobernanza de las élites profesionales en varios sistemas jurídicos. La actividad de los abogados es básicamente una actividad “ideológica”: su trabajo es producir significado para que las instituciones funcionen. Sin embargo, el comparatismo se aparta un paso de este mecanismo ideológico. Lo que un jurista comparatista puede hacer, como comparatista, es revelar lo oficioso y criticar estos procesos de producción de significado mostrándolos como realidades políticas y sociales, sobre todo en un mundo de “contaminaciones”. Un académico comparatista debería explicar los detalles de la conciencia, dismantelar los diversos mecanismos de producción de significado y mostrar la ironía de las prácticas interpretativas. Así el derecho comparado puede ser una herramienta poderosa de crítica a la decisión judicial.

¿Es un futuro viable? Una vez alguien me dijo que el futuro es algo que siempre estamos planeando de forma vaga y que nunca lo vivimos. Como es obvio, podemos hacer planes y ya se verá qué hace el futuro con ellos.

78 Frederic Jameson, *Postmodernism or The Cultural Logic of Late Capitalism* (Durham: Duke University Press, 1991).

79 Véase también P.G. Monateri, “Règles et technique de la définition dans le droit des obligations et des contrats en France et en Allemagne: la synecdoque français” [“Reglas y técnica de la definición en Francia y Alemania: la sinécdoque francesa”], *Revue Internationale du Droit Comparé* 3 (1984), p. 45.

Orientalismo jurídico^{*}, ^{}**

Teemu Ruskola

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.725>.

** Este capítulo es una traducción de Teemu Ruskola, "Legal Orientalism", 101 *Michigan Law Review* 179 (2002).

[La] difusión mundial [de la cultura occidental] nos ha protegido —como nunca el hombre había sido protegido— de tener que tomarnos en serio las civilizaciones de otros pueblos; le ha dado a nuestra cultura una enorme universalidad que desde hace ya mucho tiempo dejamos de explicar históricamente, y que interpretamos como algo necesario e inevitable¹.

Ruth Benedict

[En China], los animales se dividen en (a) pertenecientes al Emperador, (b) embalsamados, (c) amaestrados, (d) lechones, (e) sirenas, (f) fabulosos, (g) perros sueltos, (h) incluidos en esta clasificación, (i) que se agitan como locos, (j) innumerables, (k) dibujados con un pincel finísimo de pelo de camello, (l) etcétera, (m) que acaban de romper el jarrón, (n) que de lejos parecen moscas².

Michel Foucault

Hace cincuenta años, el derecho comparado era un área de conocimiento a la búsqueda de un paradigma. En el primer número del *American Journal of Comparative Law*, publicado en 1952, Myres McDougal destacaba con pesar: “La mayor de las confusiones predomina sobre lo que se compara, sobre los propósitos de la comparación y sobre las técnicas apropiadas”³. En resumen, parecía haber muy poco en el área que *no* estuviera en un estado de confusión. Dos décadas después, John Merryman, refiriéndose a la valoración desolada de McDougal, no veía pruebas de progreso: “[...] pocos abogados comparatistas sugerirían que los asuntos han

1 Ruth Benedict, *Patterns of Culture* (Boston: Houghton Mifflin, 1934, reimpresión en 1952), p. 6.

2 Michel Foucault, *The Order of Things* (Nueva York: Vintage, 1993), p. xv (en el que se cita un relato breve de Jorge Luis Borges, “El idioma analítico de John Wilkins”, en *Otras Inquisiciones* (Buenos Aires: Sur, 1952), p. 179).

3 Myres McDougal, “The Comparative Study of Law for Policy Purposes: Value Clarification as an Instrument of World Order”, I *American Journal Comparative Law* 24 (1952), pp. 28-29.

mejorado desde entonces"⁴; y apenas hace unos pocos años, John Langbein sugería que el derecho comparado seguía en apuros: "Si el estudio del derecho comparado se prohibiera en las facultades de Derecho estadounidenses mañana, casi ninguno lo notaría"⁵.

Por lo tanto, mostrar algo de preocupación es de rigor en cualquier obra académica de derecho comparado que quiera ser considerada parte de la solución más que parte del problema. A riesgo de perpetuar la idea de que los abogados comparatistas sufren de un "complejo de Cenicienta"⁶, comenzaré por observar que el derecho comparado sigue siendo un campo relativamente poco apreciado en el mundo académico jurídico. Sin embargo, mi propósito principal es unir a las voces recientes que desean reforzar el campo y que proponen nuevas vías de indagación para eso⁷.

La existencia del derecho comparado se ha producido en un relativo aislamiento disciplinar⁸. Este ensayo es parte de un esfuerzo mayor por incorporar las ideas predominantes del derecho comparado a la

- 4 John Merryman, "Comparative Law and Scientific Explanation", en John N. Hazard y Wenceslas J. Wagner (eds.), *Law in the United States of America in Social and Technological Revolution* (Bruselas: Emile Bruylant, 1974), pp. 81, 82, n. 3; véase también John Merryman, *The Loneliness of the Comparative Lawyer and Other Essays* (Boston: Kluwer Law International, 1999).
- 5 John Langbein, "The Influence of Comparative Procedure in the United States", 43 *American Journal Comparative Law* 545 (1995), p. 549. Mary Ann Glendon recoge esa misma observación: "De hecho, los comparatistas estadounidenses encuentran muchas veces que nuestros colegas en el extranjero aprecian más nuestro empeño que los colegas de nuestro país". Mary Ann Glendon, "Why Cross Boundaries?", 53 *Washington & Lee Law Review* (1996), pp. 971, 972.
- 6 Günther Frankenberg, "Critical Comparisons: Re-Thinking Comparative Law", 26 *Harvard International Law Journal* 411 (1985), p. 419 (en el que se señala que los juristas comparatistas sufren de baja autoestima con respecto a su disciplina).
- 7 Una bibliografía ecléctica de esta literatura creciente incluye las contribuciones al simposio de 1997 de la *Utah Law Review*, "New Approaches to Comparative Law", 1997 *Utah Law Review* 255; y también H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of The World: Sustainable Diversity in Law* (2000); Janet E. Ainsworth, "Categories and Culture: on the 'Rectification of Names' in Comparative Law", 82 *Cornell Law Review* 19 (1996); William Alford, "The Limits of 'Grand Theory' in Comparative Law", 61 *Washington Law Review* 945 (1986); Vivian Grosswald Curran, "Cultural Immersion, Difference, and Categories in U.S. Comparative Law", 46 *American Journal Comparative Law* 43, 45 (1998); Nora Demleitner, "Challenge, Opportunity and Risk: An Era of Change in Comparative Law", 46 *American Journal Comparative Law* 647 (1998); Nora Demleitner, "Combating Legal Ethnocentrism: Comparative Law Sets Boundaries", 31 *Arizona St. Law Journal* 737 (1999); Frankenberg, *supra* nota 6; David Gerber, "System Dynamics: Toward a Language of Comparative Law?", 46 *American Journal Comparative Law* 719 (1998); Sharon Hom, "Engendering Chinese Legal Studies", *Signs* 1020 (1994) (verano); Mitchel de S.-O.-E. Lasser, "'Lit. Theory' Put to the Test: A Comparative Literary Analysis of American Judicial Tests and French Judicial Discourse", 111 *Harvard Law Review* 689 (1998); Pierre Legrand, "Comparative Legal Studies and Commitment to Theory", 58 *Modern Law Review* 262 (1995) (recensión bibliográfica); Ugo Mattei y Alberto Monti, "Comparative Law & Economics: Borrowing and Resistance", 1 (2) *Global Jurist Frontiers*, art. 5.º (2001), <http://www.bepress.com/gj/frontiers/vol1/iss2/art5/>; Ugo Mattei y Anna di Robilant, "The Art and Science of Critical Scholarship: Postmodernism and International Style in the Legal Architecture of Europe", 15 *Tulane Law Review* 1053 (2001); Anne Peters y Heiner Schwenke, "Comparative Law Beyond Post-Modernism", 49 *International & Comparative Law Quarterly* 800 (2000); Mathias Reimann, "Beyond National Systems: A Comparative Law for the International Age", 15 *Tulane Law Review* 1103 (2001); Annelise Riles, "Wigmore's Treasure Box", 40 *Harvard International Law Journal* 221 (1999); Rodolfo Sacco, "Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law", 39 *American Journal Comparative Law* 1 (1991).
- 8 Cfr. William Twining, *Globalization and Legal Theory* (Londres: Butterworths, 2000), pp. 176-178 (en el que se observa el fracaso del derecho comparado a la hora de seguir los desarrollos de la teoría del derecho).

conversación con otra literatura académica: con el estudio del derecho no occidental, con el cuerpo creciente de teoría poscolonial y también con el trabajo reciente en teoría jurídica. Aplico estos marcos teóricos al derecho chino y, de forma más específica, a la afirmación histórica efectuada por muchos observadores occidentales de que China carece de una tradición nativa de “derecho”. En el proceso, el ensayo elabora una genealogía de algunas comprensiones orientalistas del derecho chino y explora las preguntas más amplias de quién decide quién tiene “derecho” y cuáles son las implicaciones normativas de su ausencia. Al responder estas preguntas sugiero que el derecho es un elemento crucial de la constitución del sujeto moderno occidental y que, desde el punto de vista histórico, las ideas sobre la ausencia de una subjetividad jurídica china han servido para delimitar lo que es externo al derecho (euroestadounidense). Mi objetivo no es condenar esa historia, que otros ya han criticado. En lugar de eso, mi principal fin es comprender cómo la historia ha configurado el campo del conocimiento en el que hoy se desarrolla el estudio comparado del derecho chino y cómo Occidente ha terminado por comprenderse mediante el derecho. En estas condiciones, ¿cuál es la ética de la comparación?

La ausencia de “derecho” en China

Igual que hay un canon literario que establece qué y qué no es literatura, también hay un canon jurídico que establece qué es y qué no es derecho⁹.

Boaventura de Sousa Santos

La observación de que no existe una tradición jurídica china es un cliché tan habitual como la preocupación que se suele expresar sobre el derecho comparado¹⁰: “A todos los efectos, los extranjeros no conocen absolutamente nada sobre qué derecho existe en China y cómo se expresa en ese país. Algunas personas cuya reputación académica es grande negarían el derecho de los chinos a tener cualquier clase de derecho —aunque parezca increíble, pero hasta donde yo conozco, un hecho”¹¹.

Esa era la observación melancólica de un comentarista occidental a finales del siglo XIX. El famoso antropólogo Marcel Granet anunciaba así en 1934: “La idea china de orden excluye, en todos sus aspectos, la idea de

9 Boaventura de Sousa Santos, *Toward A New Common Sense: Law, Science and Politics in Paradigmatic Transition* (Nueva York: Routledge, 1995), p. 473.

10 Análisis de forma más completa esta percepción del derecho chino en Teemu Ruskola, “Law without Law, or Is ‘Chinese Law’ an Oxymoron?”, 11 *William & Mary Bill Rights Journal* 655 (2003).

11 Ernest Alabaster, *Notes and Commentaries on the Chinese Criminal Law and Cognate Topics with Special Relation to Ruling Cases with a Brief Excursus on the Law of Property* (Londres: Luzac & Co, 1899), p. v.

derecho"¹²; y, en una observación reciente, William Alford nos dice que los estudiantes occidentales de China continúan ignorando y confundiendo "el efecto del derecho en la vida china"¹³.

No obstante, ¿qué significa afirmar que China carece (relativa o absolutamente) de "derecho"? Después de todo, solo el más negligente de los observadores pasaría por alto el hecho de que la China imperial presumía de tener códigos legales dinásticos que se remontaban a la dinastía Tang¹⁴ e incluso antes. La cuestión puntual suele ser más sutil: sea cual sea el derecho que China haya conocido, su forma no llega a ser derecho "real". Esta opinión está implícita en la afirmación habitual de que, a lo largo de su historia, el derecho chino ha sido exclusivamente penal y ha estado asociado a sanciones penales¹⁵. En particular, en los sistemas continentales, el derecho civil constituye el núcleo de la teoría del derecho, y su ausencia significa, por consiguiente, un gran agujero en el corazón del sistema jurídico chino¹⁶. A veces la vara de medir implícita para determinar la presencia de derecho "real" es una racionalidad jurídica formal en sentido weberiano¹⁷, mientras que otras veces es un orden jurídico liberal que constriñe al Estado de una forma específica (una configuración que suele referirse como "el Estado de derecho")¹⁸. El historiador del derecho

12 Marcel Granet, *Pensée Chinoise* [*Pensamiento chino*] (París: La Renaissance du livre, 1934), p. 590 ("La notion Chinoise de l'Ordre exclut, sur tous ses aspects, l'idée de Loi").

13 William Alford, "Law? What Law?", en Karen G. Turner et al. (eds.), *The Limits of The Rule of Law in China* (Seattle: University of Washington Press, 2000), p. 45.

14 618-907 d. C. Además, el legalismo (*ja-jia*) fue una de las escuelas de pensamiento más importantes en la China clásica y como tal una parte indiscutible de la tradición china (aun si después el confucianismo la eclipsó). Véase, por ejemplo, Benjamin Schwartz, *The World of Thought in Ancient China* (Cambridge: Harvard University Press, 1985), pp. 321-349. No obstante, la concepción legalista del derecho era puramente instrumental y, como tal, susceptible a la crítica orientalista que dice que no es derecho "auténtico". Cfr: *infra* texto acompañante a las notas 15-18.

15 Véase Teemu Ruskola, "Conceptualizing Corporations and Kinship: Comparative Law and Development Theory in a Chinese Perspective", 52 *Stanford Law Review* 1599 (2000), p. 1618 y las fuentes allí citadas.

16 Incluso en opinión de los observadores pertenecientes al *common law*, la mera presencia del derecho positivo —civil o penal— no constituye, por sí misma, un "sistema jurídico". Véase Perry Keller, "Sources of Order in Chinese Law", 42 *American Journal of Comparative Law* 711 (1994) (en el que se discute que China tenga "un sistema legal").

17 Véase, por ejemplo, Max Weber, *The Religion of China* (trad. Hans H. Gerth; Glencoe: The Free Press 1951), pp. 102, 148-150.

18 Véase, en general, W. J. F. Jenner, *The Tyranny of History: The Roots of China's Crisis* (Londres: Allen Lane, Penguin Books, 1992) (en el que se describe China como el ejemplo paradigmático del "gobierno de los hombres", como algo opuesto al "imperio de la ley"). Cfr: Rene David, "On the Concept of 'Western' Law", 52 *University Cincinnati Law Review* 126 (1983), p. 131 (en el que se identifica el "derecho occidental" con el "Estado de derecho", la supremacía del derecho; [y] el *Rechtsstaat*). Incluso el eminente historiador de China, John King Fairbank, coincide con la tesis general de que China carece de una tradición de derecho privado y también de un sistema de imperio de la ley en general. Véase John King Fairbank, *China: A New History* (Cambridge, MA, y Londres: The Belknap Press of Harvard University Press, 1992), pp. 185-186. La ausencia de derecho en China, un tema persistente de Fairbank durante su vida, ya permea gran parte de su magistral *Trade and Diplomacy on the China Coast: The Opening of The Treaty Ports 1842-1854* (Cambridge: Harvard University Press, 1953). Como analiza incisivamente Tani Barlow en *Trade and Diplomacy on the China Coast*:

Thomas Stephens ha defendido hace no mucho que el derecho chino no merece siquiera la expresión “jurisprudencia”. Como término más descriptivo del estudio del no-derecho chino, Stephens ofrece el neologismo anglosajón “obsequiiprudence”, que cabría suponer que significa el estudio académico de la sumisión servil a la autoridad y la jerarquía¹⁹. Con independencia de los méritos de la tesis de Stephens, en opinión de los abogados internacionalistas decimonónicos el derecho chino era tan “incivilizado” que excluía a China de la “familia de naciones”, lo que a su vez servía como justificación para reducir al país a un estatus semicolonial sujeto a un régimen de privilegios extraterritoriales occidentales²⁰.

El objetivo de este artículo no es defender el derecho chino del pasado, del presente o del futuro. En última instancia, la respuesta a la pregunta de si hay o no derecho en China está siempre inserta en las premisas del que pregunta: depende necesariamente de la definición de derecho del observador. Por lo tanto, mi fin no es “probar” que, de hecho, hay algo que podríamos identificar como una tradición de “derecho” chino. Ya existe una literatura académica considerable sobre derecho chino (como quiera que se defina) y, entre los estudiantes de derecho chino, la idea de una ausencia inherente de derecho en China —al menos en la forma burda de la tesis— es una idea desacreditada²¹.

Lo que Occidente “tenía” que China no tenía, lo que al final sedujo a China en una aquiescencia pasiva (hecha por el otro) fue el derecho. Por expresarlo de forma algo distinta, el derecho universalista de los tratados, los derechos humanos, la ciencia y temas parecidos aclaran la diferencia entre China y Occidente como una relación de ausencia y presencia, al señalar las diferencias ardientes, anárquicas, siempre creciendo en número; por lo tanto, China se opone al derecho occidental como lo particular se opone a lo universal. Me aventuraré a decir que por eso el tema de la “ausencia de derecho” toma esas proporciones épicas en el texto de Fairbank. Tani E. Barlow, “Imperialism’s Career in China Studies”, en Tani E. Barlow (ed.), *Formations of Colonial Modernity in East Asia* (Durham y Londres: Duke University Press, 1997), pp. 373, 389-390.

* La expresión “obsequiiprudence” es un neologismo compuesto de dos lexemas contenidos en las palabras “obsequious” y “jurisprudence”, respectivamente. En inglés, “obsequious” significa servil, mientras que “jurisprudence” es la forma habitual de referirse a la teoría del derecho en el inglés jurídico (N. del T.)

19 Thomas B. Stephens, *Order and Discipline in China: The Shanghai Mixed Court 1911-27* (Seattle: University of Washington Press, 1992), p. 115. Aunque se puede argumentar de buena fe la posibilidad de hacer derecho comparado entre culturas y épocas, la expresión acuñada por Stephens es ofensiva sin necesidad. Para una valoración crítica de la perspectiva de Stephens sobre el derecho chino véase Ruskola, “Law Without Law”, *supra* nota 10.

20 Véase, en general, Gerrit W. Gong, *The Standard of ‘Civilization’ in International Society* (Nueva York: Clarendon Press-Oxford University Press, 1984), pp. 130-163.

21 Para empezar, muchos estudios ya han desacreditado la tesis de que la tradición jurídica china es exclusivamente penal. Véase, por ejemplo, Kathryn Bernhardt y Philip C. C. Huang (eds.), *Civil Law in Qing and Republican China* (Stanford: Stanford University Press 1994); Philip C. C. H. Uang, *Civil Justice in China: Representation and Practice in the Qing* (Stanford: Stanford University Press, 1996). Thomas Metzger va tan lejos como para sugerir que al final de la dinastía Qing los chinos padecían no una falta de derecho sino, si acaso, una preocupación excesiva por él, o “exceso de legalidad”. Thomas A. Metzger, *The Internal Organization of Ch’ing Bureaucracy: Legal, Normative, and Communication Aspects* (Cambridge: Harvard University Press 1973), p. 18. Además del descubrimiento del derecho civil chino, hay muchas defensas de las tradiciones confucianas de “liberalismo” y “constitucionalismo”, y también varias concepciones chinas de “derechos”. Una selección ecléctica de esta numerosa literatura incluye las siguientes obras: Stephen C. Angle, *Human Rights and Chinese Thought*

Sin embargo, por fuera del estudio académico del derecho chino, siguen abundando las ideas sobre la ausencia de derecho en China. De hecho, uno de los principales obstáculos para mantener una conversación seria sobre el derecho chino son las caras de asombro que uno ve cuando confiesa su interés en el tema: “¿Pero qué ‘derecho’ chino? ¿En China no hay derecho!” (a veces seguido de un más dubitativo “¿hay derecho en China?”). A diferencia de los comparatistas más tradicionales que estudian el derecho francés o alemán, por ejemplo, el estudiante del derecho chino necesita a menudo convencer a su audiencia de que el tema existe, para empezar.

Sin embargo, en este ensayo no me ocupo de los argumentos sustantivos ofrecidos en el debate sobre la existencia del derecho en China. No lo hago porque no tenga sentido intervenir en el debate²², sino porque en este momento mi principal interés es analizar cómo Occidente ha formado su identidad cultural, en lo relativo al derecho, en contraposición a China. ¿Por qué, a pesar de los esfuerzos vigorosos por deconstruir la visión de que China carece de derecho, esa idea continúa predominando no solo entre la opinión popular y los encargados de las políticas públicas, sino también entre los académicos del derecho no especializados en China y los académicos estudiosos de China que no se especializan en su derecho?²³ Por ejemplo, el derecho civil chino se ha descubierto y redescubierto periódicamente en Occidente. ¿Qué preconcepciones hacen posible que sea descubierto y luego olvidado con tanta rapidez, a la espera de volver a ser “descubierto”?

Sin duda hay diversas respuestas a este conjunto de preguntas. Este ensayo concentra la indagación en una tradición historiográfica específica que denomino “orientalismo jurídico”. Parte de la premisa que, en muchos sentidos, “la historia no nos pertenece; nosotros le pertenecemos”²⁴. Es inevitable que “nuestra conciencia histórica esté siempre llena de una variedad de voces en las que se oye el eco del pasado”²⁵. La historia orientalista

(Cambridge: Cambridge University Press, 2002); Wm. Theodore de Bary y Tu Weiming (eds.), *Confucianism and Human Rights* (Nueva York: Columbia University Press, 1998); Wm. Theodore de Bary, *The Liberal Tradition in China* (Hong Kong: Chinese University Press, 1983); Janet E. Ainsworth, “Interpreting Sacred Texts: Preliminary Reflections on Constitutional Discourse in China”, 43 *Hastings Law Journal* 273 (1992); Wm. Theodore de Bary, “The ‘Constitutional Tradition’ in China”, 9 *Journal Chinese Law* 7 (1995); Ju-ao Mei, “China and the Rule of Law”, 5 *Pacific Affairs* 863 (1932); Richard Vuytsteke, “Tung Chung-shu: A Philosophical Case for Rights in Chinese Philosophy”, en Richard Vuytsteke, *Law and Society. Culture Learning Through Law: A Seminar on ‘Problems of Law and Society: Asia, the Pacific, and the United States* (Honolulu: East-West Culture Learning Institute, 1977), p. 303.

22 Yo mismo he participado en el debate argumentando que China tiene, de hecho, una tradición de “derecho societario”, a pesar de afirmaciones históricas en contrario. Véase Ruskola, “Conceptualizing Corporations and Kinship”, *supra* nota 15.

23 Cfr. Alford, “Law? What Law?”, *supra* nota 13.

24 Hans-Georg Gadamer, *Truth and Method* (editado por Joel Weinsheimer y Donald G. Marshall; 2.ª ed. rev.; Nueva York: Crossroad, 1989 [1960]), p. 276.

25 *Ibid.*, p. 284.

del derecho comparado constituye una importante tradición de la cual surge el trabajo de los comparatistas contemporáneos del derecho, y, ya sea que rechacemos o sigamos esa tradición, sigue proporcionando el contexto en el que ese trabajo se escribe, lee, entiende y malinterpreta. Cuando David Halperin describe la maravillosa eficiencia con la que el prejuicio se apoya en las “verdades” tácitas de la comunicación, “si el mensaje ya se está esperando en el lado del receptor, ni siquiera hay que enviarlo; solo necesita activarse”²⁶. Sean los que sean nuestros “prejuicios” sobre el derecho chino —y pueden ser positivos o negativos—, en nuestros escritos probablemente activaremos mensajes de los que ni siquiera somos conscientes. Mediante la elaboración de una genealogía del orientalismo jurídico espero analizar algunos de los prejuicios culturales predominantes que inspiran la interpretación de las obras académicas comparadas sobre el derecho chino.

En otras palabras, este ensayo intenta explicar el contexto en el que se desarrolla necesariamente el estudio del derecho chino y comprender la historicidad del trabajo académico contemporáneo. ¿Qué podemos aprender de la historia del derecho comparado y, de hecho, de la historia jurídica china?²⁷. Sugeriría que al considerar el orientalismo jurídico como la tradición cultural actual podemos comprender mejor por qué aun hoy las afirmaciones sobre la condición del derecho chino son tan reiteradamente *normativas*. ¿Por qué la declaración de que China carece de “derecho” (de nuevo, como quiera que se defina este) nunca es una afirmación fáctica sin más, sino que constituye una acusación implícita contra China y sus tradiciones culturales?

Después analizaré los procesos mediante los cuales las afirmaciones sobre la ausencia presunta de derecho en China se han convertido parcialmente en la identidad cultural de los observadores y, a su vez, han contribuido a los contenidos de esas mismas observaciones. En un análisis final, el objeto de mi indagación son ciertas representaciones occidentales del derecho chino y de las ideas de legalidad y de subjetividad jurídica implícitas en ellas. En última instancia, el proyecto es hermenéutico en el sentido gadameriano: su objetivo “no es desarrollar un procedimiento” para comprender el derecho chino, “sino aclarar las condiciones en las que [esa] comprensión tiene lugar”²⁸. Nos guste o no, el orientalismo jurídico es una condición del conocimiento occidental del derecho chino.

Sin embargo, mientras que en Occidente tal vez nos divierta conocer la visión sinocéntrica del mundo —la palabra china para “China”, *Zhōngguó*, significa “nación central” o “Reino del Medio”—, aceptamos de

26 David M. Halperin, *St. Foucault: Towards A Gay Hagiography* (Nueva York: Oxford University Press, 1995), p. 13.

27 Cfr. *ibid.*, p. 299 (“El pensamiento auténticamente histórico debe considerar su propia historicidad”).

28 *Ibid.*, p. 295.

manera casi inconsciente la idea de que nosotros somos el Primer Mundo, separados por dos niveles del así llamado Tercer Mundo. Dejando a un lado el solipsismo occidental, las culturas no vienen etiquetadas con números ordinales. Si se tiene en cuenta el eurocentrismo tradicional del trabajo académico jurídico²⁹, tal vez la categoría “derecho” esconda más de lo que ilumina; ¿podría ser mejor hablar del estudio de, por ejemplo, el “control social comparativo” que del derecho comparado?³⁰.

En palabras de Dipesh Chakrabarty, las categorías analíticas europeas son “a la vez indispensables e inadecuadas para ayudarnos a analizar las experiencias de la modernidad política en las naciones no occidentales”³¹. La respuesta de Chakrabarty a esta paradoja es el proyecto de “provincialización de Europa”: descentrar las categorías analíticas occidentales y someterlas, junto con sus historias, a un escrutinio crítico. Sin embargo, teniendo en cuenta el hecho del que el pensamiento occidental es hoy “herencia de todos [...] y nos afecta a todos”, la tarea no es, ni puede ser, la eliminación final de todas las estructuras analíticas del pensamiento europeo, entre las cuales están las ideas occidentales de derecho. Es más productivo lo que Chakrabarty busca: explorar cómo las tradiciones europeas “podrían renovarse desde y para los márgenes”³². Un aspecto de provincializar Europa debe ser la provincialización de las concepciones euroestadounidenses del derecho y de sus categorías, más que descartarlas³³. Yo

29 Cfr: Kenneth B. Nunn, “Law as a Eurocentric Enterprise”, 15 *Law and Inequality* 323 (1997).

30 En el contexto de la antropología jurídica, los antropólogos John Comaroff y Simon Roberts responden de manera afirmativa esta pregunta: “El argumento para perpetuar una antropología discreta del derecho, si eso implica continuar con la reificación de ‘lo jurídico’, no es convincente”, y proponen en lugar de eso el estudio de los procesos de conflicto en su contexto cultural. John Comaroff y Simon Roberts, *Rules and Processes: The Cultural Logic of Dispute in an African Context* (Chicago: University of Chicago Press, 1981), p. 249.

31 Dipesh Chakrabarty, *Provincializing Europe: Postcolonial Thought and Historical Difference* (Princeton: Princeton University Press, 2000), p. 16.

32 *Ibidem*.

33 Cfr: Mirjan Damaska, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process* (New Haven: Yale University Press, 1986), p. 199 (en el que se observa que una definición de “derecho” tan restrictiva como para excluir a China de ella “obedece al dogmatismo del no viajado”). Este proyecto de provincialización del derecho ya ha comenzado en varios frentes. Ejemplos importantes del interés teórico general, creciente, en analizar la relación entre derecho y colonialismo serían Eve Darian-Smith y Peter Fitzpatrick (eds.), *Laws of the Postcolonial* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 1999); Peter Fitzpatrick, *Modernism and the Grounds of Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001); Symposium, “Colonialism, Culture, and the Law”, 26 *Law & Social Inquiry* 305 (2001); Symposium, Post-Colonial Law—Uses of Theory in Law Reform Projects, 10 *American University Journal of Gender Social Policy & Law* 535 (2001); y Symposium, “Re-Orienting Law and Sexuality”, 48 *Cleveland State Law Review* 1 (2000); número especial, “Postcolonialism, Globalization and Law”, 1999 *Third World Legal Studies* 1. Hay un número creciente de análisis poscoloniales en muchas subáreas del derecho, como la propiedad intelectual (por ejemplo, Rosemary J. Coombe, “The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity: Native Claims in the Cultural Appropriation Controversy”, 6 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 249 [1993]); inmigración (por ejemplo, Tayyab Mahmud, “Migration, Identity, and the Colonial Encounter”, 76 *Oregon Law Review* 633 [1997]); derecho medioambiental (por ejemplo, Benjamin J. Richardson, “Environmental Law in Postcolonial Societies: Straddling the Local Global Institutional Spectrum”, 11 *Colorado Journal International Environmental Law & Policy* 1 [2000]); y teoría crítica del derecho (por

lo hago aquí cuando analizo la creación histórica del sujeto jurídico euro-estadounidense frente a su contraparte china, y las implicaciones que tiene esa historia para el estudio del derecho chino hoy.

Por consiguiente, ¿cuáles son las connotaciones que tiene el concepto de “derecho” y cómo matizan nuestra relación con la entidad política y cultural a la que nos referimos como “China”? Los defectos del derecho chino se achacan a menudo a una confusión presunta de categorías, a la tendencia de los chinos a mezclar derecho y moralidad, o derecho y costumbre, por ejemplo. Esas afirmaciones tienen un gran atractivo intuitivo. Como en la entrada enciclopédica china, en su brillante condescendencia, que abre uno de los epígrafes de este ensayo, descrita por Michel Foucault en el prefacio de *Las palabras y las cosas*³⁴, esas afirmaciones se ajustan a las expectativas sobre la locura taxonómica china y su diferencia cultural irreductible. Sin embargo, muchos de los lectores de Foucault ignoran que esa entrada enciclopédica sorprendente que cita no es una entrada enciclopédica en absoluto. Es una cita de una fábula de Jorge Luis Borges, que Foucault usa magistralmente para establecer un tejido epistemológico para los sistemas europeos de conocimiento³⁵. Se supone, aunque no se puede estar seguro, que Foucault es consciente de lo que hace cuando recurre a esa cita³⁶. En cualquier caso, lo que *es* seguro es que muchas de las ideas persistentes occidentales sobre el derecho chino se basan en fábulas orientalistas y muestran tener poca conciencia de ese hecho.

Esa teoría occidental fabulosa del derecho chino es el objeto del resto de este ensayo, con las siguientes divisiones. En la siguiente sección se describen los límites del funcionalismo, el paradigma teórico dominante en el derecho comparado, y se propone el análisis del “orientalismo jurídico” como punto de partida alternativo. Antes de ocuparme del “otro” oriental, se analizan, en la sección “Hacia una ética del orientalismo”, los

ejemplo, Chantal Thomas, “Critical Race Theory and Postcolonial Development Theory: Observations on Methodology”, 45 *Villanova Law Review* 1195 [2000]; Eric K. Yamamoto, “Rethinking Alliances: Agency, Responsibility and Interracial Justice”, 3 *Asian Pacific American Law Journal* 33 [1995]]. Incluso fenómenos jurídicos estadounidenses “locales” se están interpretando desde la óptica del colonialismo; véase, por ejemplo, Christina Duffy Burnett y Burke Marshall (eds.), *Foreign in a Domestic Sense: Puerto Rico, American Expansion, and the Constitution* (Durham: Duke University Press, 2001); Sally Engle Merry, *Colonizing Hawaii: The Cultural Power of Law* (Princeton: Princeton University Press, 2000); Wendy Nelson Espeland, “Bureaucrats and Indians in a Contemporary Colonial Encounter”, 26 *Law & Social Inquiry* 403 (2001); Laura Gómez, “Race, Colonialism, and Criminal Law: Mexicans and the American Criminal Justice System in Territorial New Mexico”, 34 *Law and Society Review* 1129 (2000); Efrén Rivera Ramos, “The Legal Construction of American Colonialism: The Insular Cases”, 65 *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico* 225 (1996); Ediberto Román, “Empire Forgotten: The United States’ Colonization of Puerto Rico”, 42 *Villanova Law Review* 1119 (1997).

34 Véase *supra* nota 2.

35 Foucault no proporciona la cita al relato de Borges, aunque identifica (*correctamente*) a Borges como su autor. Véase Borges, *supra* nota 2.

36 De hecho, a pesar de hacer algún esfuerzo por mantener distancia con respecto a la ofensiva “enciclopedia china” de Borges, Foucault acaba por usar un tono muy condescendiente cuando sugiere que no podemos descartar “con completa certeza” la validez de la clasificación “china” (¿?) de animales en “domesticados” y “embalsamados”, por ejemplo. Foucault, *supra* nota 2, p. xix.

procesos generales mediante los cuales el derecho participa en la creación de un sujeto occidental diferenciado cultural y nacionalmente. En la sección “Sujetos jurídicos del orientalismo”, el corazón de este ensayo, se describe cómo el sujeto jurídico euroamericano ha imaginado su relación con su contraparte oriental, el no-sujeto no-jurídico chino, en varios contextos históricos. En la sección “Constitución jurídica del sujeto nacional” se vuelve a las implicaciones contemporáneas de la historia del orientalismo jurídico. Puesto que toda comprensión es situada, tener sesgos es inevitable y el prejuicio es la condición misma del conocimiento. En lugar del llamado imposible a acabar con toda forma de orientalismo, me ocupo de una ética del orientalismo. En un sentido importante, el proceso de comparación crea los objetos de comparación. Por consiguiente, la manera en que nos comparamos con los otros produce condiciones habilitantes y también obstáculos para las comunicaciones futuras. Un orientalismo jurídico ético presta atención a las condiciones de la formación del sujeto jurídico: en lugar de plantear que los chinos carecen, sin más, de subjetividad jurídica, permite la posibilidad de sujetos jurídicos constituidos *diferentemente*. De hecho, un enfoque más abierto a la comparación podría cambiar nuestras ideas no solo de los otros como sujetos jurídicos, sino también de nosotros mismos.

Más allá del funcionalismo

Uno de los objetivos de este artículo es ayudar al derecho comparado a ir más allá del funcionalismo. Con ese propósito, en las siguientes cuatro subsecciones se ofrece, primero, una breve explicación del funcionalismo, seguida por un análisis de sus límites, una definición preliminar de “orientalismo jurídico” y los límites metodológicos del estudio del orientalismo jurídico.

Funcionalismo

Aunque gran parte del trabajo efectuado en el derecho comparado sigue sin tener una clara conciencia metodológica, la metodología dominante es, sin duda, el funcionalismo, sea o no confesado por sus practicantes. La idea básica del funcionalismo —al principio importada al derecho comparado desde las ciencias sociales— es de una simpleza poderosa³⁷. La tarea del funcionalista es identificar alguna clase de problema más o menos

37 Para una expresión clásica del funcionalismo sociológico véase Talcott Parsons, *The Social System* (Glencoe: Free Press, 1951). El atractivo del funcionalismo no se limita, en ningún caso, al derecho comparado. Estimula gran parte del trabajo académico de derecho y sociedad, y de historia del derecho también, en donde se plasma en un paradigma evolutivo para la comprensión del cambio jurídico. Por ejemplo, en palabras de Lawrence Friedman,

universal compartido por varias sociedades y luego analizar cómo los diferentes sistemas jurídicos han resuelto el mismo problema; las soluciones jurídicas, por definición, serán equivalentes funcionales y, por consiguiente, comparables³⁸. Por ejemplo, los académicos del derecho chino han observado con frecuencia que muchas de nuestras funciones relativas a la resolución jurídica de conflictos se efectuaban en la China tradicional mediante mecanismos extrajudiciales, como la familia³⁹. En el mismo sentido, observadores acreditados han defendido que el ritual (*li*) confuciano constituía el equivalente chino del derecho natural en los primeros tiempos del Occidente moderno⁴⁰.

Límites del funcionalismo

En las ciencias sociales, el funcionalismo se agotó en gran medida en la década de los ochenta del siglo xx. Sin embargo, sigue teniendo una influencia tenaz en la imaginación de los juristas comparatistas⁴¹. Aunque

El derecho evoluciona, por lo general; cambia poco a poco [...] [L]o que se mantiene del derecho viejo es muy selectivo. Una sociedad que cambia puede hacerlo con lentitud, pero es implacable. Ni la evolución ni la revolución son sentimentales. Las viejas normas de derecho y las viejas instituciones jurídicas siguen vivas mientras tienen un propósito o, cuando al menos, no interfieren con las demandas de la vida actual... [L]as doctrinas vigentes del derecho, por muy pintorescas que parezcan, deben actuar al servicio de algún interés económico o social. Lawrence Friedman, *History of American Law* (2.ª ed.; Nueva York: Simon & Schuster, 1985), pp. 18, 23.

Sobre el papel del funcionalismo (o "adaptacionismo", como lo llama Gordon) en la historia del derecho véase, en general, Robert Gordon, "Historicism in Legal Scholarship", 90 *Yale Law Journal* 1017 (1981).

- 38 Para un manual como ejemplo véase John Barton et al. (eds.), *Law in Radically Different Cultures* (St. Paul: West Publishing Co., 1983) (en el que analiza el tratamiento de la "herencia", la "malversación", el "contrato" y el "control de la población" en las leyes de "el Occidente", Egipto, Botsuana y China).
- 39 Véase, por ejemplo, Sybille Van Der Sprenkel, *Legal Institutions in Manchu China: A Sociological Analysis* (1962), pp. 80-96. Al emplear la expresión "China tradicional" soy consciente de la división convencional de la historia de China en "tradicional" y "moderna", y que este último adjetivo "se suele referir al periodo de contacto significativo con el Occidente moderno"; Paul A. Cohen, *Discovering History in China: American Historical Writings on the Recent Chinese Past* (Nueva York: Columbia University Press, 1984), p. 58. En este artículo (como en otros lugares) uso la frase "China tradicional" simplemente para indicar cierto periodo histórico, sin intención de remitirme a una visión normativa específica de la historia. Cfr: Ruskola, "Conceptualizing Corporations and Kinship", *supra* nota 15, p. 1614, n. 37.
- 40 Véase, por ejemplo, Joseph Needham, "Human Laws and the Laws of Nature in China and the West", 2 *Science and Civilisation in China* (1956), p. 518; Hu Shih, "The Natural Law in the Chinese Tradition", en Edward F. Barrett (ed.), *University of Notre Dame Natural Law Institute Proceedings*, vol. 5 (1953), p. 119. A menos que se indique otra cosa, en el resto de este artículo uso los términos "confuciano" y "confucianismo" para referirme a la ideología estatal perpetuada por el sistema de exámenes de servicio civil imperial, con plena conciencia de que esta definición no agota todos los significados alternativos. Como he señalado antes en otro lugar: "Por un lado, este confucianismo ortodoxo, que se hizo cada vez más rígido con el paso del tiempo, se diferenció también de las políticas y las prácticas administrativas efectivas de los organismos oficiales confucianos, que no se ajustaban necesariamente a los ideales profesados por el Estado"; Ruskola, "Conceptualizing Corporations and Kinship", *supra* nota 15, p. 1607, n. 18.
- 41 Cfr: June Starr y Jane Collier, "Introduction", en June Starr y Jane Collier (eds.), *History and Power in The Study of Law: New Directions in Legal Anthropology* (Ithaca: Cornell University Press, 1989), p. 5. "Muchos antropólogos que estudiaron la gestión de conflictos en las décadas de los sesenta y

aún es una herramienta útil en manos del practicante versado, el funcionalismo, como todos los métodos, tiene límites considerables⁴². A pesar de su neutralidad valorativa aparente, el funcionalismo parte de la identificación de un problema que el derecho soluciona. Sin embargo, no es claro qué es lo que constituye un “problema”; lo que es un problema en una cultura podría no serlo en otra⁴³. Además, los funcionalistas parten a menudo de supuestos implícitos sobre qué problemas *deberían* resolverse por medios jurídicos, en lugar de resolverse por otros medios⁴⁴. En el peor de los casos, el funcionalismo conduce a una clase de imperialismo epistemológico: o bien encontramos en las culturas jurídicas extranjeras la confirmación de la universalidad (prevista) de nuestras propias categorías jurídicas o, lo que es igual de problemático, encontramos “pruebas” del hecho de que otras culturas jurídicas carecen de algún aspecto u otro de nuestro derecho.

La administración colonial de la India británica ofrece un ejemplo excelente de la primera clase de conceptualismo colonial. Bernard Cohn, al

setenta experimentaron un sentimiento de crisis del paradigma en la de los ochenta, como le ocurrió a la mayoría de los antropólogos sociales, debido a que se atacó cada vez más la teoría funcionalista (el marco con el que habíamos trabajado”).

- 42 Es decir, no rechazo todas las formas de funcionalismo ni todos sus fines. De hecho, si la “función” se concibe de forma lo suficientemente amplia puede subsumir casi cualquier metodología. Aun leyes que parecen no tener más función que la de efectuar una declaración ideológica (o, por decirlo de forma menos tendenciosa, que expresan un juicio de valor colectivo) pueden analizarse como al servicio de una función ideológica (o “expresiva”). Sin embargo, no le estoy asignando un valor, positivo o negativo, a la clasificación, y mi fin aquí se limita a examinar los límites de una manera particular de análisis que se asocia convencionalmente con esa etiqueta, en este caso, el funcionalismo sociológico. Este funcionalismo dominante tiene sus usos y yo mismo lo he usado al sugerir que el derecho de familia de finales del imperio chino tuvo muchas de las funciones económicas que el derecho societario efectúa hoy en los Estados Unidos. Sin embargo, como reconocimiento de sus límites, he buscado combinar la indagación funcionalista con un análisis hermenéutico; véase Ruskola, “Conceptualizing Corporations and Kinship”, *supra* nota 15, p. 1613 (en el que se argumenta que si bien el derecho estadounidense y chino comparten muchos parecidos funcionales, como sistemas siguen estando muy lejos el uno del otro).
- 43 El caso del derecho societario en China proporciona un ejemplo extraordinario: el problema central del derecho societario europeo se ha convertido en el problema esencial de las organizaciones empresariales chinas. Desde el análisis clásico de Berle y Means, la separación entre propiedad y gestión se ha convertido en el llamado “problema de agencia” que intenta solucionar el derecho societario estadounidense; véase, en general, Adolf A. Berle y Gardiner C. Means, *Modern Corporation and Private Property* (Nueva York: Macmillan, 1937). Cuando China aprobó una ley de sociedades lo hizo con la esperanza expresa de que la creación de una separación entre propiedad y gestión —el problema estadounidense de la agencia— solucionaría los problemas (muy diferentes) de las empresas públicas estatales. Este giro irónico se ha pasado por alto en gran medida en la literatura sobre la organización empresarial china, salvo para Donald Clarke y William Simon; véase Donald Clarke, “GATT Membership for China?”, 17 *Puget Sound Law Review* 517 (1994), p. 524; William H. Simon, “The Legal Structure of the Chinese ‘Socialist Market’ Enterprise”, 21 *Journal Corp. Law* 267 (1996); cfr. Ronald J. Gilson y Mark J. Roe, “Understanding the Japanese Keiretsu: Overlaps between Corporate Governance and Industrial Organization”, 102 *Yale Law Journal* 871 (1993), p. 874 (“Hasta la fecha, los análisis comparados del sistema japonés de gobierno societario han supuesto que el propósito central del sistema japonés, como en el sistema estadounidense, es solucionar el problema de control de Berle-Means”).
- 44 Günther Frankenberg critica este presupuesto como “legocentrismo” o la tendencia a tratar el derecho como “algo dado y como una necesidad, como el camino natural para la solución óptima, ideal o racional; y, en última instancia, para un orden social que garantice la paz y la armonía”. Frankenberg, *supra* nota 6, p. 445.

explicar el intento de Sir William Jones de describir los principios del derecho hindú nativo, defiende que lo que comenzó “como una búsqueda de la ‘antigua Constitución india’ acabó con lo que [Jones] había querido tanto evitar: con el derecho inglés como derecho de la India”⁴⁵. La razón era simple. Cuando Jones se propuso encontrar un “derecho civil hindú”, su principal atención se dirigió a temas que a él, a “un liberal en filosofía política y jurídica, le preocupaban por encima de todo: los derechos públicos y privados que afectaban la titularidad y la transmisión de la propiedad”⁴⁶. No sorprende, pues, que Jones encontrase lo que justo estaba buscando, que es de hecho el sello de un funcionalista emprendedor.

Tal vez como ejemplo trivial, aunque diciente, del peligro opuesto, es decir, del fracaso a la hora de encontrar equivalentes de las propias categorías, considérese la siguiente anécdota ocurrida en un salón de clases. Tras haber leído un artículo de Hugh Scogin sobre el “derecho de contratos” chino en la dinastía Han⁴⁷ (y el estudio muy contextualizado de Scogin indica, sin duda, la necesidad de esas comillas de advertencia)⁴⁸, un estudiante de Janet Ainsworth le preguntó inmediatamente: “Dígame... ¿habían desarrollado también los chinos la doctrina de los actos propios [hacia la época de la dinastía Han]?”. Como observa Ainsworth con acritud, el estudiante “[c]onsideró aparentemente que el desarrollo de una doctrina de los actos propios era un desarrollo evolutivo natural del derecho de contratos, de manera que una civilización que poseyera una teoría de doctrina contractual produciría al final el equivalente funcional de la sección 90 del *Restatement of Contracts*”⁴⁹.

Llevada al extremo, una insistencia incansable en la equivalencia exacta puede llevar a un funcionalista a concluir que China carece incluso de la categoría misma de “derecho”.

En favor del funcionalismo debería señalarse que no hay nada que como metodología nos obligue a encontrar una presencia o una ausencia del objeto de la comparación (o en su lugar)⁵⁰. Desde el punto de vista histórico, las variantes más actuales del funcionalismo, a diferencia de los funcionalistas evolucionistas decimonónicos, por ejemplo, han tendido a encontrar que los sistemas jurídicos “primitivos” tienen menos carencias,

45 Bernard S. Cohn, “Law and the Colonial State in India”, en *Colonialism and Its Forms of Knowledge: The British in India* (Princeton: Princeton University Press, 1996), p. 57.

46 *Ibid.*, p. 71.

47 206 a. C.-220 d. C.

48 Hugh T. Scogin, Jr., “Between Heaven and Man: Contract and the State in Han Dynasty China”, 63 *South California Law Review* 1326 (1990).

49 Ainsworth, *supra* nota 7, p. 20.

* Véase nota del traductor en la p. 257.

50 Por ejemplo, para Max Weber, el principal problema que padecía la tradición jurídica china era que no tenía un concepto de “derecho natural”. Weber, *The Religion of China*, *supra* nota 17, p. 147. Esta es justo la conclusión opuesta a la de otros dos observadores destacados, Hu Shih, *supra* nota 40, y Needham, *supra* nota 40 —una ilustración excelente de la indeterminación última del funcionalismo.

en lugar de más. En la medida en que el funcionalismo parte de la existencia de ciertas condiciones compartidas universalmente, representa el potencial de hacer que el otro exótico parezca en última instancia racional, más que solo “primitivo”. Como insiste Max Gluckman en su etnografía clásica del derecho tribal, “por desgracia, sigue siendo necesario mostrar que los africanos [...] usan procesos de razonamiento inductivos y deductivos que son en esencia parecidos a los de Occidente, aunque las premisas sean diferentes”⁵¹.

Orientalismo jurídico

*De hecho, la comprensión, como empresa intelectual continuada, no es más que la crítica rigurosa de la incompreensión, de las falsas representaciones y de toda clase de mitos y equivocaciones*⁵².

Zhang Longxi

Si la comparación es una empresa tan arriesgada inherentemente, ¿hay alguna forma de hablar sobre el derecho chino sin involucrarse en la peligrosa actividad de la comparación? Los comparatistas suelen insistir de hecho en distinguir entre el estudio del “derecho extranjero” y la disciplina del “derecho comparado”: este último consistiría en la comparación expresa de dos sistemas jurídicos, más que en la mera descripción de los sistemas jurídicos extranjeros⁵³. Sin embargo, parece ineludible que la descripción del derecho extranjero, incluida la del derecho chino, sea siempre una expresión de derecho comparado: incluso en la “mera descripción”, el punto implícito de referencia es siempre nuestro propio sistema, frente al cual comparamos la cultura objeto⁵⁴.

51 Max Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia* (Manchester: Manchester University Press, 1955). Le doy las gracias a Don Clarke por señalarme a Gluckman y a Haun Saussy en cuanto a las contribuciones positivas del funcionalismo desde el punto de vista histórico. Otros análisis parecidos del “derecho primitivo” incluyen a Karl Llewellyn y E. Adamson Hoebel, *The Cheyenne Way: Conflict and Caselaw in Primitive Jurisprudence* (Norman, OK: University of Oklahoma, 1941); Bronislaw Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society* (Nueva York: Harcourt, Brace & Co., 1926). Para un importante ejemplo reciente en el género de los manuales de derecho véase *Law in Radically Different Cultures*, *supra* nota 38.

52 Zhang Longxi, *Mighty Opposites: From Dichotomies to Difference in the Comparative Study of China* (Stanford: Stanford University Press, 1998), p. 2.

53 Merryman, *supra* nota 4, p. 82; cfr. Twining, *supra* nota 8, p. 187 (“A veces los comparatistas insisten en una distinción bastante marcada entre el derecho extranjero y el derecho comparado”).

54 Cfr. Curran, *supra* nota 7, p. 45 (en el que se argumenta que “la comparación es central en todo análisis jurídico, y es central incluso en el proceso mismo de comprensión”). De hecho, mientras que “descripción” se usa con frecuencia como un epíteto para caracterizar el trabajo académico jurídico, la dificultad de la “mera descripción” se subestima con facilidad en el contexto del derecho comparado. Véase, por ejemplo, Alford, “The Limits of ‘Grand Theory’”, *supra* nota 7 (en el que se destaca la importancia de la “descripción densa” en el sentido geertziano); cfr. Clifford Geertz, “Thick Description: Toward an Interpretive Theory of Culture”, en Clifford Geertz, *The Interpretation of Cultures* (Nueva York: Basic Books, 1973), p. 3.

Por consiguiente, la descripción del derecho chino no ocurre en un vacío. Edward Said, académico de la literatura y teórico poscolonial destacado, usa el término “orientalismo” para referirse a los discursos que estructuran la comprensión de Oriente por los occidentales⁵⁵. Subraya el grado en el que la identidad del Occidente colonial y poscolonial es una conquista retórica. En una serie de gestos imperiales hemos reducido “el Oriente” a un objeto pasivo, que se aprende por un sujeto cognitivamente privilegiado: nosotros mismos, “el Occidente”. Said nos exhorta a lo siguiente: “Sin examinar el orientalismo como discurso no es posible comprender la disciplina enormemente sistemática mediante la cual la cultura europea pudo gestionar, e incluso producir, política, social, militar, ideológica, científica e imaginativamente el Oriente durante el periodo posterior a la Ilustración”⁵⁶.

Lo que está ausente en gran medida en el derecho comparado es el estudio de formas específicamente *jurídicas* del orientalismo: las formas en las que se ha producido “el Oriente” mediante la retórica del derecho (como también ha producido “el Occidente”)⁵⁷. Más adelante se tratarán las representaciones euroamericanas del derecho chino y se analizarán sus procesos retóricos como una clase de “orientalismo jurídico”.

55 Edward Said, *Orientalism* (Nueva York: Pantheon Books, 1978); véase también Edward Said, “Orientalism Reconsidered”, en Francis Barker et al. (eds.), *Literature, Politics, and Theory* (Nueva York: Routledge, 1986), p. 210; Edward Said, “Orientalism: An Afterword”, 14 *Raritan* 32 (1995).

56 Said, *Orientalism*, *supra* nota 55, p. 3. Al describir el orientalismo como un “discurso”, Said emplea el término en un sentido explícitamente foucaultiano, en especial como se desarrolla en Michel Foucault, *The Archaeology of Knowledge and The Discourse on the Language* (trad. Alan Sheridan; Nueva York: Pantheon Books, 1972), y Michel Foucault, *Discipline and Punish: The Birth of the Prison* (trad. Alan Sheridan; Nueva York: Pantheon Books, 1977). Sin embargo, igual que se le ha achacado a Foucault no tener un concepto de agencia que fuera más allá de la simple resistencia local a los discursos disciplinarios, el concepto de orientalismo como discurso de Said también se ha criticado por ser demasiado hegemónico al no reconocer a “Oriente” un papel en su formación. Véase, por ejemplo, Dennis Porter, “Orientalism and Its Problems”, en Francis Barker et al. (eds.), *The Politics of Theory* (Essex: University of Essex, 1983), p. 179. En parte como respuesta a esas críticas, en obras posteriores Said intenta proporcionar un estudio más amplio del imperialismo que incluye “un patrón general mundial de la cultura imperial” y que incorpora también “una experiencia histórica de resistencia contra el imperio”. Edward Said, *Culture and Imperialism* (Londres: Chatto and Windus, 1993), p. xii. De hecho, gran parte del desarrollo posterior de la teoría poscolonial, en especial en el trabajo de Gayatri Spivak y Homi Bhabha, se puede considerar un esfuerzo por resistirse a las lecturas totalizadoras del orientalismo, y se pone un énfasis creciente en la hibridación cultural, la ambivalencia psicológica y la diáspora geográfica de los sujetos (pos)coloniales.

57 Uso la expresión “el Occidente” con prudencia, puesto que reconozco plenamente que “el Occidente” no existe como un ente monolítico e indiferenciado más de lo que lo hace “el Oriente”. Como lo uso en este artículo, los “occidentales” y los “orientales” viven en el espacio también, no solo en el “discurso”. No obstante, como Haun Saussy observa apropiadamente, con referencia a la idea de Occidente, “Occidente” es una palabra claramente vaga. Haun Saussy, “Postmodernism in China”, en *Great Walls of Discourse and Other Adventures in Cultural China* (Cambridge: Harvard University Press, 2001), pp. 118, 120. Estudios recientes sobre la transnacionalidad china ilustran, desde el punto de vista geográfico, cómo las formaciones culturales chinas se expanden por “el Occidente” y el “Este”. Véase, por ejemplo, Madeline Hsu, *Dreaming of Gold, Dreaming of Home: Transnationalism and Migration between the United States and South China, 1882-1943* (Stanford: Stanford University Press, 2001); Adam McKeown, *Chinese Migrant Networks and Cultural Change: Peru, Chicago, Hawaii, 1900-1936* (Chicago: University of Chicago Press, 2001); Aihwa Ong, *Flexible Citizenship: The Cultural Logics of Transnationality* (Durham: Duke University Press, 1999).

Sin embargo, antes de seguir tengo que subrayar que uso el término “orientalismo” en este ensayo en el sentido técnico definido por Edward Said y elaborado por otros teóricos poscoloniales⁵⁸. Hay una importante literatura existente que critica las ideas jurídicas defendidas por los académicos orientalistas, pero estas críticas no ofrecen necesariamente un análisis “orientalista” en el sentido poscolonial en el que empleo el término. Aunque las críticas existentes son demasiado variadas como para poder caracterizarse como un único género, tienden a ser modernistas en su orientación: al mostrar las imágenes presentes en las descripciones de los académicos orientalistas clásicos, su estrategia preferida es rehabilitar a los chinos como auténticos sujetos de la modernidad (jurídica). Los análisis poscoloniales tienen un énfasis distinto. En lugar de buscar rescatar a China mediante una definición más amplia de modernidad, destacan la creación histórica de la idea de China, y de lo “no occidental” en general, como “tradicional” y “premoderno” por definición⁵⁹.

Límites del orientalismo jurídico

Aunque ningún estudio del derecho no occidental puede estar completo sin tener en cuenta los discursos orientalistas, esos análisis críticos (como sus contrapartes funcionalistas) tienen sus límites, definidos por las preguntas que se plantean.

58 Aunque este ensayo pretende analizar el derecho chino desde la óptica del orientalismo, hay al menos otros dos estudios que emplean también la expresión “orientalismo jurídico”, uno con el fin de analizar el sistema jurídico colonial británico en Birmania, y el otro para deconstruir la categoría de “derecho asiático” como se usa en Australia. Véase Hilary McGeachy, “The Invention of Burmese Buddhist Law: A Case Study in Legal Orientalism”, 4 *Australian Journal of Asian Law* 31 (2002) (en el que se analiza la administración colonial británica de Birmania); Veronica Taylor, “Beyond Legal Orientalism”, en Veronica Taylor (ed.), *Asian Laws through Australian Eyes* (New South Wales: Law Book Company Ltd, 1997), p. 47 (en el que se rebate la categoría de “derecho asiático”).

59 De hecho, lo que un análisis poscolonial añade a otras críticas es mostrar la naturaleza mutuamente constitutiva de categorías como “moderno/tradicional” y “occidental/oriental”. Es decir, el “problema” que hay que abordar no es tan solo el que académicos específicos, como Hegel o Marx, por ejemplo, puedan haber sido “orientalistas” en sus opiniones, sino que el “orientalismo” como perspectiva sobre el mundo está insertado en la idea misma de la legalidad (occidental) moderna; un aspecto que surge incluso con mayor claridad cuando el análisis poscolonial se combina con la teoría constitutiva del derecho. Aunque las críticas modernistas y poscoloniales que he presentado aquí son analíticamente diferenciables, sus intervenciones pueden ser complementarias. La afirmación de que China carece de “derecho”, por ejemplo, se puede refutar argumentando cómo y por qué China sí tiene derecho (en el sentido moderno) o mostrando cómo el derecho se ha conformado históricamente para excluir de su definición a China. En otro lugar he tratado lo que aquí llamo el proyecto modernista: la expansión de la definición del “derecho societario” occidental para incluir el funcionamiento del derecho de familia chino; véase Ruskola, “Conceptualizing Corporations and Kinship”, *supra* nota 15. Para importantes ejemplos contemporáneos de críticas de los análisis orientalistas del derecho chino, sobre todo en el estilo modernista, aunque no solo, véanse, por ejemplo, Alford, *supra* nota 7; William P. Alford, “The Inscrutable Occidental: Roberto Unger’s Uses and Abuses of the Chinese Past”, 64 *Texas Law Review* 915 (1986); Randall Peerenboom, “The X-Files: Past and Present Portrayals of China’s Alien ‘Legal System’”, 2 *Global Studies Law Review* 37 (2003); Hugh Scogin, “Civil ‘Law’ in Traditional China: History and Theory”, en *Civil Law in Qing And Republican China*, *supra* nota 21, p. 13.

En primer lugar, no hay ninguna versión definitiva del orientalismo⁶⁰. El Occidente tiene muchos “otros” orientales (y “otros” no orientales), que varían mucho en cuanto a sus características e historias particulares, aunque todos comparten el hecho de que se les define por su relación con Occidente, como distintos “otros” que confirman diferentes aspectos de la autocomprensión de Occidente⁶¹. Los análisis poscoloniales del derecho tienden a desarrollarse más en el contexto de Oriente Medio y el sur de Asia, debido, en parte, al hecho de que muchas de las obras clásicas de la teoría poscolonial se concentran en esas áreas geográficas⁶². En este ensa-

60 De hecho, la expresión “teoría poscolonial” es un marcador de numerosas posiciones teóricas con varios grados de especificidad histórica. Cfr: Stephen Siemon, “The Scramble for Post-Colonialism”, en Chris Tiffin y Alan Lawson (eds.), *De-Scribing Empire: Postcolonialism and Textuality* (Nueva York: Routledge, 1994), pp. 15, 16 (“‘Poscolonialismo’, como se usa hoy en varios campos, describe un conjunto bastante heterogéneo de posiciones subjetivas, campos profesionales y empeños críticos”).

61 Esta característica estructural del discurso orientalista ni siquiera se limita a las ideas sobre Oriente, como quiera que se defina geográfica, cultural o temporalmente. Considérese, por ejemplo, la estrecha afinidad entre el orientalismo de Said y la descripción que hace Toni Morrison del “africanismo”, o la creación de una “África” imaginaria en la literatura estadounidense:

el africanismo es el vehículo a través del cual el yo estadounidense no está esclavizado, sino libre; no es repulsivo, sino deseable; no es indefenso, sino empoderado y poderoso; no es ahistórico, sino histórico; no está condenado, sino que es inocente; no es un accidente ciego de la evolución, sino el cumplimiento progresivo del destino. Toni Morrison, *Playing in the Dark: Whiteness and the Literary Imagination* (1992), p. 52.

Para ejemplos de lo que podría llamarse “africanismo jurídico” o análisis de las formas en que la África de Hegel ha funcionado como uno de los varios otros jurídicos de Occidente véanse Fitzpatrick, *supra* nota 33; y Robert Bernasconi, “Hegel in the Courts of Ashanti”, en Stuart Barnett (ed.), *Hegel after Derrida* (Londres y Nueva York: Routledge, 1998), p. 41. Sobre la diferenciación entre África y Asia en el contexto moderno véase también Gayatri Chakravorty Spivak, *Outside in the Teaching Machine* (Nueva York: Routledge, 1993), pp. 53-54.

62 Para obras sobre el subcontinente véase, por ejemplo, Radhika Singha, *A Despotism of Law: Crime and Justice in Early Colonial India* (1998); Upendra Baxi, “‘The State’s Emissary’: The Place of Law in Subaltern Studies”, en Partha Chatterjee y Gyanendra Pandey (eds.), *Subaltern Studies: Writings on the South Asian History and Society*, vol. 7 (Nueva York: Oxford University Press, 1992); Ratna Kapur, “Postcolonial Erotic Disruptions: Legal Narratives of Culture, Sex and the Nation in India”, *10 Columbia Journal Gender & Law* 333 (2001); Prabha Kotiswaran, “Preparing for Civil Disobedience: Indian Sex Workers and the Law”, *21 B.C. Third World Law Journal* 161 (2001); Kunal Parker, “‘A Corporation of Superior Prostitutes’: Anglo-Indian Conceptions of Temple Dancing Girls, 1800-1914”, *32 Modern Asian Studies* 559 (1998); Note, “Interpreting Oriental Cases: The Law of Alterity in the Colonial Courtroom”, *107 Harvard Law Review* 1711 (1994). Para análisis importantes de las comprensiones orientalistas del derecho en el contexto de Oriente Medio véanse Lama Abu-Odeh, “Comparatively Speaking: The ‘Honor’ of the ‘East’ and the ‘Passion’ of the ‘West’”, *1997 Utah Law Review* 287; Lama Abu-Odeh, “Crimes of Honour and the Construction of Gender in Arab Societies”, en Mai Yamani (ed.), *Feminism and Islam: Legal And Literary Perspectives* (Nueva York: Ithaca Press, 1996), p. 141; John Strawson, “Islamic Law and English Texts”, *6 Law and Critique* 21 (1995); John Strawson, “Reflections on Edward Said and the Legal Narratives of Palestine: Israeli Settlements and Palestinian Self Determination”, *20 Penn State International Law Review* 363 (2002). Además, el hecho de que China en su conjunto nunca fuera colonizada formalmente por Occidente parece haber impedido la apreciación de las muchas formas en las que se redujo de facto a una condición colonial. Véase, por ejemplo, Shu-Mei Shih, *The Lure of The Modern: Writing Modernism in Semicolonial China, 1917-37* (Berkeley y Los Ángeles: University of California Press, 2001); Barlow, *supra* nota 18. En cualquier caso, la aplicabilidad de la teoría poscolonial no depende únicamente del grado preciso en el que un Estado occidental haya colonizado una sociedad específica. En un sentido más amplio, este cuerpo de teoría se preocupa de la formación histórica de muchos diferentes otros frente a los cuales Occidente se define a sí mismo. Al hacer eso, la teoría poscolonial no necesita suponer una trayectoria colonial/poscolonial para todas las sociedades “no occidentales”. En vez de eso

yo, el derecho chino funciona como una manifestación del orientalismo, no como un caso paradigmático⁶³. De hecho, hay múltiples orientalismos jurídicos también. Aunque me concentro aquí en ciertas representaciones históricamente dominantes del derecho chino, hay otras visiones típicas, con varios grados de influencia, que se podrían analizar con utilidad.

En segundo lugar, aquí el foco de atención son las *representaciones occidentales* del derecho chino. Estas representaciones nos dicen mucho más sobre la idea occidental del derecho, y de su ideología, de lo nos dicen sobre cualquier fenómeno equivalente (o no equivalente) en China. Por consiguiente, este artículo tiene poco que decir sobre el derecho chino *en China*, ya sea en cuanto a las prácticas jurídicas nativas o las representaciones nativas del derecho. Sin embargo, la atención solipsista a las representaciones occidentales del derecho chino no pretende sugerir que el derecho comparado haya fracasado como disciplina y que el derecho chino *no* pueda conocerse por los observadores euroestadounidenses. Describir el derecho chino y compararlo con el derecho estadounidense, por ejemplo, sigue siendo una empresa importante y viable (aunque difícil y siempre incompleta)⁶⁴. Analizar el derecho chino desde la perspectiva de la teoría poscolonial no es la estación final de la empresa comparativa,

es una técnica útil para analizar las diferentes formas en las que lo "no Occidental" se ha producido y mantenido en diferentes lugares en momentos históricos diferentes.

- 63 El orientalismo de Said se concentra en ideas de Oriente Medio que gozan de reputación en las obras literarias europeas. Mientras que para los europeos "el Oriente" connota imágenes de *Las mil y una noches*, para los estadounidenses "el Oriente" invoca Asia del Este, que le da a las ideas sobre China una posición más destacada en los orientalismos estadounidenses. Después de Said, los estudios sobre el orientalismo han proliferado y este ensayo representa una de sus muchas expresiones: —británica, francesa, asiaticestadounidense, alemana, global, feminista, posmodernista, etcétera—. Véase, por ejemplo, Lisa Lowe, *Critical Terrains: French and British Orientalisms* (Ithaca y Londres: Cornell University Press, 1991); Sheng-Mei Ma, *The Deathly Embrace: Orientalism and Asian American Identity* (Mineápolis: University of Minnesota Press, 2000); Kamakshi P. Murti, *India: The Seductive and Seduced "Other" of German Orientalism* (Westport: Greenwood Press, 2000); Bryan Turner, *Orientalism, Globalism, Postmodernism* (Londres: Routledge, 1994); Meyda Yegenoglu, *Colonial Fantasies: Towards A Feminist Reading of Orientalism* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998).
- 64 En un estudio pionero sobre las barreras a la hora de conocer el otro, y en especial al otro no perteneciente a la élite (al otro "subalterno", en el lenguaje de los estudios poscoloniales), Gayatri Spivak plantea la pregunta de manera provocativa en "Can the subaltern speak?". Su primera respuesta apasionada fue: "¡No!". Véase Gayatri Chakravorty Spivak, "Can the Subaltern Speak?", en Cary Nelson y Lawrence Grossberg (eds.), *Marxism and The Interpretation of Culture* (Basingstoke: Macmillan Education, 1988), p. 271. En una revisión posterior del ensayo, Spivak caracteriza su respuesta inicial como "recomendable" y señala la importancia de tener una actitud "positiva" sobre la posibilidad de comunicarse con el subalterno, aunque advierte contra la identificación ingenua de la interpretación académica propia del otro con "la 'expresión' del subalterno"; Gayatri Chakravorty Spivak, *A Critique of Postcolonial Reason: Toward a History of the Vanishing Present* (Cambridge: Harvard University Press, 1999), p. 309; véase también Gayatri Chakravorty Spivak, "Subaltern Studies: Deconstructing Historiography", en Gayatri Chakravorty Spivak, *Other Worlds: Essays in Cultural Politics* (Nueva York: Routledge, 1987), pp. 197, 205 (en el que explica una práctica de "uso estratégico del esencialismo positivista con un interés político escrupulosamente visible"). Sobre las cuestiones metodológicas de la "subalternidad" en el contexto del estudio de Chin véase Gail Hershatter, "The Subaltern Talks Back: Reflections on Subaltern Theory and Chinese History", *I Positions* 103 (1993). Sobre los orígenes marxistas del término "subalterno" véase Antonio Gramsci, *Selections from The Prison Notebooks* (trans. Quintin Hoare y Geoffrey Nowell Smith; Nueva York: International Publishers, 1971), pp. 52-55.

solo su punto de partida⁶⁵. De hecho, tal vez se conceptualiza mejor el proyecto como un enfoque metateórico de la comparación, como un estudio sobre *cómo* miramos el derecho chino y cómo esos hábitos de percepción “nos” constituyen en parte como “el Occidente”.

En tercer lugar, la distinción entre el derecho como sistema de representación y el derecho como práctica material no solo es heurística. Como Robert Cover observa de manera sucinta, el derecho se define mediante la “palabra” y la “violencia”, y las dos están conectadas íntimamente⁶⁶. Las referencias en este artículo al “derecho chino” y al “derecho occidental” o “estadounidense” deberían leerse, por lo tanto, como si estuvieran entre comillas, para subrayar que cada una se considera primordialmente como una idea y una representación cultural, al mismo tiempo que se reconoce que la manera en la que nos imaginamos a través del derecho afecta también a la manera en que actuamos⁶⁷, y nuestras acciones afectan, a su vez, las condiciones materiales que apoyan y dan lugar a las representaciones y las ideologías jurídicas⁶⁸.

En cuarto lugar, ni el derecho occidental ni el derecho chino existen aislados el uno del otro. Cómo Occidente imagina a China y al derecho chino ha marcado sus encuentros con la ideología y las prácticas jurídicas chinas. A su vez, estos encuentros han influenciado, mediante la interpretación y la malinterpretación, el estatus de China y del derecho chino en las mentes occidentales. En el mismo sentido, los chinos han llevado sus propias ideas sobre Occidente a esos encuentros y han cambiado, a su vez, su comprensión y sus malentendidos sobre el derecho occidental. De hecho, desde los primeros contactos sinoeuropeos, los chinos han usado también Occidente para sus propios fines instrumentales, para confirmar *su* autocomprensión de lo que significa ser chino. Además, los observadores estadounidenses y europeos no tienen el monopolio de la comprensión orientalista del derecho chino. Hoy la idea de la superioridad occidental

65 Para una indagación metodológica reciente sobre el siguiente paso, es decir, sobre cómo deberíamos abordar la descripción del derecho chino, véase Donald Clarke, “Puzzling Observations About Chinese Law: When Is a Riddle Just a Mistake?” (documento de trabajo no publicado), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=293627.

66 Robert M. Cover, “Violence and the Word”, 95 *Yale Law Journal* 1601 (1986). Para un análisis marxista de la materialidad de la ideología y su incorporación en las prácticas materiales del Estado véase Louis Althusser, “Ideology and Ideological State Apparatuses (Notes Toward an Investigation)”, en Ben Brewster (ed.), *Lenin and Philosophy and Other Essays* (Cambridge: Harvard University Press, 2001) (1971), pp. 85, 112 (“[U]na ideología, y su práctica, o prácticas, existen siempre en un aparato. Esa existencia es material”).

67 Cfr. Clifford Geertz, “Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective”, en Clifford Geertz, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology* (Nueva York: Basic Books, 1983), pp. 167, 173 (en el que se describe el derecho como “una manera diferenciada de imaginar lo real”).

68 Para una petición urgente a los teóricos occidentales de que tengan en mente la “realidad china”, por elusiva que pueda ser, véase Zhang Longxi, “Western Theory and Chinese Reality”, 19 *Critical Inquiry* 105 (1992).

goza de aceptación global y eso ha producido respuestas culturales y jurídicas chinas cuya mejor descripción sería la de “autoorientalismo”⁶⁹.

En palabras simples, el derecho chino y occidental están ligados intersubjetivamente en la imaginación china y occidental. Boaventura de Sousa Santos se refiere acertadamente a esta clase de intersubjetividad como “interlegalidad”, que define como “no el pluralismo jurídico de la antropología jurídica tradicional, en la que diferentes órdenes jurídicos se conciben como entidades separadas que coexisten en el mismo espacio político, sino más bien [como] la concepción de diferentes espacios jurídicos superpuestos, entrecruzados y mezclados en nuestras mentes y nuestras acciones...”⁷⁰.

Por lo tanto, en la medida en que vivimos necesariamente nuestras vidas jurídicas “en la intersección de diferentes órdenes jurídicos”⁷¹, los ordenamientos jurídicos chinos y occidentales no son discretos, ni siquiera como sistemas de representación.

Así, debido a la interlegalidad del derecho chino y occidental, la carga con la que los occidentales llegan a su comprensión del derecho chino incluye no solo sus “propios” sesgos, sino también muchas veces los de los chinos. Es decir, la retórica de la ideología confuciana oficial de China privilegió sistemáticamente la moralidad sobre el derecho como medio de control social, aun si en la práctica el Estado se apoyó en un complejo sistema jurídico para gobernar el imperio. Sin embargo, en un proceso de “confucianización”, el derecho terminó por encarnar los valores de la moralidad confuciana oficial, lo que en cierto sentido le permitió a ese derecho

69 Es decir, los objetos del conocimiento orientalista cumplen sus profecías al adoptarlo. Cfr: Said, *Orientalism*, *supra* nota 55, p. 325 (“[E]l Oriente moderno, en síntesis, participa de su propia orientalización”).

70 Santos, *supra* nota 9, pp. 472-473 (1995). Es evidente que, como gran parte de la literatura que toma como punto de referencia la globalización, Santos contempla su “interlegalidad” como una forma de legalidad, en gran parte nueva y peculiarmente posmoderna, pero el fenómeno no es nuevo en absoluto, aunque tal vez esté más pronunciado hoy. Compárese, por ejemplo, H. Patrick Glenn, “North America as a Medieval Legal Construction”, 2 *Global Jurist Advances* 1 (2002), [atdistinchttp://www.bepress.com/gj/advances/vol2/iss1/art1/](http://www.bepress.com/gj/advances/vol2/iss1/art1/) (en el que asemeja la arquitectura legal de la Norteamérica pos ALCAN con la de la Europa medieval, en la que las relaciones jurisdiccionales son principalmente “horizontales en lugar de verticales [...] provisionales en lugar de definitivas [...] y contrapuntísticas en lugar de conflictivas”), con Harold Berman, *Law and Revolution: The Formation of The Western Legal Tradition* (Cambridge: Harvard University Press, 1983), p. 10 (“[T]al vez la característica más distintiva de la tradición jurídica occidental es la coexistencia y la competencia en la misma comunidad de jurisdicciones diversas y sistemas jurídicos diversos”). Para una oposición enfática a la visión de que China y, por derivación, el derecho chino existen en un aislamiento milenario del resto del mundo véase Joanna Waley-Cohen, *The Sextants of Beijing: Global Currents in Chinese History* (Nueva York: W.W. Norton and Company, 1999). Véase también Lionel M. Jensen, *Manufacturing Confucianism: Chinese Traditions and Universal Civilization* (Durham: Duke University Press, 1997) (en el que se argumenta que lo que nosotros entendemos por “confucianismo” es en realidad una invención conjunta sinooccidental). Para un reciente análisis de la intersubjetividad de las comprensiones latinoamericanas y europeas en el derecho comparado véase Jorge L. Esquirol, “The Fictions of Latin American Law (Part i)”, 1997 *Utah Law Review* 425 (en el que se analiza la representación del derecho latinoamericano como “europeo” en la obra de René David y sugiere que esta “ficción” de europeidad se ha interiorizado por los juristas latinoamericanos).

71 Santos, *supra* nota 9.

confucianizado ocultarse a plena vista⁷². Como señala William Alford, los académicos estadounidenses no han conseguido apreciar el papel del derecho en China debido a su tendencia a entender literalmente los pronunciamientos confucianos oficiales⁷³. En efecto, el orientalismo jurídico occidental reproduce así algunos de los sesgos de la ideología confuciana.

Por último, tengo que reconocer la paradoja implícita derivada de conceptualizar mi uso de las herramientas analíticas de la teoría poscolonial como una intervención en el campo del “derecho comparado”. La disciplina del derecho comparado, como se practica convencionalmente, se apoya en una idea del mundo como formación jurídica estable compuesta de Estados nación naturalizados, que es justo la visión del mundo a la que se opone la teoría poscolonial, tanto descriptiva como normativamente. Sin embargo, como sugiere el análisis presentado y como bien saben los juristas comparatistas perspicaces, “el derecho no se puede pensar exclusivamente en términos nacionales, y ya no se puede adoptar una distinción tajante entre el derecho nacional y el derecho extranjero”⁷⁴. No solo la distinción erosionada entre el derecho nacional y el extranjero cuestiona la comparación nacional-extranjero como el fundamento sólido del derecho comparado, sino que la difuminación de las categorías entre creación del derecho a nivel nacional y a nivel internacional aglutina también a los juristas comparatistas e internacionalistas en un campo global, comparado, de interlegalidad⁷⁵. El hecho de que este ensayo parta del derecho comparado como punto retórico de entrada para un análisis jurídico poscolonial es, sobre todo, un efecto de las distinciones disciplinarias. Una intervención parecida podría realizarse también mediante el derecho internacional, por ejemplo, como un análisis de la construcción jurídica de las identidades nacionales distintivas y su relación con normas internacionales “universales”⁷⁶.

72 Para relatos sobre la confucianización del derecho chino véase Derk Bodde y Clarence Morris, *Law in Imperial China* (1967), y Ch'o T'ung-Tsu, *Law And Society in Traditional China* (París: Mouton, 1961).

73 Véase Alford, “Law? What Law?”, *supra* nota 13, p. 48.

74 Patrick Glenn, “Harmonization of Law, Foreign Law and Private International Law”, *1 European Review of Private Law* 47 (1993), p. 63.

75 Cfr. George Bermann, “Comparative Law in the New European Community”, 21 *Hastings International & Comparative Law Review* 865 (1998), p. 869 (en el que se observa la necesidad de nuevas metodologías comparativas “en un entorno desacostumbrado configurado por nuevos procesos internacionales”).

76 Véase David Kennedy, “New Approaches to Comparative Law: Comparativism and International Governance”, 1997 *Utah Law Review* 545. Los enfoques poscoloniales parecen haber tenido una presencia mayor en el derecho internacional que en el derecho comparado. De hecho, no es posible ofrecer una bibliografía completa en los límites de una nota a pie de página. En el campo, los ejemplos incluyen Annelise Riles, *The Network Inside Out* (2000); Padideh Ala'i, “The Legacy of Geographical Morality and Colonialism: A Historical Assessment of the Current Crusade against Corruption”, 33 *Vanderbilt Journal Transnational Law* 877 (2000); Antony Anghie, “Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law”, 40 *Harvard International Law Journal* 1 (1999); Antony Anghie, “On the Indians Lately Discovered and Sixteenth-Century International Law”, 92 *American Society International Law Proceedings* 374 (1998); Nathaniel

Construcción jurídica del sujeto nacional

*Cuando no es en absoluto ficción, la oposición tradicional establecida entre Oriente y Occidente no se observa en ningún otro sitio con mayor claridad que en el dominio del derecho*⁷⁷.

Jean Escarra

El núcleo de este artículo es un análisis comparado de dos sujetos jurídicos, los estadounidenses y los chinos⁷⁸. Sin embargo, no es evidente por sí mismo cuál es el papel que tiene el derecho, si es que tiene alguno, en la formación de un sujeto nacional y culturalmente caracterizado. Primero se describirá la llamada perspectiva constitutiva del derecho y luego se analizarán las formas en las que el sujeto nacional se produce parcialmente mediante los discursos jurídicos.

El derecho como constitutivo

*El Occidente [...] no se encuentra usando una brújula*⁷⁹.

Harold J. Berman

Los estudiosos funcionalistas del derecho comparado tienen una idea bastante superficial del derecho y, por lo tanto, no explican las formas en las que el derecho participa en la creación de nuestros mundos sociales y, en última instancia, de nosotros mismos. Al deconstruir la oposición binaria que esos juristas plantean entre el “derecho” y la “sociedad”, Robert Gordon argumenta que el derecho está, en realidad, “omnipresente en la mécula misma de la sociedad”, y que las instituciones creadoras de derecho

Berman, “In the Wake of Empire”, 14 *American University International Law Review* 1521 (1999); Lan Cao, “Corporate and Product Identity in the Postnational Economy: Rethinking U.S. Trade Laws”, 90 *California Law Review* 401 (2002); Anupam Chander, “Diaspora Bonds”, 76 *NYU University Law Review* 1005 (2001); Karen Engle, “Female Subjects of Public International Law: Human Rights and the Exotic Other Female”, 26 *New England Law Review* 1509 (1992); James Thuo Gathii, “Neoliberalism, Colonialism and International Governance: Decentering The International Law of Governmental Legitimacy”, 98 *Michigan Law Review* 1996 (2000); James Thuo Gathii, “International Law and Eurocentricity”, 9 *European Journal International Law* (1998); Ratna Kapur, “The Tragedy of Victimization Rhetoric: Resurrecting the ‘Native’ Subject International Post-Colonial Feminist Legal Politics”, 15 *Harvard Human Rights Journal* 1 (2002); Lydia Liu, “Legislating the Universal: The Circulation of International Law in the Nineteenth Century”, en Lydia H. Liu (ed.), *Tokens of Exchange: The Problem of Translation in Global Circulations* (Durham: Duke University Press, 1999), p. 127; Tayyab Mahmud, “Postcolonial Imaginaries: Alternative Development or Alternatives to Development?”, 9 *Transnational Law & Contemporary Problems* 25 (1999); Edward Said, “Nationalism, Human Rights, and Interpretation”, en Barbara Johnson (ed.), *Freedom and Interpretation* (Nueva York: Basic Books, 1992), p. 175.

77 Jean Escarra, *Chinese Law: Conception and Evolution, Legislative and Judicial Institutions, Science and Teaching* (trad. Gertrude R. Browne; Pekín: Éditions H. Vetch, 1936), p. 9.

78 Véase *infra*, “Sujetos jurídicos del orientalismo”.

79 Berman, *supra* nota 70, p. 2.

están entre “las fuentes principales de imágenes de orden y desorden, virtud y vicio, razonabilidad y locura”⁸⁰. De hecho, en la epistemología jurídica de Gordon “El poder ejercido por un régimen jurídico consiste menos en la fuerza que puede emplear contra los infractores de sus normas que en su capacidad de persuadir a la gente de que el mundo descrito en sus imágenes es el único posible en el que una persona cuerda querría vivir”⁸¹.

Esta idea de que el derecho es parte inseparable del mundo social, y que recibe a menudo el nombre de enfoque “constitutivo” del derecho, le asigna al derecho mucho poder, pero no es el poder estatal del derecho positivo⁸². El derecho importa, incluso de manera terrible, pero no siempre con una sanción oficial, y sin duda no ocupa un lugar privilegiado en la regulación del mundo⁸³.

Considérese la diferencia entre los enfoques constitutivos y positivistas del derecho a la luz del teorema de Coase usado en el análisis económico del derecho, por ejemplo. El teorema plantea que incluso cuando las partes no recurren a los tribunales negocian “a la sombra del derecho”, en el sentido de que sus derechos jurídicos reconocidos son la línea de base de la negociación⁸⁴. El estudio etnográfico de Robert Ellickson, sobre la solución de conflictos entre ganaderos de California, rebate esa suposición, al presentar ejemplos del conocimiento imperfecto del derecho que tienen los ganaderos. Según Ellickson, los ganaderos creen, “casi como una expresión del derecho natural”, que cuando atropellan al ganado en una carretera situada en una zona de pastoreo abierta, el dueño del ganado “tiene los derechos”⁸⁵. Sin embargo, en la práctica “todos los precedentes indican que el folclore de los ganaderos sobre esta cuestión está equivocado, sin más”⁸⁶.

80 Robert Gordon, “Critical Legal Histories”, 36 *Stanford Law Review* 57 (1984), p. 109.

81 *Ibidem*.

82 Para explicaciones constitutivas del derecho véanse, por ejemplo, Patricia Ewick, *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life* (Chicago: University of Chicago Press 1998); Foucault, *Discipline and Punish*, *supra* nota 55; Alan Hunt, *Explorations in Law and Society: Toward a Constitutive Theory of Law* (Nueva York: Routledge, 1993); Paul Kahn, *The Cultural Study of Law* (Chicago: University of Chicago Press, 1999); Paul Kahn, *The Reign of Law: Marbury v. Madison and The Construction of America* (New Haven: Yale University Press 1997); Austin Sarat y Thomas R. Keams (eds.), *Law in Everyday Life* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 1993); Sally Engle Merry, *Getting Justice and Getting Even: Legal Consciousness among Working-Class Americans* (Chicago: University of Chicago Press, 1990). Para una revisión teórica de esta literatura véase Naomi Mezey, “Out of the Ordinary: Law, Power, Culture, and the Commonplace”, 26 *Law & Social Inquiry* 145 (2001).

83 De hecho, el derecho no siempre y únicamente es constitutivo, aun si a veces tiene la capacidad de serlo (incluso con frecuencia); el derecho también puede fracasar. Véase Kitty Calavita, “Blue Jeans, Rape, and the ‘Deconstitutive’ Power of Law”, 35 *Law & Society Review* 89 (2001); *cfr. infra* texto acompañante a las notas 114-116.

84 Véase Ronald Coase, “The Problem of Social Cost”, 3 *Journal of Law & Economics* 1 (1960); *cfr.* Robert Mnookin y Lewis Kornhauser, “Bargaining in the Shadow of Law: The Case of Divorce”, 88 *Yale Law Journal* 950 (1979).

85 Robert Ellickson, *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes* (Cambridge: Harvard University Press, 1991), p. 82.

86 *Ibid.*, p. 88.

El estudio de Ellickson proporciona una dosis de escepticismo muy necesario con respecto al “centralismo jurídico” o al favorecimiento del derecho como forma de control social⁸⁷. No obstante, el hecho de que los ganaderos se “equivoken” sobre el derecho aplicable no prueba necesariamente la irrelevancia del derecho, puesto que las *ideas* del derecho que tienen los ganaderos configuran incluso así el panorama social, aunque el derecho se “malinterprete” o se “malentienda” desde el punto de vista técnico⁸⁸. Según Ellickson, el conocimiento de los ganaderos sobre la intrusión ilegal en sus propiedades es también incorrecto y, sin embargo, como dice uno de los comentaristas, “el discurso de los derechos” legales en las zonas de pastoreo tiene todavía el poder de convertir “algunos incidentes en ‘intrusiones ilegales’ y otros en ‘realidades de la vida rural’”⁸⁹.

Esta interpretación vuelve del revés el paradigma funcionalista: en lugar de ser un árbitro desinteresado que ayuda a *solucionar* los conflictos que se le presentan, el derecho los *crea* en la práctica al concederles una retórica, como la de la “intrusión ilegal”⁹⁰. Sin categorías jurídicas que los

87 *Ibidem*.

88 Esta atención focalizada en la interpretación del derecho no se reduce a la distinción del realismo jurídico entre el “derecho en los libros” y el “derecho en acción”, en el que se privilegia más el segundo por ser (más) “real”; cfr. Roscoe Pound, “Law in Books and Law in Action”, 44 *American Law Review* 12 (1910). Más bien, el derecho importa también de un tercer modo, el del “derecho en las mentes”, por usar la frase idónea de William Ewald; William Ewald, “Comparative Jurisprudence (I): What Was It Like to Try a Rat?”, 143 *University of Pennsylvania Law Review* 1889 (1995), p. 2111. Es decir, más allá de la dicotomía entre el derecho como está escrito y como se hace cumplir, importa también qué es lo que la gente piensa que es el derecho, cómo las personas comunes lo comprenden, aunque sea “equivocadamente”. Véase también James Q. Whitman, “The Moral Menace of Roman Law and the Making of Commerce”, 105 *Yale Law Journal* 1841 (1996), p. 1888 (“[Debemos conocer el trabajo docto de los juristas, pero debemos leer ese trabajo, al menos a veces, a través de los ojos de Jano”).

89 Barbara Yngvesson, “Beastly Neighbors: Continuing Relations in Cattle Country”, 102 *Yale Law Journal* 1787 (1993), p. 1798. Sobre añadir que, aunque se acepte que el mundo social, al estar constituido en categorías jurídicas, restringe nuestras opciones al limitar nuestra capacidad de imaginar algunos otros mundos sociales alternativos (aunque no todos), eso no nos priva de toda agencia. La “teoría del usuario” de Laura Nader, por ejemplo, subraya las formas en las que demandantes ingeniosos pueden manipular el derecho para su propio beneficio; Laura Nader, “The Plaintiff A User Theory”, en *The Life of The Law: Anthropological Projects* (Berkeley: University of California Press, 2002), p. 168.

90 June Starr y Jane Collier se preguntan “¿qué queda de la antropología del derecho si dudamos de que los sistemas jurídicos resuelven conflictos?”; Starr y Collier, *History and Power in The Study of Law*, *supra* nota 41, p. 5. La respuesta a su pregunta retórica es que el derecho no surge simplemente como respuesta a los problemas que surgen de la sociedad, como los funcionalistas pretenderían. En lugar de eso, el derecho sirve a menudo “funciones” que crea para sí. Para análisis de la productividad social del derecho véanse, por ejemplo, Michel Foucault, *Discipline and Punish*, *supra* nota 56 (en el que argumenta que el principal efecto de las instituciones penales modernas es la producción de criminalidad, más que su eliminación); Michel Foucault, “On the Popular Justice: A Discussion with the Maoists”, en *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972- 1977* (Nueva York: Pantheon Books, 1980), p. 35 (“[E]l aparato estatal judicial burgués, cuya forma simbólica y visible es el tribunal, tiene la función básica de introducir y aumentar las contradicciones entre las masas”); Michel Foucault, *The History of Sexuality: Volume One* (trad. Robert Hurley; Nueva York: Pantheon Books, 1978) (en el que se argumenta que la sexualidad es “el efecto de los intentos por regularla y reprimirla”); y Mark Kelman, “Consumption Theory, Production Theory, and Ideology in the Coase Theorem”, 52 *South California Law Review* 669 (1979), p. 677 (en el que observa que las normas de responsabilidad legal “afectan inevitablemente los gustos, que no se pueden tratar sin más como eventos psíquicos privados, ahistóricos e independientes”).

amparen, los “incidentes” entre ganaderos, por muy “malentendidos” que estuvieran, no serían incidentes en absoluto, sino solo la vida, parte del material crudo indiferenciado de la existencia social⁹¹.

De hecho, fuera del derecho comparado las críticas al funcionalismo tienen una historia distinguida, y algunas de las críticas más antiguas destacan el poder productivo del derecho desde el punto de vista cultural⁹². Un juicio penal, por ejemplo, es un fracaso inmenso si se ve desde la óptica funcional: “las normas de prueba son una herramienta de investigación lamentablemente ineficiente, las definiciones de responsabilidad penal pocas veces se ajustan a la psicología sensata y la sentencia penal muchas veces no sirve ninguna finalidad social”⁹³. En palabras del realista jurídico Thurman Arnold, “[l]a única función que el juicio penal puede realizar es expresar las ideas que se tienen actualmente sobre el delito y los procesos judiciales”⁹⁴. Arnold declara:

Por consiguiente, y como es obvio, la administración pública de la justicia penal no es un método para controlar el delito. Más bien es uno de los problemas que deben enfrentar los que desean controlar la actividad delictiva. Sin el drama de un proceso penal, es difícil imaginarse cuál sería la institución a la que le asignaríamos nuestros ideales contradictorios sobre la moralidad pública⁹⁵.

91 Como ejemplo más notable considérese la doctrina de la legitimidad activa. Al requerir a los demandantes que muestren un “daño real” y luego señalen algunas lesiones como “reales” y otras como “ideológicas”, el derecho de nuevo produce, en efecto, lesiones que no habrían existido sin su intervención. En sentido opuesto, también deslegitima otros “daños”, algunos de los cuales le parecerán perfectamente “reales” a los que los padecen; véase *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972) (en el que se niega legitimidad activa a los demandantes cuyos daños son “ideológicos”). Para un análisis teórico del “daño” como validador de la pretensión de subjetividad (jurídica) véase Wendy Brown, *States of Injury: Power and Freedom in Late Modernity* (Princeton: Princeton University Press, 1995).

92 Tal vez la excepción más destacada a la amplia adopción del funcionalismo en la disciplina del derecho comparado sea Alan Watson, que ha sido un ardiente enemigo del funcionalismo durante décadas. Sin embargo, ese autor no suscribe la teoría constitutiva del derecho. Por el contrario, considera el derecho como un conjunto de normas técnicas que muchas veces tienen pocos efectos, o ninguno, en el mundo “real”. Según Watson,

en Occidente las normas de derecho privado han estado, y siguen estando en gran medida, alejadas de las necesidades y los deseos de la sociedad, e incluso de su élite gobernante; en un grado que hace improbables las teorías existentes sobre el desarrollo jurídico y sobre la relación entre derecho y sociedad. Alan Watson, *Society and Legal Change* (1977), p. ix.

Para un funcionalista comprometido, un derecho auténticamente disfuncional sería un oxímoron, mientras que Watson insiste en lo contrario: “La capacidad y disposición de la sociedad para tolerar un derecho privado inapropiado es realmente destacable”, *ibid.*; véase también Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (Atenas y Londres: University of Georgia Press, 1974).

93 Guyora Binder y Robert Weisberg, “Cultural Criticism of Law”, 49 *Stanford Law Review* 1149 (1997), p. 1168 (en el que se resume la visión del derecho penal de Thurman Arnold).

94 Thurman W. Arnold, *The Symbols of Government* (New Haven: Yale University Press. 1935) (énfasis añadido), pp. 147-148.

95 *Ibidem*.

En este enfoque, el derecho es sobre todo un texto en el que inscribimos nuestros ideales. Su “función”, si acaso hemos de imputarle alguna, es expresar quiénes somos “nosotros” o cómo querríamos imaginarnos que somos⁹⁶.

El derecho y la formación del sujeto nacional

Crear un orden legal es inscribir en el derecho un sentido de unidad y propósito nacionales...⁹⁷.

June Starr y Jane Collier

Cuanto más diferente es el contexto histórico y cultural más fácil es ver los límites del funcionalismo. Como ejemplo de los procesos jurídicos que no se prestan a un análisis funcionalista considérese la práctica de procesar judicialmente a los animales en la Europa medieval. Explicar a partir de un marco funcionalista por qué los franceses del medievo eligieron juzgar a las ratas, por ejemplo, requeriría una creatividad considerable. ¿Cómo siquiera se comenzaría a estructurar la investigación?, “¿cómo trataron los franceses el problema de los roedores criminales en la Edad Media?” o “¿cómo se ocuparon los franceses del medievo de los conflictos entre especies?”. Sin duda se requeriría un análisis más específico desde lo cultural: ¿en qué supuestos se basaban esos juicios?, ¿qué los hacía concebibles en algunos lugares y épocas, pero no en otros?⁹⁸. Como señala el historiador Joseph Needham, los supuestos culturales chinos, a diferencia de los de la Europa medieval, no apoyaban la idea de juzgar a los animales: “Los chinos no eran tan presuntuosos como para suponer que conocían tan bien las leyes establecidas para los seres no humanos por Dios como para poder acusarlos por transgredirlas ante un tribunal de derecho”⁹⁹.

96 No hay duda de que Nietzsche, el gran filósofo de la antimoralidad, afirma justo lo opuesto: que el derecho no refleja quiénes somos, sino quiénes *no* somos:

Es un error grave estudiar el código penal de un pueblo como si expresara el carácter nacional. Las leyes no muestran qué es un pueblo, sino más bien lo que le es extranjero, extraño, raro, extravagante. Las leyes se refieren a la excepción de la moralidad de las costumbres y los castigos más severos se aplican a lo que se corresponde con las costumbres de un pueblo vecino.

Friedrich Nietzsche, *The Gay Science* (trad. Walter Kaufmann; Nueva York: Vintage Books, 1974) (1887), p. 109.

Sin embargo, se identifique o no un pueblo con sus leyes, ya proporcionen un modelo o un antimodelo a partir del cual definirse, en cualquier caso un análisis puramente funcional no capta el problema.

97 Starr y Collier, “History and Power”, en *The Study of Law*, *supra* nota 41, p. 11.

98 Cfr. Ewald, *supra* nota 8.

99 Joseph Needham, *Science and Civilization in China* (Cambridge: Cambridge University Press, 1956), p. 518; véase también Robert Darnton, *The Great Cat Massacre* (Nueva York: Basic Books, 1984), p. 77 (en el que se relata un juicio ficticio contra los gatos en el París del siglo xviii); Paul Schiff Berman, “An Observation and a Strange but True ‘Tale’: What Might the Historical Trials of Animals Tell Us about the Transformative Potential of Law in American Culture?”, 52 *Hastings Law Journal* 123 (2000).

Observar las conexiones entre las prácticas jurídicas y culturales no es ninguna novedad, ni siquiera para el jurista comparatista. Desde la Ilustración hasta la llegada del funcionalismo y su promesa de un paradigma científico social neutral, esas observaciones proporcionaron los principales fundamentos teóricos del derecho comparado. En pocas palabras, en este enfoque una nación se definía por una esencia cultural única, de la cual las leyes eran un mero reflejo. El *Espíritu de las leyes* de Montesquieu es el *locus classicus* de esa forma culturalista de análisis: "Las leyes políticas y civiles de una nación [...] deberían adaptarse de tal forma al pueblo para el cuál se formulan que sería mucha casualidad que las leyes de una nación sirvieran para otra"¹⁰⁰.

Para un observador contemporáneo esto es esencialismo cultural puro y simple, el pecado cardinal de la política intelectual posmoderna¹⁰¹. Sin embargo, en la medida en que la teoría poscolonial critica las pretensiones del funcionalismo y redirigen de nuevo nuestra atención hacia la identidad nacional, ¿no nos arriesgamos a regresar a los primeros análisis culturalistas á la Montesquieu? ¿No es el poscolonialismo otro caso más de dar un paso adelante y dos para atrás? De hecho, la combinación de un análisis poscolonial con una perspectiva constitutiva del derecho radicaliza el enfoque culturalista heredado, puesto que cuando la perspectiva constitutiva se extiende más allá del papel del derecho en la creación de nuestros mundos sociales para incluir su papel en la construcción de nosotros mismos, de *nuestros* *yo*es, como sujetos, entonces el derecho no se limita a reflejar "nuestra" identidad nacional preasignada, sino que *crea activamente* esa identidad¹⁰². Es decir, la conciencia del sujeto jurídico está constituida en parte por las categorías consagradas en el derecho. Por consiguiente, ningún sujeto está por fuera del derecho, y la interpretación de las categorías jurídicas no es algo que le hagamos al derecho, sino que

100 Charles Secondat de Montesquieu, *The Spirit of The Laws*, vol. 1 (1748), cap. 3. Un siglo después, Friedrich von Savigny analizó el funcionamiento del *Volksgeist*, "el espíritu del pueblo", que es una variación sobre un tema: "[E]s el espíritu de un pueblo que vive y actúa en común en todos los individuos, que alumbra el derecho positivo, que por consiguiente es, en la conciencia de cada individuo, uno y el mismo necesaria y no accidentalmente"; Friedrich Von Savigny, *System of The Modern Roman Law*, vol. 1 (trad. William Holloway; 1867), p. 12. Para un análisis de Savigny y la conocida como escuela histórica en Alemania, y sus ideas sobre la relación compleja entre el *Volksgeist* alemán y el derecho romano véase James Q. Whitman, "The Legacy of Roman Law", en James Q. Whitman, *The German Romantic Era* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1990).

101 Cfr. Annelise Riles, "Aspiration and Control: International Legal Rhetoric and the Essentialization of Culture", 106 *Harvard Law Review* 723 (1993).

102 Es decir, el derecho es performativo. La performatividad, popularizada por el análisis del sexo y el género efectuado por Judith Butler, se ha convertido tal vez en la estructura analítica más importante para comprender cómo los discursos de raza, género y sexualidad nos constituyen como sujetos. Véase, en general, *infra* nota 104. Es destacable el que Butler se inspire expresamente en la teoría de Austin de los "enunciados performativos", cuyas principales muestras son las declaraciones jurídicas. Tal vez el derecho no sea incidentalmente, sino paradigmáticamente performativo; véase, en general, John L. Austin, *How to Do Things with Words* (Oxford: Clarendon Press, 1962); J. L. Austin, "Performative Utterances", en *Philosophical Papers* (Oxford: Clarendon Press, 1961), p. 220.

en el desarrollo de esa actividad el derecho también nos ayuda —y nos limita— en nuestro proceso de “autocomprensión”¹⁰³.

Hoy hay muchos análisis de la producción discursiva de las identidades raciales, de género y sexuales, por ejemplo¹⁰⁴. Un resumen ordinario sería que la idea más crucial para el derecho comparado es que nuestros voes ontológicos reales, y en apariencia determinados, no están determinados ni son estables ontológicamente, sino que son un complejo de identidades histórica y socialmente contingentes, definidas en particular por los discursos de la raza, el género y la sexualidad. Estos discursos son parcialmente jurídicos y, en este sentido, el derecho nos “sujeta”, nos define parcialmente como sujetos.

Algunas de las explicaciones más importantes sobre la formación del sujeto destacan cómo el sujeto social se produce mediante el lenguaje y las prácticas del derecho. Por ejemplo, para Foucault el derecho es un discurso importante y uno de sus efectos es la creación del sujeto moderno¹⁰⁵. En un sentido parecido, el filósofo francés Louis Althusser insiste en

103 En palabras de Jan Haney López, las clasificaciones jurídicas de la raza “legitiman la práctica de la categorización” y limitan “las concepciones de quiénes somos”. Jan Haney López, *White by Law* (Nueva York: New York University Press, 1996), p. 126; cfr. Mark Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies* (Cambridge: Harvard University Press, 1987), p. 255 (“[L]as razas pueden definirse en Estados Unidos en una parte importante por su relación con el derecho contra la discriminación, además de constituir una influencia independiente en ese cuerpo de derecho”).

104 La literatura es voluminosa. Como ejemplos representativos considérense los siguientes. En la formulación de Butler, “el género no es una representación que un sujeto previo elige hacer; sino que el género es performativo, en el sentido de que constituye como efecto el sujeto mismo que parece expresar”; Judith Butler, “Imitation and Gender Subordination”, en Diana Fuss (ed.), *Inside/Out: Lesbian Theories, Gay Theories* (Nueva York: Routledge, 1991), p. 24; véanse también Judith Butler, *Bodies That Matter: on the Discursive Limits of “Sex”* (Nueva York: Routledge, 1993); Judith Butler, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity* (Nueva York: Routledge, 1990). Tal vez la formulación más fuerte de la producción discursiva de la “raza” sea la de Anthony Appiah: “[L]a verdad es que no hay razas... [Cuando la raza] interviene, lo hace como un intento de metonimia por cultura, y lo hace así solo a costa de biologizar lo que es ideología cultural”; Anthony Appiah, *In My Father's House: Africa in the Philosophy of Culture* (Londres: Methuen, 1992), p. 45. Sobre la formación discursiva de la orientación sexual véanse, por ejemplo, Eve Kosofsky Sedgwick, *Epistemology of the Closet* (Los Ángeles: University of California Press, 1990), y Monique Wittig, *The Straight Mind and other Essays* (Boston: Beacon Press, 1992). No hace falta decir que cuando argumentan que los sujetos se constituyen mediante acciones/cultura/discurso, ninguno de los teóricos mencionados pretende sugerir que, por lo tanto, en algún sentido “no son reales”. En la medida en que “lo real” se constituye mediante ellos, acciones/cultura/discurso tienen todos ellos profundas implicaciones materiales para sus sujetos, a menudo gravosas.

* Aunque “sujetar” y “sujeto” comparten un origen común en la palabra latina *subiicere*, el uso del verbo “sujetar” con el sentido de creación del sujeto no existe. El juego de palabras que quiere indicar sujeción y creación del sujeto es forzado, pero creo que del sentido del texto acompañante el lector puede inferirlo. La escritura original del texto crea el mismo problema en inglés, por lo que se opta por la traducción literal (*N. del T.*).

105 No hay duda de que, en sentido foucaultiano, el derecho es solo un discurso entre muchos otros. Desde una perspectiva más amplia, la obra de Foucault es un estudio de las formas en las que los seres humanos se han convertido en sujetos de varios discursos modernos, como el derecho, la medicina y la ciencia. Como observa Foucault en *Discipline and Punish*, el “alma” o la subjetividad, que creemos que habita nuestro cuerpo, es en realidad “el efecto y el instrumento de una anatomía política; el alma es la prisión del cuerpo”. Foucault, *Discipline and Punish*, *supra* nota 55, p. 30. Cuando leo como análisis jurídico la historia de la aparición de las instituciones penales modernas escrita por Foucault, este parece adoptar frecuentemente una concepción positivista, más estrecha, del derecho,

que el logro fundamental de la ideología jurídica es la idea de que “el hombre es por naturaleza un sujeto”¹⁰⁶, o, como explica con más detalle, el derecho es uno de los “rituales de reconocimiento individual, que nos garantiza que somos sujetos concretos, inconfundibles y (naturalmente) irreemplazables”¹⁰⁷. Como ejemplo del reconocimiento que hace el derecho de los individuos como sus sujetos, Althusser nos da el conocido ejemplo de “la más banal interpelación policial (o no) cotidiana: ‘¡Eh, usted, el de ahí!’”¹⁰⁸.

Si suponemos que la hipotética escena ocurre en la calle, el individuo interpelado se gira. Por este simple cambio físico de 180 grados se convierte en *sujeto*. ¿Por qué? Porque reconoció que la interpelación se dirigía “justo” a él y que “era justo él quien había sido interpelado” (y no otro). La experiencia demuestra que las telecomunicaciones prácticas de las interpelaciones son tales que la interpelación casi nunca yerra su hombre: se trate de un llamado verbal o de un toque de silbato, el interpelado reconoce siempre que era justo a él a quien se interpelaba¹⁰⁹.

En esta escena, el sujeto se genera “mediante el lenguaje, como efecto de la voz autoritaria que interpela al individuo”¹¹⁰. Aunque el derecho no es el

según la cual el derecho constituye poco más que órdenes (o, con mayor frecuencia, prohibiciones) expresas del soberano. Como observa Duncan Kennedy, Foucault opone típicamente este “poder jurídico” de alcance reducido al “poder disciplinario”, y considera el poder jurídico como “solo la forma técnica” o la “cristalización” de procesos de poder que tienen lugar lejos de las instituciones jurídicas; Duncan Kennedy, “The Stakes of Law, or Hale and Foucault!”, en Duncan Kennedy, *Sexy Dressing Etc.* (Cambridge: Harvard University Press, 1993), pp. 83, 120; véase también Hugh Baxter, “Bringing Foucault into Law and Law into Foucault”, 4 *Stanford Law Review* 449 (1996) (que señala la tendencia de Foucault hacia el positivismo jurídico). En una entrevista sobre la posibilidad de una justicia popular maoísta, Foucault reduce el derecho al “aparato estatal judicial burgués”. Foucault, “On the Popular Justice”, *supra* nota 90. Desde la perspectiva de la empresa más amplia de Foucault, sin embargo, parece más exacto ver el derecho como uno de los varios discursos disciplinarios modernos, más que como la mera expresión de órdenes del Estado. Para un desarrollo de esa comprensión foucaultiana del derecho véase Kendall Thomas, “Beyond the Privacy Principle”, 92 *Columbia Law Review* 1431 (1992).

106 Althusser; *supra* nota 6, p. 115, n. 15. En opinión de Althusser, la aparente obviedad de que “tú y yo somos sujetos” es efecto mismo de la ideología; la idea de un “sujeto ideológico” es, en sí, “una proposición tautológica”; *ibid.*, p. 116. Lo que la ideología hace es convertir “individuos concretos” en sujetos. Al comparar el “discurso” de Foucault con la “ideología” de Althusser no estoy implicando que ambos conceptos sean idénticos. De hecho, Foucault pretende que su idea de “discurso” haga más compleja la simple dicotomía marxista entre base material e ideología. Desarrollar la relación teórica entre discurso e ideología, aunque sería un empeño productivo, está más allá de la finalidad de este ensayo.

107 *Ibid.*, p. 117.

* Las traducciones del texto de Althusser en las notas 108 y ss. se hacen directamente del original francés “Idéologie et appareils idéologiques d’État. (Notes pour une recherche)”, que se encuentra en http://classiques.uqac.ca/contemporains/althusser_louis/ideologie_et_AIE/ideologie_et_AIE_texte.html (N. del T.).

108 *Ibid.*, p. 118.

109 *Ibidem*.

110 Judith Butler, *The Psychic Life of Power: Theories in Subjection* (Stanford: Stanford University Press 1997), p. 5.

único medio de “interpelación”¹¹¹ proporciona un ejemplo paradigmático del aparato moderno de “sujeción”¹¹². Como es evidente, la escena de un policía que interpela a un peatón en la calle es alegórica en última instancia. Un “individuo concreto” no se convierte un día, por arte de magia, en un “sujeto” tras el encuentro casual con un policía en la calle. Más bien, toda persona es “siempre-ya sujeto, asignad[a] al ser en y por la configuración ideológica familiar específica en la cual se l[a] 'espera' tras haber sido concebid[a]”¹¹³. Incluso antes de que hayamos nacido, el derecho está esperándonos, con certificados de nacimiento y también con conjuntos de números de la seguridad social ya listos para el momento en que entremos en el mundo (por no mencionar el derecho de familia y la estructura de parentesco que define para nosotros).

Es evidente que, como quiera que se produzcan los sujetos sociales, jurídicamente o de otra forma, nunca acaban por determinarse del todo. Para empezar, son sujetos de muchos discursos o interpelados desde una multiplicidad de lugares¹¹⁴. El criminal es tal vez el ejemplo más claro de una interpelación jurídica (en parte) fallida, un sujeto que no ha interio-

111 Althusser se refiere al proceso de formación del sujeto como “interpelación” y también como “llamado”. Kaja Silverman los distingue al considerar al primero un resultado y al segundo una forma de dirigirse al otro mediante la cual se consigue el resultado. Véase Kaja Silverman, *The Subject of Semiotics* (Nueva York: Oxford University Press, 1983), p. 4. Como lo expresa Silverman de manera sugerente, “[l]a interpelación tiene lugar cuando la persona a la que le habla el agente se reconoce en esa alocución y asume residencia subjetiva allí”. *Ibid.*, p. 49.

* Véase la nota del traductor que antecede la nota al pie de página 105 (N. del T.).

112 Althusser es muy consciente de “la ambigüedad del término ‘sujeto’”, que significa tanto una “subjetividad libre [...] responsable de sus acciones” y también “un ser sujeto, que se somete a una autoridad superior; y por consiguiente se ve privado de toda libertad”; Althusser, *supra* nota 6, p. 123. Es paradójico que el derecho solo nos pueda hacer “libres” si nos sometemos a él. En el ejemplo de Althusser, el derecho llama al individuo desde arriba, mediante la voz autoritaria de un policía. Aunque Althusser no contempla la posibilidad de que el derecho emerja de muchas direcciones, es posible, como observa Janet Halley, que el derecho nos interpele —y nos sujete y nos cree como sujetos— también “desde abajo”: en las manos de los activistas que promueven la legalidad por cuenta de grupos de base identitaria como gays y lesbianas, “la identidad se puede desplegar para perjudicar a sus propios sujetos”; véase Janet Halley, “Gay Rights and Identity Imitation: Issues in the Ethics of Representation”, en David Kairys (ed.), *The Politics of Law: A Progressive Critique* (3.^a ed.; Nueva York: Basic Books, 1998), pp. 115, 140. De la misma manera que Foucault reconoce la multiplicidad de discursos superpuestos, desde lo jurídico a lo médico pasando por lo religioso, Althusser también señala la existencia de varios “aparatos ideológicos estatales”, de los cuales el derecho solo sería uno de ellos. Sin embargo, hay que señalar que el derecho es uno de los principales ejemplos de interpelación que nos ofrece. Su otro ejemplo importante es el de la ideología religiosa y la interpelación mediante la voz de Dios; Althusser, *supra* nota 6, pp. 120-124. Hay varios análisis sobre el surgimiento del “imperio de la ley” moderno como establecimiento de una religión secular; véanse Sanford Levinson, “‘The Constitution’ in American Civil Religion”, en Philip Kurland y Gerhard Casper (eds.), *The Supreme Court Review* (Chicago: The University of Chicago Press, 1979), pp. 123, 151; Thomas C. Grey, “The Constitution as Scripture”, 37 *Stanford Law Review* 1 (1984); Jonathan Macey, “Civic Education and Interest Group Formation in the American Law School”, 45 *Stanford Law Review* 1937 (1993), p. 1938 (en el que se observa la tendencia a considerar la profesión jurídica como un “llamado” casi religioso).

113 Althusser, *supra* nota 6, p. 119.

114 Norma Alarcon, “The Theoretical Subject(s) of ‘This Bridge Called My Back’ and Anglo-American Feminism”, en Gloria Anzaldúa (ed.), *Making Face, Making Soul: Haciendo Caras* (San Francisco: Aunt Lute Books, 1990), p. 356.

rizado todas las prohibiciones del derecho. Sin embargo, ningún criminal puede eludir —o ni siquiera lo querría— *todas* las leyes, puesto que el derecho invade nuestros mundos sociales de tal forma que solo se puede violar en puntos y momentos seleccionados; existir en una violación continúa, completa, de todo el derecho sería de locos. Considérese también el “hombre malo”, reconocidamente amoral, descrito por Holmes¹¹⁵. No es un criminal, ni tampoco está loco, pero su enfoque instrumental del derecho (“¿qué tanto puedo salirme con la mía?”) manifiesta sin duda una subjetividad jurídica fracturada, una configuración en la que el *homo juridicus* encuentra al *homo economicus*. Ser un sujeto jurídico no implica ser un sujeto jurídico perfecto, ni ser *solo* sujeto del derecho¹¹⁶.

Si aceptamos que el derecho define en parte quién y qué somos como sujetos, entonces las leyes son *parte* de la identidad del pueblo como pueblo. Es un lugar común de la teoría poscolonial el que las “naciones” y los “pueblos” no existen como hechos inertes de la naturaleza más de lo que lo hacen nuestros seres individuales; las naciones son “comunidades imaginadas”, como Benedict Anderson conceptualiza de manera evocadora¹¹⁷. Si acaso, China es una comunidad imaginada incluso más que otras naciones. Durante gran parte de su historia, China, de hecho, no ha existido como país unificado, y aun así, incluso durante periodos largos de desunión, la idea de una China única ha persistido como *ideal* cultural e histórico que exige realizarse¹¹⁸. Por consiguiente, cabe esperar que los discursos jurídicos hayan intervenido en el proceso de creación y mantenimiento de la identidad del universo normativo conocido como “China”¹¹⁹.

Sin embargo, antes de intentar comprender la comprensión jurídica china de “China”, el primer paso analítico debería considerar cómo nos imaginamos *nosotros mismos* jurídicamente, y cómo esas concepciones se apoyan en ideas específicas sobre el derecho chino.

115 Véase Oliver Wendell Holmes, “The Path of the Law”, 10 *Harvard Law Review* 457 (1897), p. 356.

116 A su vez, esto solo es un corolario de la observación general posestructuralista de que los sujetos nunca están completos.

117 Benedict Anderson, *Imagined Communities: Reflections of The Origin and Spread of Nationalism* (Londres, Nueva York: Verso, 1983).

118 Mark Elvin, *The Pattern of the Chinese Past* (Stanford: Stanford University Press 1973); Andrew L. March, *The Idea of China: Myth and Theory in Geographic Thought* (Nueva York: Praeger Publishers, 1974), p. 118 (en el que se analizan las “partes de hechos, teoría y mito que contienen las ideas sobre China”). Para un estudio del nacionalismo moderno chino escrito desde una perspectiva postcolonial véase Prasenjit Duara, *Rescuing History from the Nation: Questioning Narratives of Modern China* (Chicago: University of Chicago Press, 1995).

119 Como es obvio, los sujetos jurídicos no son meramente los productos de leyes locales, sino también del derecho internacional, que exige de hecho una diferenciación cultural entre “naciones”. Como observa Nathaniel Berman, “las identidades y las tácticas de los ‘grupos’ se acaban de definir por ellos mismos y por las autoridades internacionales como respuesta a una conjetura cultural elaborada parcialmente por [las] categorías [del derecho internacional]”; Nathaniel Berman, “The International Law of Nationalism: Group Identity and Legal History”, en David Wippman (ed.), *International Law and Ethnic Conflict* (Ithaca: Cornell University Press, 1998), p. 29. En palabras de Santos, este es un caso de “interlegalidad” de la identidad. Cfr. texto acompañante a las notas 70-71.

Sujetos jurídicos del orientalismo

*La educación de los sujetos coloniales
complementa su producción por el derecho*¹²⁰.

Gayatri Chakravorty Spivak

Desde el punto de vista estructural, el orientalismo como discurso conlleva la proyección en el otro oriental de varias clases de cosas que “nosotros” no somos. Si se tiene en cuenta el papel del derecho en la constitución de los sujetos y las “comunidades imaginadas” nacionales, ¿cómo se imaginan los estadounidenses a sí mismos como sujetos jurídicos? ¿Cómo el sujeto jurídico estadounidense difiere del sujeto jurídico chino? En los límites de un único ensayo académico se está lejos de poder elaborar una genealogía completamente contextualizada del orientalismo jurídico. Lo que sigue es un esbozo de las líneas generales de una posible genealogía, que se concentra en las formas en la que la subjetividad jurídica se ha convertido en un estándar para evaluar la aptitud como “civilización” de las sociedades no occidentales —en este caso, China— para formar parte de la “república del derecho”¹²¹.

Sujeto jurídico estadounidense

Los estadounidenses son un pueblo muy jurídico, hasta el punto de que afirmarlo es un cliché. En palabras de Alexis de Tocqueville, los estadounidenses “toman prestado, en sus controversias cotidianas, las ideas e incluso el lenguaje propio de los procedimientos judiciales”¹²². Como este observador francés concluyó, “No hay casi ninguna cuestión política en Estados Unidos que no se convierta, antes o después, en una cuestión judicial”¹²³. Tal vez no sea sorprendente cuando se considera que los mitos fundacionales de Estados Unidos son también especialmente jurídicos.

Como idea política, los Estados Unidos encarnan las ambiciones de la Ilustración, que alumbró también el derecho “moderno”: el primer Código Civil francés, la primera Declaración de los Derechos del Hombre y, por último, la Constitución de los Estados Unidos (la cosa más cercana al esfuerzo de un pueblo por negociar una “contrato social” en la vida real). Incluso la fe de los estadounidenses ordinarios en el poder redentor del derecho rivaliza con frecuencia con la de los *philosophes** ilustrados. Tal

¹²⁰ Spivak, “Can the Subaltern Speak?”, *supra* nota 64, p. 282.

¹²¹ Cfr. Frank Michelman, “Law’s Republic”, 97 *Yale Law Journal* 1493 (1988).

¹²² Alexis De Tocqueville, *Democracy in America*, vol. I (Londres: Vintage Classics, 1990) (1835), p. 280.

¹²³ *Ibidem*.

* En francés en el original (N. del T.).

vez el ejemplo más extraordinario de esa fe sea Frederick Douglass: frente a “un orden jurídico estatal cuya probabilidad de declarar inconstitucional la esclavitud no es más grande que la de declarar el reinado inminente de Jesucristo sobre la tierra”¹²⁴, un hombre nacido esclavo en los Estados Unidos *antebellum** creyó, no obstante, en la inconstitucionalidad última de la esclavitud¹²⁵.

A un espectador foráneo actual lo sorprende ver cómo los estadounidenses invocan habitualmente sus derechos constitucionales, y que lo hagan en contextos en apariencia triviales lo hace todavía más asombroso. En diferentes situaciones cotidianas, la gente común protesta y dice “no me puedes hacer eso: es inconstitucional”, ya sea que se trate de un vuelo sobrevendido o cuando les cobran de más en una compra. La Constitución y los derechos que garantiza —en la imaginación popular, cuando no en los tribunales— son parte de lo que significa identificarse como estadounidense¹²⁶.

Como ejemplo histórico poderoso del apego de los estadounidenses al derecho considérese el enfrentamiento de tradiciones jurídicas en la California mexicana antes de su anexión por los Estados Unidos en 1846. Los comerciantes expatriados angloestadounidenses estaban consternados por las instituciones jurídicas mexicanas, que consideraban inadecuadas para el cumplimiento de los contratos¹²⁷. Es paradójico que, en las negociaciones entre ellos, los comerciantes estadounidenses *continuaran*, no obstante, usando contratos “legales” redactados minuciosamente (basados en los recuerdos de los legos), aun si no había perspectiva de cumplimiento

124 Cover, *supra* nota 6, p. 39.

* Neologismo latino en el original. Los estadounidenses se refieren con esta palabra al periodo que se extiende desde el nacimiento de los Estados Unidos como país independiente hasta el comienzo de la guerra civil estadounidense (*N. del T.*).

125 En palabras del mismo Douglass:

Llegué a la conclusión de que la Constitución de Estados Unidos, instituida para “formar una unión más perfecta, establecer la justicia, garantizar la tranquilidad nacional, proporcionar una defensa común, promover el bienestar general, y garantizar las bendiciones de la libertad”, no podía haber sido también establecida para mantener y perpetuar un sistema de rapiña y muerte como el de la esclavitud, en especial porque no hay ni una sola palabra en la Constitución que autorice esa interpretación. Frederick Douglass, *The Life and Times of Frederick Douglas*, R. Logan (ed.) (Mineola: Dover Publications, 1967), pp. 261-262.

De hecho, la identificación de Douglass con el derecho se ha convertido, a su vez, en parte de la identidad estadounidense; véase Priscilla C. Wald, “Neither Citizen Nor Alien: National Narratives, Frederick Douglass, and the Politics of Self-Definition”, en Priscilla C. Wald, *Constituting Americans: Cultural Anxiety and Narrative Form* (Durham y Londres: Duke University Press, 1995), p. 14 (en el que se analiza una serie de casos decimonónicos del Tribunal Supremo junto con una autobiografía de Douglass como constitutivos de la identidad estadounidense).

126 Según la frase de Lawrence Friedman, los estadounidenses han terminado por esperar del derecho una “justicia total”; véase Lawrence M. Friedman, *Total Justice* (Nueva York: Russell Sage Foundation, 1994). Sobre la insistencia creciente en derechos jurídicos véase también Mary Ann Glendon, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse* (Nueva York: The Free Press, 1991).

127 David J. Langum, *Law and Community on the Mexican California Frontier: Anglo-American Expatriates and The Clash of Legal Traditions. 1821-1846* (Norman: University of Oklahoma Press, 1987), pp. 163-186.

forzoso¹²⁸. ¿Qué sentido tenía seguir esas etapas casi legales? David Langum nos sugiere que una respuesta podría estar en la cultura mercantil compartida por los expatriados angloestadounidenses:

En gran medida esa cultura incluyó el derecho. Fue por esa razón que, ante una ruptura potencial de las relaciones contractuales, estos hombres podrían reclamarse pretensiones jurídicas unos a otros; pretensiones que no tenían esperanza subjetiva de hacer cumplir en los tribunales locales, pero llenos de esperanza de que convencieran a su oponente de la legitimidad de sus posiciones¹²⁹.

Es difícil que De Tocqueville hubiera encontrado un mejor ejemplo de estadounidenses que “toman prestado, en sus controversias cotidianas, las ideas e incluso el lenguaje propio de los procedimientos judiciales”¹³⁰. Estos comerciantes expatriados, para los que parecía imposible imaginar los intercambios comerciales sino a través del “contrato”, aun en un entorno extrajurídico, continuaron conceptualizando sus relaciones comerciales con los términos jurídicos angloestadounidenses. Como parte inseparable de su sistema conceptual, llevaron el “derecho” en sus cabezas incluso al territorio extraño de la California mexicana¹³¹.

Sin duda, la relación de la mayoría de los estadounidenses con el derecho es profundamente ambivalente. Su fuerte apego al derecho —un observador diagnostica esta condición como “hiperlexis”¹³²— se alterna con

128 *Ibidem*.

129 *Ibid.*, p. 186.

130 De Tocqueville, *supra* nota 122, p. 280.

131 Los comerciantes expatriados tenían una conciencia muy clara y un sentido de superioridad moral sobre cómo su apego a las leyes los diferenciaba y los colocaba por encima de los californianos nativos. El hecho de que los alcaldes, funcionarios mexicanos locales más o menos análogos a los jueces de paz, tuvieran una combinación de funciones judiciales y administrativas ocasionó protestas estadounidenses por violación de la separación de poderes. Langum, *supra* nota 127, p. 51. En el mismo sentido, la preferencia mexicana por la conciliación, y no por las decisiones judiciales, ofendía a un angloestadounidense por la necesidad de predictibilidad y certidumbre judiciales como parte de la infraestructura jurídica del capitalismo. Que este choque de valores jurídicos implicaba de manera profunda la identidad de los estadounidenses como tales es evidente a partir del debate contemporáneo sobre las propuestas de crear “tribunales de conciliación” en Estados Unidos. En Nueva York, esa propuesta tuvo que enfrentar la objeción sumaria de que “esos tribunales pertenecían únicamente a los gobiernos despóticos, en los que el pueblo es ignorante, y hay una clase superior sobre él, y no para nuestra población yanqui, que consideran que son competentes para juzgar por sí mismos esos asuntos”. W. Bishop y W. Atiree, *Report on the Debates and Proceedings of the Convention for the Revision of the Constitution of the State of New York* (Albany: Office of the Albany Argus, 1846), p. 58, citado en Langum, *supra* nota 127, p. 143. Cuando en 1850 se le solicitó al Tribunal Supremo de California que considerara la conciliación como procedimiento obligatorio señaló, en un lenguaje arrogante parecido, que aunque esta tal vez fuera adecuada para los mexicanos, “entre el pueblo estadounidense no se puede considerar sino como una formalidad inútil y dilatoria”; *Von Schmidt v. Huntington*, 1 Cal. 55, 65 (1850). Es irónico que hoy la “resolución alternativa de conflictos” represente no el atraso, sino la vanguardia de la reforma jurídica.

132 Marc Galanter, “Reading the Landscape of Disputes: What We Know and Don’t Know (and Think We Know) about Our Allegedly Contentious and Litigious Society”, 31 *UCLA Law Review* 4 (1983), p. 6 (en el que se contrastan las percepciones contrafácticas de las élites sobre el exceso de litigiosidad judicial con los datos empíricos y se analiza las “formas elitistas de interpretar estos fenómenos”).

el temor hacia el derecho. (Recuérdese, por ejemplo, el terror de Learned Hand ante la posibilidad de tener que acudir a los tribunales: “Como litigante, temía los pleitos judiciales más que cualquier otra cosa, salvo la enfermedad y la muerte”¹³³.) Sin embargo, ya sea que consideren el derecho como la promesa de una mejor sociedad o como litigiosidad judicial abusiva, o como ambas cosas, la identificación de los estadounidenses con el derecho sigue siendo extraordinariamente fuerte¹³⁴. Numerosas etnografías describen comunidades estadounidenses en las que la norma de comportamiento que opera en la práctica es la *evitación* del derecho formal¹³⁵. Sin embargo, como observa Carol Greenhouse, incluso frente a la evidencia en sentido contrario, “muchos estadounidenses están dispuestos a creer, hasta la insistencia, en su propio carácter supuestamente litigioso”¹³⁶.

133 Learned Hand, “Deficiencies of Trial to Reach the Truth of the Matter”, en James N. Rosenberg et al. (eds.), *Lectures on the Legal Topics* (vol. 3; 1921-1922), pp. 89, 105 (Nueva York: McMillan Company, 1926).

134 O, en la formulación de Duncan Kennedy, el pensamiento jurídico estadounidense muestra por lo general “una extraña combinación de inmensa fe y desconfianza en el derecho”. Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication: Fin de Siècle* (Cambridge: Harvard University Press, 1997), p. 73.

135 Véase, por ejemplo, M. P. Baumgartner, *The Moral Order of a Suburb* (Nueva York: Oxford University Press, 1988), pp. 127-128 (“La evidencia procedente de los barrios acomodados sugiere [...] que la penetración del derecho en la vida estadounidense ha sido considerablemente más limitada en su rango y efectos de lo que se suele creer”); Ellickson, *supra* nota 85.

136 Carol J. Greenhouse, “Interpreting American Litigiousness”, en *History and Power in The Study of Law*, *supra* nota 41, p. 252. El aspecto destacado aquí no tiene que ver con que la litigiosidad real de los estadounidenses sea algo empírico. En lugar de eso, es una reivindicación del papel del derecho en la representación cultural y la autocomprensión. En la academia jurídica, en particular, los autores que cuestionan el papel del derecho en la producción de cambios sociales sufren un rechazo enojado. Cuando Gerald Rosenberg y Michael Klarman argumentaron que, en el mundo real, *Brown v. Board of Education* solo tuvo un efecto limitado sobre la segregación racial, ese argumento se denunció inmediatamente. Compárense Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* (Chicago: University of Chicago Press, 1991), y Michael Klarman, “Brown, Racial Change and the Civil Rights Movement”, 80 *Virginia Law Review* 7 (1994), con David J. Garrow, “Hopelessly Hollow History: Revisionist Devaluing of Brown v. Board of Education”, 80 *Virginia Law Review* 151 (1994); véase también Richard Abel, *Politics by Other Means: Law in The Struggle Against Apartheid, 1980-1994* (Nueva York y Londres: Routledge, 1995), p. 523 (“La posición central del derecho en el sindicalismo, los derechos civiles, el feminismo, los derechos sociales, los movimientos de defensa del consumidor, el medioambiente y los gays en Estados Unidos puede tentar a los observadores a exageraciones provincianas y ahistoricas sobre su capacidad para conseguir el cambio social”).

El apego de las élites jurídicas al derecho es perfectamente comprensible, al confirmar su propia importancia. Bajo esta óptica, el grado en que el “derecho” constituye una dimensión importante de la identidad nacional estadounidense podría depender en parte de la ubicación social de cada uno. Por ejemplo, Reva Siegel observa que aunque la cláusula de igualdad de protección ya no protege al haber sido mutilada por los tribunales, “[e]n esta área del derecho constitucional la nación expresa su identidad como aspiración”; Reva Siegel, “Why Equal Protection No Longer Protects: The Evolving Forms of Status Enforcing State Action”, 49 *Stanford Law Review* (1997), pp. 1111, 1146. Las ideas de igualdad de protección ante la ley son, sin duda, parte de la identidad estadounidense, pero tal vez sean las clases que pueden permitirse vivir sin protección judicial las que con mayor fuerza se identifican con una cláusula de igualdad de protección, que, de hecho, no protege, como Siegel observa con agudeza.

El “no-sujeto” no-jurídico chino

*Con el derecho chino [...] somos llevados de vuelta a una posición en la cual podemos estudiar, por así decirlo, un pasado vivo y conversar con hombres fósiles*¹³⁷.

Edward Harper Parker

Si esa es la autocomprensión del sujeto jurídico estadounidense, ¿cómo perciben los discursos orientalistas el sujeto jurídico chino? Los orientalismos jurídicos tienen muchas variedades, como el orientalismo europeo clásico o como el orientalismo antiinmigración estadounidense, abordados a continuación. De hecho, las perspectivas orientalistas sobre China pueden ser negativas y positivas, como se muestra más adelante. Sin embargo, lo que comparten todos los orientalismos descritos a continuación es la tendencia a presentar lo chino como no jurídico y carente de subjetividad: los chinos son efectivamente no-sujetos no-jurídicos.

Orientalismo jurídico europeo

*“Europa” sigue siendo el soberano, el sujeto teórico de todas las historias, incluidas las que llamamos “indias”, “chinas”, “keniatis” y similares*¹³⁸.

Dipesh Chakrabarty

Comienzo mi relato de la subjetividad jurídica china, o de su ausencia, describiendo la visión de China mostrada por Hegel en su obra *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*. Lo hago sin querer implicar en ningún caso que Hegel “inventó” el orientalismo o que de alguna forma sea responsable en particular de ello. No tengo interés en acusar o excusar al autor¹³⁹, sino que uso la obra mencionada solo como estudio de caso textual, puesto que proporciona una formulación clásica auténtica de muchas ideas orientalistas que continúan estructurando la percepción del derecho chino aun hoy.

Según Hegel, “La historia del mundo va de Oriente a Occidente. Europa es absolutamente el término de la historia universal. Asia es el principio”¹⁴⁰.

¹³⁷ Edward Harper Parker, “Comparative Chinese Family Law”, 8 *China Review* 67 (1879), p. 69.

¹³⁸ Chakrabarty, *supra* nota 31, p. 27.

¹³⁹ Cfr: Spivak, *A Critique of Postcolonial Reason*, *supra* nota 64, pp. 97-98 (en el que se desarrolla una política deconstruccionista de la interpretación cuyo “reto no es disculpar, sino suspender la acusación para examinar con un cuidado exhaustivo si los protocolos del texto contienen un momento que pueda producir algo que genere una interpretación nueva y útil”).

¹⁴⁰ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal* (Buenos Aires: Editorial Losada, 2016; reedición de la traducción clásica de Jose Gaos para la *Revista de Occidente* en 1928), p. 268.

En la ontología dual de Hegel, los Estados orientales pertenecen a “la duración espacial” o la “historia ahistórica”, mientras que Occidente existe en la “forma del tiempo”¹⁴¹. Según Hegel,

La historia debe comenzar con el imperio chino, el más antiguo de que da noticia. Y su *principio* es de tal sustancialidad que es a la vez el más antiguo y el más moderno para este imperio. Pronto vemos a China elevarse al estado en que hoy se encuentra. Pues como la antítesis entre el ser objetivo y el movimiento subjetivo hacia este ser falta todavía, la variabilidad es imposible y lo estático, que reaparece eternamente, reemplaza a lo que llamaríamos lo histórico¹⁴².

La afirmación de Hegel sobre la estabilidad extraordinaria de China es radical, sin duda, pero tiene muchas variaciones históricas¹⁴³. En la sucinta metáfora de Marx, China “vegeta en el pasar del tiempo”¹⁴⁴, mientras que Weber veía en el confucianismo una religión que veneraba el *statu quo* y, por consiguiente, impedía radicalmente el paso de China hacia la modernidad¹⁴⁵.

En la perspectiva teleológica particular de Hegel, el último fin de la historia es conseguir la libertad, lo que curiosamente culmina en el sistema político de Prusia. En cambio, China, situada en los límites de la historia, es el ejemplo paradigmático de “despotismo oriental”. El despotismo es la forma *natural* de gobierno para los chinos, por la simple razón de que no existen como sujetos individuales. En palabras de Hegel, en China “[t]odo cuanto nosotros llamamos subjetividad se halla concentrado

141 *Ibid.*, p. 269.

142 *Ibid.*, p. 294.

143 La visión de que China existe en el espacio, pero no en el tiempo, tiene cabida incluso en Foucault. La “enciclopedia china” de Borges lleva a Foucault a encontrar una cultura curiosamente atemporal, “en el otro extremo de la tierra que habitamos, una cultura dedicada por completo a la ordenación del espacio, pero que no distribuye la multiplicidad de cosas existentes en ninguna de las categorías que nos hace posible a nosotros nombrar, hablar, pensar”. Foucault, *The Order of Things*, *supra* nota 2, p. xix.

144 Shlomo Avineri (ed.), *Karl Marx on the Colonialism and Modernization* (Nueva York: Doubleday and Company 1968), p. 323; véase también Dona Torr (ed.), *Marx on the China, 1853-1860: Articles From The New York Daily Tribune* (Londres: Lawrence & Wishart, 1951). Para un desarrollo del lugar teórico de China en el pensamiento de Marx véase Donald M. Lowe, *The Function of “China” in Marx, Lenin, and Mao* (Berkeley y Los Angeles: The University of California Press, 1966).

145 En particular, Weber define constantemente China en términos negativos, por lo que no es. Atribuye el “fracaso” de China a la hora de desarrollar un capitalismo burgués racional a la “ausencia” de una ética religiosa dinámica de tipo protestante: “La vida intelectual china permaneció completamente estática y a pesar de condiciones en apariencia favorables, el capitalismo moderno no apareció”; Weber, *supra* nota 17, p. 55; cfr. Max Weber, *The Protestant Ethic and The Spirit of Capitalism* (trad. Talcott Parsons; Londres y Nueva York: Routledge, 1992). Aunque Weber tiene muchas percepciones específicas fascinantes sobre el derecho chino, su visión global se resiente por la naturaleza esencialmente negativa de su enfoque general; véase, en general, Gary G. Hamilton, “Why No Capitalism in China? Negative Questions in Historical Comparative Research”, *1 Journal Developing Societies* 187 (1985).

en el jefe del Estado"¹⁴⁶, mientras que "los sujetos siguen siendo meros accidentes"¹⁴⁷. Este despotismo es resultado parcialmente de una confusión entre la familia y el Estado: "Los chinos se consideran como pertenecientes a su familia y a la vez como hijos del Estado"¹⁴⁸. Esto implica que los chinos carecen también de una distinción apropiada entre derecho y moralidad: los dictados de la moral se expresan en forma de leyes, pero, al carecer de subjetividad, los chinos obedecen estas leyes como si fueran fuerzas externas, como niños que temen el castigo parental¹⁴⁹.

Cuando se analiza como discurso orientalista, el relato de Hegel consigue varias cosas. En primer lugar, el supuesto hecho de que China es intemporal y estática implica que Occidente no lo es¹⁵⁰. En segundo lugar, al imputar a los chinos una falta de subjetividad y de carácter moral se sugiere que los occidentales no carecen de esas cualidades progresistas. En tercer lugar, al observar que los chinos confunden la naturaleza real del "derecho", Hegel establece el ordenamiento jurídico europeo como el apropiado. Las implicaciones orientalistas no son difíciles de ver: China es un antimodelo y representa todo lo que no deseamos ser, o admitimos ser. Es una definición totalmente negativa: China no es más que una "rápida mirada a lo que en sí no es", es decir, nosotros, Occidente¹⁵¹.

146 Hegel, *supra* nota 140, p. 289.

147 *Ibid.*, p. 271.

148 *Ibid.*, p. 310.

149 *Ibid.*, p. 286: "Las determinaciones morales se expresan en forma de leyes; pero de tal suerte que la voluntad subjetiva es regida por las leyes como por un poder externo".

150 El acento orientalista en la naturaleza estática de China es un componente clave de la definición negativa de China; mientras que Occidente es dinámico, cambiante y progresivo, China está permanentemente estancada. La mayoría de las comprensiones sobre China, sean para condenarla o alabarla, parten del supuesto del "inmovilismo" chino, como diría Derrida; véase Jacques Derrida, "The Pit and the Pyramid: Introduction to Hegel's Semiology", en *Margins of Philosophy* (trad. Alan Bass; Chicago: University of Chicago Press, 1982), p. 69. Congelada en el tiempo, China nunca cambia, e incluso si cambia, bueno, *plus ça change, plus c'est la même chose*. El hecho de que China haya pasado por revoluciones devastadoras, hambrunas catastróficas, rebeliones sangrientas y transiciones dinásticas violentas, entre otras cosas parecidas, parece encajar, en última instancia, en un ciclo predecible de recurrencia eterna casi nietzscheana. Considérese, por ejemplo, la queja, bastante oximorónica, de que "los cambios jurídicos chinos" constituyen una "historia monótona"; Edward H. Parker, "The Principles of Chinese Law and Equity", 22 *Law Quarterly Review* 190 (1906), p. 209. Como es obvio, la idea de una China inmutable es una ficción, ya que, como señala el historiador Paul Cohen, "todas las sociedades sufren cambios todo el tiempo"; Cohen, *Discovering History*, *supra* nota 39, p. 6. Sin embargo, "el grado en el que ese cambio se considera significativo, se 'percibe', es un asunto relativo en última instancia, que depende, finalmente, de lo que un historiador particular, que vive en una sociedad y un tiempo particulares, considera o no importante"; *ibid.* Como Cohen concluye, "debido a que los occidentales en su conjunto, y los estadounidenses en concreto, le dan una elevada valoración cultural al cambio, o al menos a ciertas formas del mismo, la visión de una China inmutable o de cambios triviales es implícitamente condescendiente"; *ibid.* Para una corrección importante de la versión de la tesis de Weber sobre una China inmutable véase Thomas A. Metzger, *Escape from Predicament: Neo-Confucianism and China's Evolving Political Culture* (Nueva York: Columbia University Press, 1977).

151 Haun Saussy, "Hegel's Chinese Imagination", en *The Problem of a Chinese Aesthetic* (Stanford: Stanford University Press, 1993), p. 161.

Orientalismo jurídico estadounidense

Hegel, Marx y Weber son orientalistas europeos clásicos cuya obra afirma en última instancia la superioridad de la civilización y del derecho occidentales¹⁵². Sin embargo, no agotan el universo de orientalismos jurídicos, que varía en función del contexto histórico y cultural. El orientalismo antiinmigrante de los Estados Unidos en el siglo XIX proporciona un ejemplo de una forma propiamente estadounidense de orientalismo¹⁵³. Como señala un observador de la inmigración china, los estadounidenses decimonónicos consideraban casi todos los aspectos de la vida china como una ilustración de su atraso: “[...] visten de blanco para el duelo; compran un ataúd cuando todavía viven; visten a las mujeres con pantalones y a los hombres con faldas; chocan sus propias manos una con la otra para saludar a un amigo; escriben en vertical en la página; comen los dulces al principio y la sopa al final; etcétera”¹⁵⁴.

La utilidad de este particular discurso orientalista reside en su función a la hora de justificar la exclusión legal de los inmigrantes chinos en ese momento histórico. De hecho, el texto del informe del Comité del Senado de California sobre la Inmigración China (1878) suena como si se hubiera sacado directamente de las *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal* de Hegel:

Los chinos son [...] capaces de ofrecer un menor precio que los blancos para toda clase de trabajo. Pueden contratarse en masa; se pueden manejar

152 Sin duda, en el caso de Marx incluso la civilización jurídica occidental moderna podría estar destinada a desaparecer junto con el Estado en última instancia, pero como penúltima estación hacia Utopía representa con seguridad una etapa superior en el desarrollo del materialismo histórico comparada con el derecho despótico de las civilizaciones orientales; como Marx declara con rotundidad, el gobierno colonial en Asia tenía una misión dual, “una destructiva, la otra regeneradora: la aniquilación de la antigua sociedad asiática, y el despliegue de los fundamentos materiales de la sociedad occidental en Asia”; Karl Marx, “The Future Results of British Rule in India”, en Robert C. Tucker (ed.), *The Marx-Engels Reader* (2.ª ed.; Nueva York: Norton, 1978), pp. 659, 659. De nuevo, sin querer acusar o excusar a los tres pensadores aquí considerados, cfr. *supra* nota 139, estoy evaluando su obra solo en una reducida dimensión: lo que dice sobre China y su relación con Occidente. Es decir, no estoy buscando avergonzarlos en un acto de “venganza poscolonial” (por tomar la frase contundente de Leela Gandhi), sino que los examino simplemente como artefactos históricos; véase Leela Gandhi, *Postcolonial Theory* (Crows Nest: Allen & Unwind, 1998), p. x. También, como lo expresaría Said, estoy considerando los textos orientalistas como parte de los mundos en los que existieron, como textos que “incluso cuando parecen negarlo... son no obstante parte del mundo social, de la vida humana y obviamente de los momentos históricos en los que se localizan e interpretan”; Edward Said, *The World, The Text, and the Critic* (Nueva York: Vintage, 1983), p. 4.

153 Véase, en general, Keith Aoki, “‘Foreign-ness’ and Asian American Identities”, 4 *UCLA Asian Pacific American Law Journal* (1996), pp. 7-44 (en el que se describe la historia del “orientalismo estadounidense”); Neil Gotanda, “Exclusion and Inclusion: Immigration and American Orientalism”, en Evelyn Hu-Dehart (ed.), *Across The Pacific: Asian Americans and Globalization* (Filadelfia: Temple University Press, 1999), p. 129; véase también Lisa Lowe, *Immigrant Acts: on the Asian American Cultural Politics* (Durham: Duke University Press, 1996), pp. 1-36.

154 Stuart Creighton Miller, *The Unwelcome Immigrant: The American Image of The Chinese 1785-1885* (Berkeley: University of California Press, 1969), pp. 27-28.

y controlar como esclavos irreflexivos. Sin embargo, nuestro trabajador tiene una vida individual, no se puede controlar como un esclavo por amos brutales, y esa individualidad se ha adquirido gracias al genio de nuestras instituciones, y de esos elementos del carácter depende el Estado para su defensa y crecimiento¹⁵⁵.

Esos sentimientos tienen un aire muy decimonónico, pero considérese también el siguiente análisis sobre la exclusión de la inmigración china, efectuado por un juez federal en la década de 1920:

El color racial amarillo o marrón es el sello de los despotismos orientales, o lo era en la época en la que se aprobó la ley original de naturalización. Se consideraba que los sujetos de estos despotismos —con su orgullo fijo y arraigado en su clase de civilización, que trabaja para su bienestar subordinando al individuo a la autoridad personal del soberano, como representante del Estado— no eran adecuados para el éxito de una forma republicana de gobierno. De ahí que se les negara la ciudadanía¹⁵⁶.

Para el juez era evidente que la exclusión inmigratoria de los chinos aprobada por el Congreso no se basaba en el “color” de la piel, sino en una descalificación *cultural* para la ciudadanía¹⁵⁷. Es decir, los chinos eran tan radicalmente “alegales” que no eran capaces de la clase de autogobierno requerida por la “forma republicana de gobierno” de los Estados Unidos.

Orientalismos positivos y negativos: racionalidad y derecho chino

Los términos elegidos para los chinos formaron extraños oximorones, de manera que los chinos eran “deshonestos” y “de total confianza” en la misma frase¹⁵⁸.

Stuart Creighton Miller

155 Estado de California, “Senate Special Committee on Chinese Immigration”, citado en Tomas Almaguer, *Racial Fault Lines: The Historical Origins of White Supremacy in California* (Berkeley: University of California Press, 1994), p. 174. Estas conclusiones se vieron opacadas por un comité conjunto especial del Congreso de Estados Unidos: “Reconocer la ciudadanía de estos gigantescos números de extranjeros y permitirles votar destruiría prácticamente las instituciones republicanas de la costa pacífica, puesto que los chinos no comprenden ninguna forma de gobierno que no sea el despotismo y no tienen palabras en su propio lenguaje para describir de manera inteligible los principios de nuestro sistema representativo”; Report of Joint Special Committee to Investigate Chinese Immigration, S. rep. n.º 689, 44th Cong., 2nd Sess. (1877), citado en Leti Volpp, “‘Obnoxious to Their Very Nature’: Asian Americans and Constitutional Citizenship”, 5 *Citizenship Studies* 57 (2001), p. 63.

156 *Terrace v. Thompson*, 274 F. 841, 849 (W.D. Washington 1921), affidavit, 263 U.S. 197 (1923).

157 *Ibidem*. (“Es obvio que la objeción por parte del Congreso no se debe al color como color, sino solo al color como evidencia de una clase de civilización a la cual caracteriza” [énfasis añadido].)

158 Miller, *supra* nota 154, p. 10 (en el que se describe un estudio de estereotipos raciales estadounidenses de los chinos).

*En su administración, el Gobierno de China
es despótico y democrático*¹⁵⁹.

Thomas R. Jernigan

Las caracterizaciones de China y los chinos, siendo tan sombrías como lo son, no implican en ningún caso que los discursos orientalistas sean siempre negativos¹⁶⁰. Muy por el contrario, hay muchos casos de *idealización* fervorosa de los chinos. Jacques Derrida se refiere a China como una “especie de alucinación europea” que representa diferentes cosas para diferentes observadores¹⁶¹. En un *volte-face* sin esfuerzo, Nietzsche, por ejemplo, es capaz de usar China como ejemplo negativo para los europeos en una página y pocas páginas más adelante como modelo¹⁶². En lugar de no ser más que “el sordo germinar del espíritu” en la oscuridad, como Hegel describe a China¹⁶³, para los *philosophes* franceses China es una fuente de ilustración: *ex Oriente lux*, e incluso *lex*. Por ejemplo, Voltaire, un ardiente sinófilo, se maravilla ante la tolerancia religiosa del Estado burocrático chino¹⁶⁴. Igualmente, informes de los misionarios jesuitas del siglo xvi alababan la justicia penal china “que estos gentiles ejecutan con gran cuidado”¹⁶⁵. No obstante, incluso estas descripciones positivas tienen en última instancia que ver mucho menos con China que con sus autores, quienes están motivados sobre todo por su deseo de criticar

159 Thomas R. Jernigan, *China in Law and Commerce* (1905), p. v.

160 Además, como subraya Homi Bhabha, incluso los estereotipos más negativos son, en última instancia, ambivalentes y están abiertos a la resignificación; véase, en general, Homi K. Bhabha, *Of Mimicry and Man: The Ambivalence of Colonial Discourse, in the Location of Culture* (Nueva York: Modern Language Association of America, 1994), p. 85. En la medida en que los discursos orientalistas están siempre sobredeterminados, las posiciones subjetivas que producen nunca son estables tampoco, ya sea para el otro oriental o para el observador occidental. Como Bhabha explica, “La producción de estereotipos no es la creación de una falsa imagen que se convierte en la cabeza de turco de prácticas discriminatorias. Es un texto de proyección e introyección mucho más ambivalente, de estrategias metafóricas y metonímicas, desplazamiento, sobredeterminación, culpa, agresividad; enmascaramiento y fragmentación de conocimientos ‘oficiales’ y fantasmagóricos...”; Homi Bhabha, “The Other Question: Stereotype, Discrimination and the Discourse of Colonialism”, en *The Location of Culture*, *supra*, pp. 66, 81-82.

161 Jacques Derrida, “Of Grammatology as a Positive Science”, en *Of Grammatology* (trad. Gayatri Chakravorty Spivak; Baltimore y Londres: Johns Hopkins University Press, 1976), pp. 74, 80.

* En francés en el original (*N. del T.*).

162 Compárese *ibid.*, p. 108, con Nietzsche, *supra* nota 9, p. 99.

163 Hegel, *supra* nota 140, p. 453.

* En francés en el original, aunque es un galicismo reconocido en la lengua inglesa; significa literalmente “cambio de cara”; su traducción habitual es “cambio radical” o “giro radical” (*N. del T.*).

164 Véase, en general, Basil Guy, *The French Image of China before and after Voltaire* (1963), p. 261 (en el que se observa, por ejemplo, la alta estima de Voltaire por lo que consideraba “el culto de la justicia” chino y “la ausencia de fanatismo o prejuicios religiosos”).

165 John Wigmore, *A Panorama of the World's Legal Systems*, vol. I (1936), p. 178 (en el que se cita a un misionero español); véase también Matteo Ricci, *China in The Sixteenth Century: The Journals of Matteo Ricci: 1583-1610* (trad. Louis J. Gallagher; Nueva York: Random House, 1953), p. 43 (que encuentra el derecho chino predecible y no arbitrario en un código, promulgado hace un tiempo por el fundador de una dinastía, porque “no puede cambiarse sin una buena razón”).

sus propias condiciones locales, al señalar que *incluso* los chinos lo han hecho mejor. Como observa Derrida, en tales casos China sigue siendo una “representación local”, que se elogia “solo con el propósito de designar una carencia y de definir las correcciones necesarias”¹⁶⁶, o, en palabras de un comerciante portugués residente en Macao, para hacer “conocido cuán lejos estos gentiles sobresalen aquí sobre muchos cristianos”¹⁶⁷.

Las oscilaciones de las valoraciones occidentales del derecho chino reflejan, en parte, valoraciones cambiantes de la racionalidad de la lengua china. Después de todo, la racionalidad es una de las características identificadoras del derecho moderno¹⁶⁸ y a su vez el derecho está conectado íntimamente con el lenguaje y las categorías que ofrece para la expresión jurídica. De nuevo, las huellas conducen a Hegel, que pone en marcha su arsenal orientalista completo para describir la naturaleza de la lengua china. El hecho de que la escritura de la lengua china no sea fonética, sino que “los signos reprodu[zc]an las representaciones mismas”, es prueba, según Hegel, de que la lengua no ha “madurado” y alcanzado el nivel de las lenguas occidentales. De hecho, debido a la multiplicidad de representaciones gráficas requeridas, el sistema de escritura chino es un instrumento fundamentalmente inadecuado “para la exposición y comunicación de su pensamiento”¹⁶⁹. Eso mismo señala Weber, quien observa que “el pensamiento chino ha permanecido bastante estancado en lo gráfico y lo descriptivo”¹⁷⁰. Como Hegel, Weber confirma las tremendas consecuencias de este desafortunado “hecho”: “el poder del *logos*, de definir y razonar, no ha sido accesible para los chinos¹⁷¹”, y, de hecho, “el concepto mismo de lógica resulta totalmente extraño” al pensamiento chino¹⁷².

Como contraejemplo considérese a Leibniz, un sinófilo *par excellence**. Para él, el lenguaje escrito chino, al ser ideográfico en lugar de fonético, era un modelo para el gran proyecto ilustrado de un lenguaje “universal” que comunicara ideas “directamente”, como los signos algebraicos¹⁷³.

166 Derrida, “Of Grammatology”, *supra* nota 161, p. 179. Es irónico que la reflexión de Derrida sobre China no sea mucho más profunda: “Oriente nunca se estudia de manera seria o se deconstruye en el texto derridiano”. Gayatri Chakravorty Spivak, “Preface”, en *ibid.*, p. LXXXII.

167 Wigmore, *supra* nota 165, p. 155 (en el que se cita a un comerciante portugués).

168 Véase Anthony T. Kronman, *Max Weber* (Palo Alto: Stanford University Press, 1983) (en el que se analiza el lugar de la “racionalidad jurídica formal” en la sociología weberiana).

169 Hegel, *supra* nota 140, p. 337. Para un análisis más extenso de la (in)comprensión que tiene Hegel de la lengua china véanse Derrida, *The Pit and the Pyramid*, *supra* nota 150, p. 69, y Saussy, *supra* nota 151.

170 Weber, *The Religion of China*, *supra* nota 17, p. 125.

171 *Ibidem*.

172 *Ibidem*.

* En francés en el original (N. del T.).

173 Véase Olivier Roy, “Leibniz et le Chinois comme langue universelle” [“Leibniz y el chino como lenguaje universal”], en *Leibniz et la Chine [Leibniz and China]* (París: Librairie Philosophique, 1972), p. 135. Es irónico que lo que hace en última instancia que la escritura china sea un modelo tan atractivo para Leibniz es justo su ahistoricidad (aquí idealizada, en vez de demonizada): “Lo que libera la escritura

El análisis de Leibniz pasa por alto el hecho de que el lenguaje escrito chino *sí* incluye elementos fonéticos. No obstante, con independencia de que se considerase un anacronismo o una especie de álgebra lingüística potencial, la lengua china constituía una barrera casi insuperable para muchos occidentales. Desde los primeros años, los observadores jurídicos de China destacaron el problema de estudiar un sistema jurídico “*enterrado* en una lengua que con mucho era la menos accesible para un estudiante extranjero de cualquiera de las inventadas jamás por el hombre”, como lo expresó Sir George Thomas Staunton de manera hiperbólica en la introducción a su traducción pionera de 1810 del Código Qing¹⁷⁴. Teniendo en cuenta los presupuestos facilistas del orientalismo sobre las interrelaciones cercanas entre lengua, ahistoricidad e irracionalidad de los chinos, no sorprende saber que, en opinión de un funcionario de la Compañía Británica de las Indias Orientales, las leyes de los chinos eran “tan arbitrarias” que eran “contrarias a toda razón y justicia”¹⁷⁵.

Tan anticuados como puedan sonar los debates sobre la irracionalidad presunta de la lengua china, tienen variantes contemporáneas. Tras asumir China la soberanía sobre Hong Kong, el *common law* de la antigua colonia británica está siendo traducido al chino. El debate en torno a este proyecto delata el escepticismo orientalista persistente con respecto a la posibilidad de cruzar lo que Joseph Needham llama “la gran barrera entre los lenguajes ideográficos y alfabéticos”¹⁷⁶, y, por extensión, la posibilidad

china [no fonética] de la voz es también lo que, de manera arbitraria y por artificio de la invención, lo arranca de la historia y lo entrega a la filosofía”; Derrida, “Of Grammatology”, *supra* nota 161, p. 76. Para un análisis sobre el proyecto de Leibniz de encontrar un fundamento universal para la cristiandad y el confucianismo véase David Mungello, *Leibniz and Confucianism: The Search for Accord* (Honolulu: University Press of Hawaii, 1977); Christia Mercer, *Leibniz's Metaphysics: Its Origins And Development* (Cambridge: Cambridge University Press 2001), pp. 50-51 (en el que se describe el “optimismo ecuménico” a la hora de descubrir los elementos de la cristiandad y el derecho natural en el confucianismo); véase también Gotfried Wilhelm Leibniz, *Writings on the China* (trans. Daniel J. Cook y Henry Rosemont, Jr.; Honolulu: University Press of Hawaii, 1994).

174 Sir George Thomas Staunton, “Translator's Preface”, en Ta Tsing Leu Lee, *Being the Fundamental Laws, and a Selection from Supplementary Statutes of the Penal Code of China V*, p. xiii (Londres: Strahan y Preston, 1810) (énfasis añadido).

175 Hosea Ballou Morse, *Chronicles of the East India Company to China, 1635-1834*, vol. 1 (Cambridge: Harvard University Press, 1926), p. 168. Habría que señalar que las imágenes occidentales del derecho chino nunca han sido monolíticas; los relatos de los jesuitas y otros de los primeros observadores modernos fueron predominante positivos. Sin embargo, a medida que los misioneros fueron reemplazados por comerciantes como grupo dominante de occidentales en China, las percepciones del derecho chino se volvieron más sombrías; véase, por ejemplo, Miller, *supra* nota 154, pp. 24-25 (que observa que las imágenes de los comerciantes estadounidenses del siglo XIX sobre China estaban dominadas por “la crítica del despotismo de China, su sistema vengativo de derecho y la injusticia social”); véase también Gregory Blue, “China and Western Social thought in the Modern Period”, en Timothy Brook y Gregory Blue (eds.), *China and Historical Capitalism: Genealogies of Sino logical Knowledge* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), p. 57 (en el que se analiza el surgimiento de ideas cada vez más negativas sobre China en el pensamiento social europeo).

176 Joseph Needham, “The Translation of Old Scientific and Technical Text”, en A. H. Smith (ed.), *Aspects of Translation* (Londres: Secker and Warburg, 1958), p. 12. Para análisis poscoloniales de los problemas de traducción véanse Lydia H. Liu, *Translingual Practice: Literature, National Culture, And Translated Modernity-China, 1900-1937* (Stanford: Stanford University Press, 1995), y Gayatri Chakravorty Spivak,

de administrar justicia en China¹⁷⁷. De hecho, basta con recordar los orígenes predominantemente franceses del *common law** y la creencia ardiente de los primeros francófonos en que “en verdad el derecho es muy difícil de expresarse de manera apropiada en inglés”¹⁷⁸.

En cualquier caso, incluso si Occidente oscila entre “el desprecio etnocéntrico” y la “admiración hiperbólica”, como Derrida caracteriza a las historias autorreferenciales de Occidente sobre el Oriente, China sigue siendo un poderoso significante¹⁷⁹. Dando continuidad a este patrón, en una inversión abiertamente llamativa del orientalismo estadounidense, los sinoestadounidenses parecen haber sufrido una sorprendente metamorfosis a finales del siglo xx: los discursos orientales ya no intervienen para excluir a los chinos de la inmigración, y los sinoestadounidenses han sido promocionados y pasado de ser representantes del “peligro amarillo” a miembros de la llamada “minoría modelo”¹⁸⁰. No obstante, aunque se considera que los sinoestadounidenses se han integrado con éxito en la economía estadounidense, es bastante evidente que se sigue desconfiando de ellos como sujetos *jurídicos* y *políticos*¹⁸¹. En lugar de expresar su vo-

“The Politics of Translation”, en Gayatri Chakravorty Spivak, *Outside in the Teaching Machine* (Nueva York-Londres: Routledge, 1993), p. 179.

177 Para un estudio de los elementos de este debate véase Derek Roebuck y King-kui Sin, “The Ego and I and Ngo: Theoretical Problems in the Translation of the Common Law into Chinese”, en Raymond Wacks (ed.), *Hong Kong, China and 1997: Essays in Legal Theory* (Hong Kong: Hong Kong University Press, 1993), p. 185.

* Se opta por dejar la expresión “common law” sin traducir, puesto que las expresiones alternativas no recogen con precisión la naturaleza compleja de este tipo de derecho y, por el contrario, son ambiguas, como “derecho común” o “derecho común anglosajón” (N. del T.).

178 Roger North, *A Discourse on the Study of Laws* (Londres: C. Baldwyn, 1824), p. 13, citado en Roebuck y Sin, *supra* nota 177, p. 193. Como es obvio, una vez que los ingleses establecieron su lengua como la “legal”, se usó para mantener su identidad como un pueblo “racional” encomendando a los comités parlamentarios hacer “descubrimientos” sobre las comunidades lingüísticas vecinas, tales como: “La lengua galesa distorsiona la verdad, favorece el fraude e incita al perjurio”; Reginald Coupland, *Welsh and Scottish Nationalism* (1954), p. 186 (en el que cita a los comisionados para la educación del Parlamento británico en 1846). Los irlandeses recibieron un trato similar como sujetos lingüísticos y jurídicos: “[...] los ingleses consideraron la cultura tradicional irlandesa, y su logro más impresionante, las leyes de Brehon, con el mayor desdén, como la obra de puros bárbaros. El gaélico, como el galés, no facilitaba la expresión racional”; Michael Hechter, *Internal Colonialism: The Celtic Fringe in British National Development, 1536-1966* (Berkeley: University of California Press, 1975), p. 77.

179 Derrida, “Of Grammatology”, *supra* nota 161, p. 80.

180 Véase Robert S. Chang, *Disoriented: Asian Americans, Law, and the Nation-State* (Nueva York: New York University Press, 1999), pp. 53-58. Es decir, los asiáticoestadounidenses como grupo se perciben diligentes, bien educados y exitosos en lo económico, es decir, una minoría modelo. Aunque el mito de la minoría modelo se ha desacreditado repetidamente, conserva su atractivo dual: genera y mantiene una imagen de minorías “malas” y al mismo tiempo oculta las formas en la que los asiáticoestadounidenses siguen estando de hecho social y económicamente marginados; véase Bob H. Suzuki, “Education and the Socialization of Asian Americans: A Revisionist Analysis of the ‘Model Minority’ Thesis”, 4(2) *Amerasia Journal* 23 (1977); véase también Natsu Taylor Saito, “Model Minority, Yellow Peril: Functions of ‘Foreignness’ in the Construction of Asian American Legal Identity”, 4 *Asian Law Journal* 71 (1997).

181 Para un análisis de la ineligibilidad de los asiáticoestadounidenses para la ciudadanía política plena véase, en general, Volpp, *supra* nota 155. Véase también el estudio clásico sobre la exclusión política

luntad política principalmente mediante el voto u otros canales regulares de participación democrática, los medios de comunicación sugieren que los sinoestadounidenses usan hoy su mayor poder económico para financiar campañas políticas¹⁸², cuando es que no venden secretos nacionales a China o al que mejor los pague¹⁸³.

Aunque el poder de los tropos orientalistas reside justo en ser irrefutables por la evidencia empírica, conviene repetir que incluso desde el punto de vista histórico, desde la génesis misma de la exclusión de la inmigración china, es del todo inexacta la percepción de que los sinoestadounidenses son incapaces o reacios a recurrir a las leyes para reclamar sus derechos. Aun si una de las justificaciones destacadas para las leyes de exclusión de los chinos fue la incapacidad presunta de estos para comprender siquiera la idea de derechos individuales y, por consiguiente, calificar para la “forma republicana de gobierno” de Estados Unidos¹⁸⁴, es irónico que la respuesta inmediata de los chinos frente a esa exclusión sea típicamente estadounidense: reclamar sus derechos legales ante los tribunales federales¹⁸⁵.

Hacia una ética del orientalismo

*China [...] es la recompensa de la clase correcta de lectura [...].
Cada uno obtiene la China que merece y a la que su comprensión
del lenguaje figurativo le da derecho*¹⁸⁶.

Haun Saussy

Aunque la atención de este ensayo está dirigida a bosquejar los contornos generales de ciertas representaciones históricamente dominantes del derecho chino en Occidente, cabría preguntarse con justicia qué tiene que ver todo esto, o si tiene algo que ver, con la comprensión de China y del derecho chino en nuestros días. ¿Cómo *deberíamos* usar el “derecho” para entender China, o “China” para entender el derecho?

y social de los asiaticoestadounidenses escrito por Vicor G. Nee y Bret de Bary Nee, *Longtime California: A Documentary Study of an American Chinatown* (Nueva York: Pantheon Books, 1972).

182 Véase L. Ling-chi Wang, “Race, Class, Citizenship and Extraterritoriality: Asian Americans and the 1996 Campaign Finance Scandal”, 24 *Amerasia* 1 (1998).

183 Véase Wen Ho Lee y Helen Zia, *My Country versus Me* (201); Neil Gotanda, “Racialization of Asian Americans and African Americans: Racial Profiling and the Wen Ho Lee Case”, 47 *UCLA Law Review* 1689 (20).

184 Cfr. *supra* texto acompañante a la nota 156.

185 Véase Christian G. Fritz, “A Nineteenth Century ‘Habeas Corpus Mill’: The Chinese before the Federal Courts in California”, 32 *American Journal Legal History* 347 (1988).

186 Saussy, *supra* nota 151, p. 151.

El objetivo de este artículo no es producir un imperativo categórico según el cual los abogados comparatistas dejen de orientalizar a China, que nunca debería constituirse en un simple medio para nuestros proyectos de autodefinición jurídica. Aunque esa moralización sea satisfactoria en lo retórico, no es posible una moralidad categóricamente antiorientalista. Los prejuicios, en el sentido gadameriano, solo se pueden gestionar, no eliminar. Como Gadamer observa, para bien o para mal, “el prejuicio fundamental de la Ilustración es el prejuicio contra el prejuicio mismo, que le niega a la tradición su poder”¹⁸⁷. Al final, “pertenecer a una tradición es una condición de la hermenéutica”¹⁸⁸ y es inevitable que las tradiciones nos inculquen prejuicios, en el sentido de que nos disponen a ver el mundo a la luz de nuestras preconcepciones, sean estas positivas o negativas.

Por lo tanto, no hay ningún conocimiento inocente que podamos adquirir, y la única opción que tenemos es “orientalizar”: anticipar siempre a China y sus tradiciones jurídicas en términos de nuestros propios prejuicios. Además, no solo estamos siempre e inevitablemente abocados a convertir a China y al derecho chino en el “otro” y a “esencializarlos” cuando intentamos comprenderlos, sino que los chinos, a su vez, nos esencializan a nosotros, el Occidente. Además, tanto nosotros como ellos esencializamos nuestras tradiciones también: los chinos se “autoorientalizan” y los estadounidenses se “autoamericanizan”, por así decirlo.

Como ejemplos de la autoesencialización china, considérese de nuevo el hecho de que durante siglos fue la idea confuciana oficial, fomentada por el Estado chino, de que el derecho tenía solo un papel mínimo en la gobernanza del imperio chino, que estaba idealmente gobernado por la moralidad, no obstante el hecho de que el Estado desarrolló un complejo sistema jurídico para llevar a cabo sus políticas. Sin embargo, en la medida en que el confucianismo privilegiaba el derecho sobre la moral y el Estado identificaba el ser chino con el confucianismo, era un imperativo ideológico insistir en que China era un gobierno de hombres (de virtud superior), no de leyes (meramente instrumentales)¹⁸⁹.

Considérese también la idea de una China fija, persistente. Este mito no es solo una fantasía occidental, sino también confuciana. El mismo Confucio insistía, con bastante poca sinceridad, en que su proyecto de reforma del Estado y la sociedad chinas no eran más que un regreso a una Edad Dorada, una mera reafirmación de una tradición antigua, más que una reformulación fundamental de un mundo que encontró corrupto y carente de moralidad¹⁹⁰. Así, desde Confucio, e incluso antes que él,

187 Gadamer; *supra* nota 24, p. 270.

188 *Ibid.*, p. 291; véase también *ibid.*, p. 277 (“[E]s necesario rehabilitar fundamentalmente el concepto de prejuicio”).

189 Cfr. *supra* texto acompañante a las notas 72-73.

190 Cfr. Confucius, *The Analects*, Libro. vii, cap. 1 (trad. D. C. Lau, 1979) (“El Maestro dijo: ‘Transmito, pero no innovo; soy sincero cuando digo esto y estoy consagrado a la antigüedad’”).

casi todos los proyectos chinos de transformación social fundamental han buscado retrotraer sus utopías a un pasado distante, con el fin de honrar un fuerte prejuicio cultural contra el cambio radical.

Sin duda, desde el ascenso de los comunistas al poder en 1949, al menos el Estado chino ha rechazado con rotundidad el pasado como fuente de legitimidad. Sin embargo, incluso ese rechazo se fundamenta en una autoorientalización de ese pasado. Es decir, aunque la versión china del marxismo pudiera representar una transformación significativa del mismo, hasta la variedad maoísta está en última instancia guiada por la necesidad de ver el pasado chino como algo irremediablemente “feudal”, que esperaba estancado a que el comunismo lo rescatara de su trampa ahistórica. Por consiguiente, muchos historiadores chinos han interiorizado como parte de su autocomprensión algunas de las comprensiones orientalistas del mundo que tenía Marx¹⁹¹. El consumado historiador del derecho Jing Junjian, por ejemplo, nos ofrece una imagen rica, e incluso dinámica, de la regulación jurídica de la economía durante la era Qing y, sin embargo, casi contradiciendo su propia evidencia, concluye que, no obstante, “el derecho chino estaba permeado por los mismos principios básicos desde el principio hasta el final”¹⁹².

191 Sobre la historiografía marxista en China véase, en general, Arif Dirlik, *Revolution and History: Origins of Marxist Historiography in China, 1919-1937* (Berkeley: University of California Press, 1978). Cfr. Partha Chatterjee, *Nationalist Thought and the Colonial World: A Derivative Discourse?* (Londres: Zed Books, 1986) (en el que se analiza la adopción de la ideología europea del “nacionalismo” por el Estado indio). En la medida en que la “naturaleza china” se fundamenta en no ser “occidental”, Wang Ning llama al fenómeno “occidentalismo”, en última instancia otra manera de autoorientalismo en el sentido de que se define principalmente por su relación con “el Occidente”. Véase Wang Ning, “Orientalism versus Occidentalism?”, *2 New Literary History* 57 (1997). Como ejemplo, considérese la observación satírica hecha por el importante modernista literario chino Lu Xun, en 1934:

[P]orque hemos sufrido la agresión [extranjera] durante años, somos enemigos de este “aire extranjero”. Vamos incluso un paso más allá y corremos contra ese “aire extranjero”: mientras que a ellos les gusta actuar; nosotros nos sentamos quietos; mientras ellos hablan de ciencia, nosotros dependeríamos de la adivinación; mientras que ellos llevan camisas de manga corta, nosotros llevamos batas largas; mientras ellos destacan la higiene, nosotros comemos moscas; mientras ellos son fuertes y sanos, nosotros preferiríamos estar enfermos. Lu Xun, *Reflections Starting from My Son's Photographs*, citado en Zhang Longxi, *Western Theory and Chinese Reality*, *supra* nota 68, pp. 105-106.

Véase también Chen Xiaomei, *Occidentalism: A Theory of Counter-Discourse in Post-Mao China* (Nueva York y Oxford: Oxford University Press, 1995), p. 5 (en el que se observa que el “occidentalismo” chino, o la autodefinición frente al otro occidental, es “principalmente un discurso que se ha invocado por diversos grupos competidores en la sociedad china para una variedad de fines diferentes, en gran parte, aunque no solo, en la política china nacional”). Para una definición alternativa de “occidentalismo” (que se refiere a la autoesencialización de Occidente) véase *infra* nota 195.

192 Jing Junjian, “Legislation Related to the Civil Economy in the Qing Dynasty”, en *Civil Law in Qing And Republican China*, *supra* nota 21, pp. 42, 82; véase también Chen Duanhong, “Opposition-The Future of Chinese Constitutionalism from the Perspective of Administrative Litigation”, *4 Zhongwai Faxue [Peking University Law Journal]* 1 (1995) (en el que se describe una imagen hegeliana del derecho tradicional chino como un gobierno paternalista en el que los sujetos se reducen a la posición de niños); Liang Zhiping, “Explicating ‘Law’: A Comparative Perspective of Chinese and Western Legal Culture”, *3 Journal Chinese Law* 55 (1989), p. 91 (“Obviamente, los conceptos tradicionales chinos son incapaces de recoger la rica esencia de los conceptos jurídicos modernos [...]. Tenemos que exponer y criticar la historia pasada y reconocer de manera consciente las tradiciones que heredamos sin querer”). Igual que la tradición jurídica china tiende a reducirse a un estereotipo

Igual que los chinos tienden a autoorientalizar su propio pasado como carente de derecho e inmutable, he sugerido antes que muchos estadounidenses tienden a “autoamericanizarse” como personas inherentemente jurídicas. Intriga el que, aunque los estadounidenses a menudo “tengan una valoración cultural muy alta del cambio”¹⁹³, que les sirve para condenar la tradición jurídica de China por estar “estancada”, en su contexto nacional los estadounidenses sean también capaces de valorar la *ausencia* de cambio. Igual que el confucianismo busca la estabilidad política al respetar las formas de gobierno establecidas por el fundador de cada dinastía, hay muchos estadounidenses orgullosos del hecho de que su Constitución haya permanecido inalterada desde su adopción tras el Acto Fundacional (de los Estados Unidos)¹⁹⁴. Sin embargo, aunque la ausencia de cambio real o percibido de la cultura política de China se suele clasificar negativamente como “estancamiento”, una ausencia de cambio parecida en el caso estadounidense representa la cualidad positiva de la “estabilidad”: no la esclavitud de la tradición, sino la admirable fidelidad a quienes realmente son “Nosotros el Pueblo”. De hecho, considérese las enormes cantidades de energía académica que los originalistas del derecho constitucional, por ejemplo, dedican a explicar por qué los estadounidenses contemporáneos deben gobernarse por un acuerdo de 1789, forjado por un grupo de hombres blancos, propietarios, en Filadelfia. El reconocimiento de que estos

orientalista, las concepciones idealizadas del derecho occidental se han convertido en la forma paradigmática de “derecho”; véase, por ejemplo, Gao Hongjun, “Two Modes of the Rule of Law”, en Liu Hainian et al. (eds.), *Yifa Zhiguo, jianshe Shehui Zhuyi Fazhi Guojia (Ruling The Country According To Law, Construcing A Socialist Rule of Law State)* (1996), pp. 262, 266-267 (que se apoya en el relato eurocéntrico de Roberto Unger del desarrollo jurídico). Cfr. Alford, *The Inscrutable Occidental*, *supra* nota 59. Es irónico que la “vanguardia” de gran parte de la teoría jurídica china contemporánea consista, por lo tanto, en reescrituras de las narrativas ilustradas europeas. Véase, por ejemplo, Yan Cunsheng, “Rationalization Is the Core of Legal Moderization”, *1 Faxue (Law Science Monthly)* 8 (1997); Du Wanhua, “The Dualistic Social Structure and Jurisprudential Reflections Thereon”, *1 Xiandai Faxue [Modern Legal Studies]* 5 (1996) (que se basa en Hobbes, Kant, Locke y Rousseau, entre otros); Bei Yue, “Human Rational Agreement and the Origin of Legal Rules”, *1 Xiandai Faxue [Modern Legal Studies]* 8 (1997) (la narrativa del contrato social). Sin duda, no hay nada “equivocado” en el autoorientalismo jurídico. Como observa Gayatri Spivak, “Los programas de autorrepresentación cultural nunca son correctos o incorrectos. Son la sustancia de las inscripciones culturales”. Spivak, *A Critique of Postcolonial Reason*, *supra* nota 64, p. 341. No obstante, en la medida en que el orientalismo jurídico se fundamenta en una lectura incompleta del pasado chino, puede criticarse por lo menos por buscar fundamentarse en una historia insostenible y por restringir innecesariamente la capacidad de los reformadores contemporáneos de derecho chino de utilizar las fuentes del pasado jurídico de China. En este contexto, probablemente es destacable, como observa Xiaobing Tang, que la crítica de Said al orientalismo “nunca ha entrado realmente en el discurso general cultural-intelectual [de la China contemporánea] con efectos perceptibles”; “Orientalism and the Question of Universality: The Language of Contemporary Chinese Literary Theory”, *1 Positions* 388 (1993), p. 389.

¹⁹³ Cohen, *Discovering History*, *supra* nota 39, p. 6.

¹⁹⁴ Es evidente que la Constitución se ha modificado varias veces, pero al menos en la visión popular, que no es la de los teóricos constitucionalistas, los estadounidenses continúan viviendo bajo la “misma” Constitución; cfr. Bruce Ackerman, *We The People: Foundations* (Cambridge: Harvard University Press, 1991).

* El preámbulo de la Constitución estadounidense comienza de esa forma, “We The People” (N. del T.).

hombres sean capaces de gobernarnos desde sus tumbas es, sin duda, una forma de culto a los ancestros tan grande como cualquiera de las defendidas por Confucio, y, sin embargo, este culto confirma la identidad de los estadounidenses como esencial y firmemente estadounidense¹⁹⁵.

No obstante, a pesar de esta conclusión melancólica —no podemos evitar esencializar a los otros, ni siquiera a nosotros mismos—, ¿qué tiene que hacer el jurista comparatista? Si aceptamos la premisa de que los prejuicios constituyen en última instancia las “condiciones de comprensión”¹⁹⁶, no necesitamos en absoluto encontrar un punto arquimediano de observación con el fin de comprender: no se requiere la perfección, incluso si deseamos conseguirla. En lugar de la moralidad simplista del antiorientalismo —“no orientalizarás”—, que pondría fin en la práctica al derecho comparado, se nos permite continuar con nuestro empeño. La comparación es de hecho la *única* forma para encontrarnos con los otros y establecer relaciones con ellos¹⁹⁷.

Si bien la moralidad podría no tener lugar en el derecho comparado, la ética debería tenerlo. Por “moralidad” quiero decir los sistemas normativos que proponen un sujeto moral predeterminado y que a continuación elaboran directrices sobre las acciones apropiadas por esos sujetos¹⁹⁸. Por “ética”, en cambio, me refiero a los sistemas normativos que se preocupan, no de lo que un sujeto predeterminado puede o no hacer, sino de la constitución de ese sujeto. En vez de suponer un sujeto ético y regularlo a continuación, la ética regula las *condiciones* en las cuales surgen los sujetos. Lo que necesita el derecho comparado, por consiguiente, es una ética del orientalismo, en lugar de la moralidad imposible del antiorientalismo.

Es decir, incluso si continuamos comparando, y también necesariamente orientalizando, debemos considerar los efectos que tienen nuestras comparaciones en otros¹⁹⁹. En la medida en que las categorías que empleamos imponen siempre límites a lo que podemos descubrir en el

195 Como otro ejemplo de la autoproyección al estilo-confuciano en la tradición, considérense los llamados occidentales a una “antigüedad clásica” idealizada (que hay que distinguir estrictamente del helenismo de influencia oriental, por ejemplo) y a la necesidad de “preservarla en la cultura occidental como un legado del pasado”; Gadamer, *supra* nota 24, p. 287. Recordándonos que los discursos orientalistas son constitutivos no solo de lo oriental, sino también del sujeto occidental, James Carrier usa el concepto de “occidentalismo” de una manera parecida para describir las formas en las que los estudios antropológicos sobre “el Oriente” han contribuido a la idealización de “el Occidente”; James G. Carrier, “Occidentalism: The World Turned Upside-Down”, 19 *American Ethnologist* 195 (1992).

196 Gadamer, *supra* nota 24, pp. 277-307.

197 Cfr. Charles Taylor, “Comparison, History, Truth”, en *Philosophical Arguments* (Cambridge: Harvard University Press, 1995), pp. 147, 150 (“[L]a comprensión del otro es siempre comparativa en cierto sentido”).

198 El cristianismo y la ética kantiana son ejemplo de moralidad en este sentido.

199 La concepción ética del orientalismo se puede pensar también como una clase de “esencialismo estratégico” en la manera en la que lo piensa Spivak, “Subaltern Studies”, *supra* nota 64, es decir, como una práctica que esencializa al otro únicamente para ciertos propósitos y con conciencia de sus consecuencias.

mundo, un efecto fundamental de nuestros actos de comparación es la *producción* parcial de los objetos que están comparándose (por ejemplo, el “sujeto jurídico” estadounidense y el “no-sujeto no-jurídico” chino). En consecuencia, debemos considerar las formas en las que nuestras comparaciones reconocen a otros como sujetos libres y también limitan su libertad como sujetos²⁰⁰.

A la vista de este imperativo ético, ¿cómo deberíamos proceder a la hora de evaluar los distintos orientalismos jurídicos? Consideremos, por ejemplo, la aplicación del derecho chino en Hong Kong en tiempos recientes. A menudo ha consistido en trasladar las ideas orientalistas a la práctica. De hecho, en el sistema jurídico colonial la distinción entre representaciones occidentales del derecho chino y el derecho chino como práctica material local prácticamente se fusionaron las unas con el otro, ya que los tribunales británicos en Hong Kong consultaban con frecuencia los relatos orientalistas sobre el derecho chino a la hora de elaborar el conjunto de reglas jurídicas que aplicaban a la población nativa como si fuera su idea, idiosincrática, del “derecho chino”. Desde un punto de vista técnico, esto se consiguió con ayuda de peritos y mediante la interpretación de los textos históricos de los observadores occidentales sobre el tema²⁰¹. La razón de la necesidad de consultar expertos externos reside en uno de

200 Cfr. *supra* nota 112.

201 Este corpus escrito es una amalgama de anécdotas jurídicas arcaicas —muchas veces claramente hostiles— contadas por misioneros, historiadores orientalistas, antropólogos de sillón y el ocasional abogado británico. En una cadena de citas judiciales, con el paso del tiempo, esta jurisprudencia dudosa adquiere una autoridad sin más fundamento que el de su propio estatus como precedente: “un autor sintetiza varias fuentes, se cita en una sentencia que se convierte en un precedente, que se compara con otros autores que usan las mismas fuentes, y así sucesivamente”; Peter Wesley-Smith, *The Sources of Hong Kong Law* (Hong Kong: Hong Kong University Press, 1994), p. 216. Es bastante asombroso que todavía a fines de la década que comienza en 1980, para cuando ya existían estudios detallados, mucho más cualificados sobre el derecho y las costumbres chinas de fines de la dinastía Qing, los tribunales de Hong Kong siguieran apoyándose en un informe anticuado de un comité que, a su vez, citaba como “autoridad” varios textos arcaicos del siglo XIX; véase, por ejemplo, en *re Estate of Ng Shum* (n.º 2), [1990] 1 H.K.L.R. 67, que a su vez se basa repetidamente en el *Hong Kong Committee on the Chinese Law and Custom* (Hong Kong: Government Printer, 1953), un informe compilado por un comité del gobernador encargado en 1948. El caso cita expresamente referencias del informe, gemas del orientalismo, como la “historia” social escrita por el archidiácono británico de Hong-Kong John Henry Gray, *China: A History of the Laws, Manners, and Customs of the People* (Londres: Macmillan and Company, 1878), y J. Dyer Ball, *Things Chinese: Being Notes on the Various Subjects Connected with China* (Londres: Marston and Company, 1892), p. 392 (que contiene frases como “Birlir-birlirbirloque [...] los chinos no son solo nuestras antípodas con respecto a nuestra posición en el globo terráqueo, sino que son nuestros opuestos casi en toda acción y todo pensamiento”). Más allá de los contenidos del informe, el caso cita incluso los esfuerzos incansables de Edward Harper Parker por reducir el derecho de familia de finales de la dinastía Qing a las categorías del derecho romano arcaico, con la presunción de que el derecho de los Qing estaba en una etapa de desarrollo parecida a la “del derecho romano anterior a la publicación de las Doce Tablas —hace 2200 años—”; Parker, *supra* nota 137, p. 69. Aunque los tribunales modernos de Hong Kong han usado también expertos como testigos, esos expertos se han limitado a corroborar la jurisprudencia heredada. Igual que como Peter Wesley-Smith describe la situación a finales del gobierno colonial británico, la mayoría de los “testigos” expertos no tenían conocimiento directo del tema objeto de su testimonio; en vez de eso, su conocimiento experto residía en el hecho de que eran “académicos conocedores del pequeño corpus de literatura sobre el derecho y la costumbre chinas”. Wesley-Smith, *supra*, p. 216.

los axiomas jurídicos fundacionales del colonialismo británico: “como el derecho nativo es derecho extranjero, tiene que probarse como cualquier otro hecho”²⁰². Este principio, digno de Borges, fusionaba ágil y efectivamente lo “nativo” con lo “extranjero”, y también el “derecho” con los “hechos”, de manera que, cuando los británicos terminaron su trabajo, el derecho chino no era ni “nativo” ni “derecho”. Una vez que el vacío resultante se llenó de proyecciones orientalistas, lo que quedó con frecuencia fue también menos que “chino”.

Así, si el orientalismo jurídico es por lo normal un conjunto de representaciones occidentales del derecho chino, desarrolladas a partir y en torno a prácticas jurídicas reales —aun cuando esas representaciones pudieran ser en sí bastante fantásticas—, en Hong Kong la dinámica ha sido la inversa: allí las prácticas jurídicas han sido con frecuencia prácticas materiales del orientalismo jurídico²⁰³. Como es obvio, este hecho, por sí mismo, no es una acusación contra el conjunto de normas jurídicas resultantes, puesto que la pureza de origen cultural o nacional no es garantía alguna de calidad, y ni siquiera esa pureza es alcanzable, salvo que se autoorientalice el pasado propio. Lo que es éticamente sospechoso de este orientalismo es su relación colonial típica con el no-sujeto no-jurídico chino: el derecho no concede a los chinos que van a vivir sujetos a él ningún papel en su elaboración.

Sin embargo, Hong Kong, a diferencia del resto de China, tiene una historia colonial real y, por consiguiente, no cabe sorprenderse de que Occidente haya colonizado el sujeto jurídico local, pero ¿qué pasa con el orientalismo jurídico para comprender la República Popular de China, por ejemplo? Desde el final de la Guerra Fría, el derecho se ha convertido en uno de los principales objetos de exportación estadounidenses²⁰⁴. Con una insistencia particular, se le están ofreciendo varios proyectos de Estado de derecho a China²⁰⁵. Estos proyectos se basan implícitamente en la

202 *Hughes v. Davies*, Renn., pp. 550, 551 (1909).

203 Esta descripción se aplica, sin duda, a gran parte de la producción del “derecho chino” en el Hong Kong colonial. El estatus de ese cuerpo de leyes, en esencia costumbres y leyes del periodo tardío Qing, en el Hong Kong poscolonial es más confuso, pero al menos en un análisis formal sigue siendo válido en la medida en que los británicos lo hacían cumplir en la víspera del traspaso de poder a China; véase Ruskola, “Conceptualizing Corporations and Kinship”, *supra* nota 15, pp. 1725-1726; véase también Barbara E. Ward, “Rediscovering Our Social and Cultural Heritage in the New Territories”, 20 *Journal Hong Kong Branch Journal Royal Asiatic Society* (1980), pp. 116, 121 (en el que se señala que el colonialismo británico ha funcionado “en cierto sentido como una nevera, congelando los sistemas culturales y sociales locales más o menos en la etapa en la que estaban cuando llegaron los británicos, y han inhibido, en un grado sorprendente, los cambios que hubieran tenido lugar en otro caso”).

204 Véase, por ejemplo, Thomas Carothers, “The Rule of Law Revival”, 77 *Foreign Affairs* 95 (1998). Para un análisis crítico véase Margaret Jane Radin, “Reconsidering the Rule of Law”, 69 *Boston University Law Review* 781 (1989).

205 Véase, en general, Matthew C. Stephenson, “A Trojan Horse Behind Chinese Walls? Problems and Prospects of U.S.-Sponsored ‘Rule of Law’ Reform Projects in the People’s Republic of China”, 18 *Pacific Basin Law Journal* 6 (2000). Sobre la multiplicidad de significados del “imperio de la ley” en

idea de que los recursos jurídicos propios de China son inadecuados para la tarea de gobernar China y que China depende de la asistencia occidental para conseguir un orden jurídico “auténtico”. La idea subyacente es, de nuevo, que China es estática en lo esencial y que estaría destinada al cubo de basura de la Historia si no fuera por las intervenciones de Occidente. Esta idea implícita se ha criticado por las ciencias sociales; los críticos la llaman el paradigma del “impacto-respuesta”. El principal supuesto estructural del paradigma es que la llamada “modernización” de China ha sido, de hecho, una “respuesta” frente al “impacto” de su encuentro con Occidente en el siglo XIX²⁰⁶.

Hoy muchos creadores estadounidenses de políticas públicas que siguen considerando a los chinos como carentes esencialmente de derecho y como sujetos indiferenciados del despotismo oriental, solo que el último déspota es el Partido Comunista, en lugar del Estado imperial. En su manifestación actual, esta idea apoya el proyecto político y económico de conseguir que China abra sus mercados a la inversión y el comercio occidentales: los que favorecen la entrada de China en la Organización Mundial del Comercio y otros regímenes mercantiles y comerciales de derecho internacional sostienen que la participación de China transformará al final a su población en sujetos viables del Estado de derecho. Esta perspectiva orientalista específica corre el riesgo de que la misión del derecho estadounidense en China pase del turismo jurídico (relativamente inofensivo) a la imposición del neoliberalismo bajo la coartada de la reforma del derecho²⁰⁷.

En esta perspectiva hay también una profunda ironía cuando se tiene en cuenta que el contexto nacional estadounidense es justo una integración económica *demasiado* exitosa de los sinoestadounidenses, lo que los convierte en sujetos jurídicos sospechosos: incluso como ciudadanos, se

el contexto de China véase Deborah Cao, “‘Fazhi’ vs/and/or Rule of Law? A Semiotic Venture into Chinese Law”, 14 *International Journal Semiotics Law* 223 (2001); Randall Peerenboom, “Ruling the Country in Accordance with Law: Reflections on the Rule and Role of Law in Contemporary China”, 11 *Cultural Dynamics* 315 (1999); véanse también Albert H. Y. Chen, “Toward a Legal Enlightenment: Discussions in Contemporary China on the Rule of Law”, 17 *UCLA Pacific Basin Law Journal* 125 (1999); Carol A. G. Jones, “Capitalism, Globalization and Rule of Law: An Alternative Trajectory of Legal Change in China”, 3 *Social & Legal Studies* 195 (1994).

206 Véase Cohen, *Discovering History*, *supra* nota 39, pp. 58-96. La expresión clásica del paradigma en su forma moderna es la influyente “China’s Response to the West”, publicada por primera vez en 1954. Véase John K. Fairbank y Ssu-yü Teng, *China’s Response to the West: A Documentary Survey, 1839-1923* (Cambridge: Harvard University Press 1954). Para una perspectiva correctora véase, por ejemplo, Jonathan Spence, *To Change China: Western Advisors in China 1620-1960* (Boston: Little, Brown & Co., 1980). Véanse también Alford, “Law? What Law?”, *supra* nota 13, pp. 49-50; Ruskola, “Conceptualizing Corporations and Kinship”, *supra* nota 15, p. 1717.

207 Esto no quiere sugerir que no haya una demanda china nativa que reclame una reforma del derecho. Es bastante claro que muchos chinos apoyan la reforma del derecho, así como la participación de China en la OMC. No hay nada objetable en querer perseguir esos fines. Lo que es cuestionable es el supuesto implícito de estos proyectos (común a los exportadores del derecho estadounidenses y a los importadores chinos del derecho) de la occidentalidad autoevidente de todas las formas posibles de modernidad jurídica, y la expectativa de que la expansión de los mercados “civilizará” de manera natural a los sujetos chinos del despotismo y los convertirá en sujetos jurídicos (liberales).

cree que ejercen su agencia principalmente a través de medios económicos, más que jurídicos y políticos, al menos según las descripciones de los medios de comunicación²⁰⁸.

Sin embargo, sean cuales sean las diferencias entre los orientalismos mencionados, apoyan una autoimagen abiertamente idealizada del sujeto jurídico estadounidense y una perspectiva inmerecidamente negativa del (no)sujeto (no)jurídico chino: los chinos están gobernados por la moralidad, los estadounidenses por el derecho; los chinos son borregos, los estadounidenses individuos; los chinos son despóticos, los estadounidenses democráticos; China es inmutable, Estados Unidos dinámico. En conjunto, estas ideas forman un complejo analíticamente indisoluble de significados, de manera que es frecuente que al invocar uno se estén invocando todos. El problema no es que estos orientalismos contengan supuestos sobre la subjetividad jurídica china —eso es inevitable—, sino que previenen en esencia la posibilidad de toda comunicación real entre el sujeto estadounidense y el que sería su homólogo chino. En la medida en que considera que el sujeto jurídico estadounidense es el caso auténtico y paradigmático, estos supuestos autorizan a que este sujeto enseñe a los chinos *cómo llegar a ser* sujetos jurídicos (reales). Hasta que se haya impartido esa lección, es poco lo que el derecho chino puede ofrecer al derecho estadounidense, y esa no es una receta prometedora para la comprensión transcultural. De hecho, en la medida en que esta concepción del sujeto jurídico tiene el potencial de deslegitimar todas las otras tradiciones jurídicas, el orientalismo jurídico se inserta en la definición misma de “derecho”, lo que, junto a la clase de subjetividad individual que conlleva, se convierte en una de las contribuciones esenciales de Occidente al mundo moderno²⁰⁹.

Aunque el narcisismo jurídico no sea fatal y tal vez solo pase que nos ofrece la visión (sombria) del derecho chino que nosotros nos merecemos, los chinos se merecen algo mejor. Para empezar, nos podemos comunicar con otros gracias únicamente al hecho de que tenemos ciertos “prejuicios habilitantes, fundamentales”²¹⁰; nuestras preconcepciones de los otros son las que parcialmente permiten que esos otros surjan como sujetos. No obstante, al mismo tiempo esos prejuicios productivos constriñen inevitablemente también a esos otros: la subjetividad nunca implica una libertad perfecta. Lo que distingue un orientalismo de otro, por consiguiente, es sus usos y sus efectos²¹¹. ¿Cómo “sujeta” al otro?

208 Cfr. *supra* texto acompañante a las notas 182-183.

209 Como observa Peter Fitzpatrick, la fabricación de mitos sobre el derecho de otras sociedades es parte inevitable de la legitimación del propio derecho; véase Peter Fitzpatrick, *The Mythology of Modern Law* (Londres: Routledge, 1992).

210 Gadamer; *supra* nota 24, p. 295.

211 Cfr. Alford, “The Inscrutable Occidental”, *supra* nota 59.

* Véase nota del traductor tras la nota al pie 104.

Por lo tanto, la discusión ética no es entre un orientalismo con prejuicios negativos y otro con prejuicios positivos, incluso si en el contexto del derecho los mitos del orientalismo tienden a ser en su mayor parte negativos²¹². Las idealizaciones comunitaristas y de otras clases del genio chino para la mediación y la armonía, por ejemplo, tienden a basarse en ideas parecidas de la no-subjetividad no-jurídica china²¹³. Con frecuencia, representan una aceptación acrítica occidental de la ficción ideológica confuciana de que los chinos se recrean por naturaleza en la sumisión a los dictados de la moralidad grupal. Además, al igual que sus opuestos, estos orientalismos positivos tienden a presentar el derecho como algo inherentemente “occidental” y “moderno”, que excluye en la práctica a los chinos del derecho y también de la modernidad. No hay duda de que la idea específica de esos orientalismos aduladores suele criticar la legalidad occidental (el exceso de ella), pero, al usar la no-legalidad china como contraejemplo, reducen a los chinos a los equivalentes jurídicos del noble salvaje: seres primitivos que tienen la fortuna de que la modernidad jurídica no los haya contaminado.

Una ética de la comparación, al no insistir en la distinción categórica entre orientalismos positivos y negativos, no requiere aislar de las críticas a las prácticas jurídicas chinas²¹⁴. El humanismo ilustrado puede haber participado hondamente en el ascenso del imperialismo occidental, pero, como observa Dipesh Chakrabarty, “ha proporcionado una base sólida a partir de la cual surgen, tanto en Europa como en otros lugares, críticas de prácticas socialmente injustas”²¹⁵. De hecho, tenemos el deber ético de preocuparnos de las prácticas de creación de la subjetividad —las formas en las que se habilitan y deshabilitan los sujetos jurídicos— en China y también en nuestra casa.

Aunque insisto que nuestra concepción del Estado de derecho no debe ser tan cerrada y rígida como para deslegitimar categóricamente toda alternativa de organización política y social, no pretendo sugerir que el Estado de derecho *no pueda* ser un modelo legítimo, para nosotros y para otros. Incluso si uno apoya el proyecto de conceptualizar de manera amplia la idea de Estado de derecho, parece estar más allá de toda discusión —sería tautológico, de hecho— que China no tiene un Estado de derecho en el sentido angloestadounidense del término²¹⁶. En consecuencia, parece

212 Cfr. *supra* sección “El ‘no-sujeto’ no-jurídico chino”.

213 Véase, por ejemplo, David Hall y Roger Ames, *Democracy of the Dead* (Chicago: Open Court, 1999), pp. 216-220.

214 Para una explicación de cómo los derechos humanos han aparecido en las relaciones exteriores chinas en la pasada década más o menos véase Ming Wan, *Human Rights in Chinese Foreign Relations: Defining and Defending National Interests* (Filadelfia: University of Pennsylvania Press, 2001).

215 Chakrabarty, *supra* nota 31, p. 4.

216 Como es obvio, esta definición no es la única legítima. Por ejemplo, Randall Peerenboom observa que “el socialismo de partido único [en China], en el que el partido tiene una función de liderazgo, es

más sensato, en lugar de preguntar “¿hay Estado de derecho en China?”, preguntar más bien “¿debería haber un Estado de derecho en China, tal y como entendemos hoy ese concepto?”²¹⁷. Para responder esa pregunta hay que ser realista sobre qué es lo que un Estado de derecho puede y no puede lograr. Eso no significa prejuzgar la respuesta a la pregunta: aun si admitimos las deficiencias del Estado de derecho, podemos encontrarlo deseable en última instancia²¹⁸. Sin embargo, no beneficia a nadie vender una idea por más de lo que vale²¹⁹.

No obstante, tanto si expresamos nuestras críticas en el lenguaje de los derechos humanos o de cualquier otro discurso, no debemos condenar a China sin darle una audiencia justa. A menudo las prácticas jurídicas chinas se juzgan a partir de pruebas de carácter irrelevantes, recurriendo a supuestos sobre la naturaleza “despótica” e “irracional” de los chinos, por ejemplo. Igual de frecuente es presumir la culpabilidad del sistema jurídico

en teoría compatible con el Estado de derecho, aunque no con una versión democrática liberal del Estado de derecho”. Randall Peerenboom, “Globalization, Path Dependency and the Limits of Law: Administrative Law Reform and Rule of Law in the People’s Republic of China”, 19 *Berkeley Journal International Law* 161 (2001), p. 167.

- 217 Michael Dowdle, “Heretical Laments: China and the Fallacies of ‘Rule of Law’”, 11 *Cultural Dynamics* 287 (1999), p. 287 (énfasis añadido). Como señala Donald Clarke, la afirmación de que China carece de un sistema de “imperio de la ley” suele “dejar [...] sin justificar su componente más crucial: la idea frente a la cual el sistema jurídico chino se identifica y mide”; Clarke, *supra* nota 65, p. 9. La afirmación de que el sistema jurídico chino tiene “carencias”, aun cuando sea precisa, debería acompañarse de un argumento sobre por qué cualquier “carencia” es indeseable en el contexto cultural, político, histórico y social chino. Pudiera haber buenos argumentos para apoyar esas afirmaciones, pero esos argumentos deben ser explícitos, no meramente implícitos, como si derivaran de manera inexorable del hecho de que China se regula de manera diferente.
- 218 Como Yuanyuan Shen señala, sean cuales sean las deficiencias conceptuales y prácticas del Estado de derecho, podría ser que “todavía fuera útil para la China de hoy”; Yuanyuan Shen, “Conceptions and Receptions of Legality”, en *The Limits of The Rule of Law in China*, *supra* nota 13, pp. 20, 21.
- 219 En este contexto, considérese también el debate encendido sobre el significado de la “independencia judicial”. La independencia judicial puede ser un fin deseable, pero, como el imperio de la ley tiene solo en última instancia un valor instrumental, no es un fin en sí mismo. Como observa Mark Ramseyer, “La investigación comparada básica muestra que los jueces independientes [...] no son comunes en todas las naciones amantes de la libertad”; Mark Ramseyer, “The Puzzling (In) Dependence of Courts: A Comparative Approach”, 23 *Journal Legal Studies* 721 (1994), pp. 721-722. Cabe suponer que pocos estadounidenses desearían unos jueces verdaderamente independientes, una especie de aristocracia judicial irrestricta; como nos advierte Jerome Cohen, “[u]nos jueces independientes pueden frustrar efectivamente un gobierno democrático con igual facilidad que pueden frustrar un gobierno totalitario”; Jerome Alan Cohen, “The Chinese Communist Party and ‘Judicial Independence’: 1949-1959”, 82 *Harvard Law Review* 967 (1969), p. 973; véase también Jose L. Toharia, “Judicial Independence in an Authoritarian Regime: The Case of Contemporary Spain”, 9 *Law & Society Review* 475 (1975) (en el que observa la coexistencia del autoritarismo político con un grado considerable de independencia judicial). Además, la “independencia judicial” no existe en forma absoluta ni siquiera en su variante contemporánea, ni ha tenido un significado histórico estable ni siquiera en Estados Unidos; véanse, por ejemplo, Stephen B. Bright, “Can Judicial Independence Be Attained in the South? Overcoming History, Elections, and Misperceptions about the Role of the Judiciary”, 14 *Georgia Studies University Law Review* 817 (1998), p. 856 (en el que se critica a muchos jueces estatales del sur de Estados Unidos por “no [ser] independientes ni comprometidos con el imperio de la ley”); Christine A. Desan, “Remaking Constitutional Tradition at the Margin of the Empire: The Creation of Legislative Adjudication in Colonial New York”, 16 *Law & History Review* 257 (1998), p. 316 (en el que se pide reconocer que el sistema colonial de “decisión judicial legislativa”—la decisión judicial por órganos legislativos—constituye una parte integral de la historia de la “legalidad estadounidense”).

chino antes incluso de presentar siquiera una prueba (o cuando se presenta, es un testimonio de oídas, rumores con una historia de varios siglos). También con demasiada frecuencia el proceso completo parece centrarse en nosotros y en el proyecto de probar la inocencia de *nuestras* normas y prácticas, de manera incidental al denunciar las de China. Por último, está la pregunta estructural final de todas las epistemologías orientalistas: ¿por qué China es siempre la acusada y Occidente el juez (y el jurado)?²²⁰.

Una audiencia judicial no es la mejor metáfora para comprender el derecho chino. Volviendo a Gadamer, su idea de proceso interpretativo como “círculo hermenéutico” describe mejor el proceso de comparación también, y desde el punto de vista normativo proporciona un modelo más deseable para abordarlo. En los términos de Gadamer, comenzamos nuestro estudio del derecho chino a partir de la proyección de nuestros preconceptos, que obtenemos de nuestras circunstancias históricas dadas. De manera ideal, esos preconceptos constituirían solo el punto de partida provisional, que revisaríamos con el transcurrir del tiempo, para luego proyectarlos una y otra vez sobre el mundo, revisándolos cada vez, según el grado en el que (creemos que) nuestros prejuicios describen de hecho el mundo. Sin embargo, en cada momento nuestras descripciones del mundo afectan también a su organización, así que no hay estación terminal para ese empeño. No es la búsqueda de una verdad histórica establecida. En lugar de eso, el propio proceso constituye una verdad producida por y en la historia.

La expresión “círculo hermenéutico” suena más estática de lo necesario. No es un bucle infinito que nos haga rehenes permanentes de nuestros prejuicios actuales. Por el contrario, “el círculo posee una importancia ontológicamente positiva”²²¹. Siempre implica la posibilidad de una “fusión de horizontes”, de un encuentro genuino entre diferentes sistemas hermenéuticos²²². No tenemos más opción que llevar al encuentro nuestras propias categorías jurídicas, nuestras estructuras mentales, pero,

220 Cfr. Leti Volpp, “Feminism vs. Multiculturalism”, 101 *Columbia Law Review* 1181 (2001) (en el que analiza las formas en las cuales los discursos del feminismo jurídico occidental presentan las prácticas culturales no occidentales como patriarcales y, por consiguiente, concluye que el multiculturalismo se opone al feminismo).

221 Gadamer; *supra* nota 24, p. 266.

222 *Ibid.*, p. 306 (“[L]a comprensión es siempre la fusión de estos horizontes que se suponen que existen separadamente”) (énfasis omitido). El lenguaje de horizontes separados que se juntan y se fusionan es desafortunado desde la perspectiva del derecho comparado poscolonial, puesto que implica la existencia de sistemas jurídicos discretos o “horizontes jurídicos” discretos. Sin embargo, Gadamer aclara en otro lugar que “estos horizontes que supuestamente existen en sí mismos” nunca son discretos, nunca están completamente cerrados:

igual que el individuo nunca es simplemente un individuo, porque es siempre una comprensión con otros, de la misma forma el horizonte cerrado que se supone que engloba una cultura es una abstracción. El movimiento histórico de la vida humana consiste en el hecho de que nunca está absolutamente vinculada a un punto de vista y, en consecuencia, nunca puede ser un horizonte auténticamente cerrado. El horizonte es, más bien, algo en el que nos movemos y que se mueve con nosotros. Los horizontes cambian para una persona que se mueve. (*Ibid.*, p. 304)

según nos aproximamos al sistema jurídico chino, *podemos* cuestionar nuestras categorías. Aunque no podemos cuestionarlas todas al mismo tiempo, sí podemos cuestionar una, o varias, en un determinado momento. Así, si bien el círculo hermenéutico *es* circular por definición, no es estático, sino que puede cambiar a lo largo del tiempo. Su movimiento no es teleológico, dirigido hacia un lugar final de descanso en donde el círculo colapsa y se encoge hasta formar el centro de una diana, y eso significa que hemos llegado a una comprensión final, completa. En lugar de eso, el círculo se mueve *como círculo* en direcciones no predeterminadas: a la izquierda o la derecha, arriba o abajo, Oriente u Occidente²²³.

Considérese lo que le pasó a Herbert Fingarette, un filósofo formado en los cánones occidentales, después de prestarle atención seria al pensamiento chino:

Cuando comencé a leer a Confucio, lo consideré un moralizador prosaico y provinciano; sus proverbios reunidos, las *Analectas*, me parecían de una irrelevancia arcaica. Después, y cada vez con más fuerza, lo aprecié como un pensador con una percepción profunda y una visión imaginativa del hombre, de grandeza pareja a cualquier otra que yo conozca²²⁴.

La interpretación del derecho chino —y la interpretación de qué constituye “derecho” — nos lleva inevitablemente a implicarnos en el proceso de interpretarnos: ¿quiénes somos *nosotros*, como sujetos (jurídicos)? Por lo tanto, en la medida en que el “derecho es en verdad una práctica interpretativa y la interpretación es ontológica, siempre nos arriesgamos a cambiar mediante nuestros actos de interpretación jurídica”²²⁵.

Por lo tanto, por muy marginados que se sientan los juristas comparatistas, el derecho comparado importa. En su sentido más amplio, todos somos juristas comparatistas puesto que necesitamos comprendernos jurídicamente en contraste con nuestras ideas de los otros. Pensado así, el derecho comparado es un lugar de formación del sujeto, una práctica mediante

223 Gracias a Erika Evasdottir por sugerirme la idea de un círculo hermenéutico que se mueve en el espacio.

224 Herbert Fingarette, *Confucius: The Secular as Sacred* (Nueva York: Harper and Row, 1972), p. vii.

225 Jack M. Balkin, “Understanding legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Coherence”, 103 *Yale Law Journal* 105 (1993), p. 163. Basándose en Gadamer, Balkin subraya la naturaleza “existencial” o “ontológica” de la interpretación jurídica, *ibid.*, p. 159, al observar que “los relatos de coherencia en el mundo social [...] están, en el fondo, impulsados por nuestra necesidad de creer que nuestras creencias son ordenadas, coherentes y racionales”, *ibid.*, p. 115. Por lo tanto, muchos de nosotros estamos ontológicamente comprometidos “a creer que vivimos en una sociedad básicamente justa, y que los elementos de arbitrariedad, irrazonabilidad o injusticia son la excepción, más que la norma”, *ibid.*, p. 147. Cuando los supuestos de la tradición jurídica china contradicen los de la nuestra tienen el potencial de cuestionar la propia coherencia de nuestro mundo social o, como lo expresa Balkin, “cuando el sistema jurídico acaba identificándose con la autoridad social general, los ataques a la coherencia de las normas jurídicas se pueden interpretar como ataques a la sociedad misma”, *ibid.*, p. 80.

la cual creamos a otros y también a nosotros mismos. Este poder no nos debería hacer desistir de los actos de comparación —no podríamos, aunque quisiéramos—, sino que habría que usar ese poder éticamente, de manera que permita hacer surgir diferentes clases de sujetos jurídicos, en vez de sujetos inamovibles y clasificados históricamente en función de la autenticidad de su subjetividad jurídica.

Epílogo

*La ley no se equivoca ni acierta,
la ley no es más que crímenes
castigados en un tiempo y lugar,
la ley son solo las ropas que viste el hombre,
en cualquier tiempo, en cualquier lugar,
la ley es buenos días y buenas noches*²²⁶.

W. H. Auden

No importa cuántas veces los abogados proclamen *res ipsa loquitur*: las cosas no hablan por sí mismas, y el hecho no interpretado queda como ficción social y jurídica²²⁷. No obstante, muy a menudo los observadores occidentales reclaman tener autoridad interpretativa final con respecto al derecho chino. Para una explicación de por qué debería ser así considérese la obra teatral de David Henry Hwang *M. Butterfly*, en la que analiza las ideas orientalizadas sobre el género (entre otras cosas). Los personajes de Hwang ofrecen una simple explicación de por qué un hombre puede encarnar a una mujer a la perfección: “Porque solo un hombre sabe cómo se supone que tiene que actuar una mujer”²²⁸. Es decir, en la medida en que una “mujer real” es en últimas una fantasía masculina, es el hombre el que tienen la llave de la “verdad” sobre las “mujeres”. Nuestras visiones fetichistas del derecho no son diferentes. Mientras insistamos en que el derecho “real” es una idea occidental, siempre será Occidente quien tenga la llave de la verdad sobre el derecho.

He aquí que no hay ningún estándar transcultural que nos ayude a conseguir una definición última de “derecho”. Aunque las teorías de derecho natural han sufrido (en su mayor parte) una bien merecida muerte, en nuestros momentos menos conscientes actuamos como si sus ideas

226 W. H. Auden, “Law Like Love”, en *Collected Shorter Poems 1927-1957* (Nueva York: Random House, 1966), p. 154, citado en Mezey, *supra* nota 82, p. 5.

227 Cfr. Geertz, *supra* nota 67, p. 173 (“[L]as configuraciones de los hechos no son simplemente cosas que se encuentren tiradas en el mundo y que se transporten materialmente ante un tribunal”).

228 David Henry Hwang, *M. Butterfly* (Nueva York: Plume, 1988). Para un análisis de la política sexual y racial de *M. Butterfly* véase David L. Eng, “Heterosexuality in the Face of Whiteness”, en *Racial Castration: Managing Masculinity in Asian America* (Durham: Duke University Press, 2001), p. 137.

desacreditadas siguieran siendo buen derecho, y olvidamos que incluso las categorías jurídicas más naturales no son sino artefactos culturales en última instancia. Sin embargo, el único derecho natural es que, en China, como en todos los demás lugares, las personas nacen y mueren, y, entre medias, se esfuerzan por dar un significado al mundo y a sí mismos. En ese proyecto, el derecho es una fuente de significación.

Sobre los autores

Daniel Bonilla, profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, ha dedicado su carrera académica a las áreas de la teoría del derecho, el derecho constitucional nacional y comparado, los servicios jurídicos *pro bono* y la educación jurídica en las clínicas jurídicas universitarias. Reivindica una visión desde el sur del derecho constitucional y el derecho comparado. Entre sus obras se destacan *Los bárbaros jurídicos: Identidad, derecho comparado moderno y el Sur Global* (Bogotá: Siglo del Hombre, 2020) y los libros colectivos *El acceso a la justicia: Teoría y práctica desde una perspectiva comparada* (con Colin Crawford; Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Uniandes, 2019), y *Constitucionalismo del Sur Global* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Uniandes, 2014).

Ralf Michaels es director del Instituto Max Planck de Derecho Comparado y Derecho Internacional Privado, y profesor de derecho global en la Queen Mary University (Londres) y profesor de derecho en la Universidad de Hamburgo. Entre sus publicaciones se encuentran *Sachzuordnung durch Kaufvertrag. Traditionsprinzip, Konsensprinzip, ius ad rem in Geschichte, Theorie und geltendem Recht* (Berlín: Duncker & Humblot, 2002) y los libros colectivos *The Private Side of Transforming our World* (con Verónica Ruiz Abou-Nigm y Hans van Loon; Cambridge: Intersentia, 2021), *Beyond the State: Rethinking Private Law* (con Nils Jansen; Tübingen: Mohr Siebeck, 2008), y *Conflict of Laws in a Globalized World* (con Eckart Gottschalk, Giesela Rühl y Jan von Hein; Cambridge, Nueva York y Melbourne: Cambridge University Press, 2007).

Pierre Legrand es profesor de derecho en la Universidad de la Sorbona, en la que ofrece una variedad de cursos comparativos que van de la

(in)traducibilidad del derecho al proceso civil, pasando por el razonamiento jurídico; además enseña derecho comparado en facultades de varios continentes. Es un teórico destacado en el campo del derecho comparado crítico, preocupado principalmente por los problemas de interpretación y la política y la (im)posibilidad de los trasplantes jurídicos. Entre sus obras se destacan *Law and the Task of Negative Critique* (Londres: Routledge, 2023) y *Negative Comparative Law: A Strong Programme for Weak Thought* (Cambridge: Cambridge University Press, 2022).

Ran Hirschl es profesor de derecho en la Universidad de Texas (Austin), en la que es titular de la cátedra Earl E. Sheffield Regents. Ha sido premiado por sus estudios sobre derecho público canadiense y comparado, y la política judicial en perspectiva nacional y comparada. Entre sus obras se destacan las monografías *Constitutional Theocracy* (Cambridge: Harvard University Press, 2010), *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014) y *City, State: Constitutionalism and the Megacity* (Oxford: Oxford University Press, 2020).

Alan Watson, fallecido en el 2018, fue profesor de la cátedra Ernest P. Rogers en la Universidad de Georgia y una de las mayores autoridades mundiales sobre derecho romano y derecho romano e historia del derecho. En el derecho comparado abrió nuevas vías de indagación y controversia con su explicación de los “trasplantes jurídicos” como motor del cambio jurídico. Entre sus libros más conocidos, de su extensísima producción académica, se encuentran *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (Athens y Londres: University of Georgia, Press, 1974), *Society and Legal Change* (Filadelfia: Temple University Press, 1977), *The Evolution of Western Private Law* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2000) y *Legal History and a Common Law for Europe* (Athens y Londres: University of Georgia, 2001).

William Twining, profesor emérito de la University College (Londres), en la que fue profesor de teoría del derecho entre 1983 y 1996, es uno de los principales exponentes del movimiento “Law in Context” (“Derecho en contexto”) y uno de los estudiosos más importantes de la globalización y sus efectos en el derecho. En su larga carrera, ha publicado libros y artículos en las áreas de pruebas, método jurídico, globalización y derecho, y teoría del derecho. Destacan entre sus numerosas obras *General Jurisprudence. Law in Context: Enlarging a Discipline* (Oxford: Oxford University Press, 1997), *Understanding Law from a Global Perspective* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010) y *How to Do Things with Rules* (con David Miers; Londres: Weidenfeld and Nicolson, 1976).

Günter Frankenberg es profesor de derecho público, filosofía del derecho y derecho comparado en la Universidad Goethe en Frankfurt. Es una de las principales figuras contemporáneas en el campo del derecho comparado crítico, del que es pionero, especialmente en el área del derecho constitucional. Destacan entre sus obras *Comparative Law as Critique* (Cheltenham y Northampton: Edward Elgar Publishing, 2016) y *Comparative Constitutional Studies: Between Magic and Deceit* (Cheltenham y Northampton: Edward Elgar Publishing, 2018).

Pier Giuseppe Monateri es profesor de derecho de la Universidad de Turín y profesor visitante regular en Sciences Po Paris. Experto en las áreas del derecho comparado privado y la geopolítica del derecho. Destacan entre sus obras *Dominus Mundi: Political Sublime and the World Order* (Oxford: Hart Publishing, 2018), *El derecho en la postmodernidad* (Santiago de Chile: Ara Editores, 2016) y los libros colectivos *Comparative Contract Law* (Cheltenham y Northampton: Edward Elgar Publishing, 2018) y *Methods of Comparative Law* (Cheltenham y Northampton: Edward Elgar Publishing, 2014).

Teemu Ruskola es profesor de derecho y de civilizaciones y lenguas de Asia del Este en la Universidad de Pensilvania. Es un académico interdisciplinario, cuyo trabajo se expande por la historia del derecho y la teoría desde diversas perspectivas, entre las cuales la comparada tiene un lugar prominente. Experto en el derecho de China, es autor de *Legal Orientalism: China, the United States, and Modern Law* (Cambridge: Harvard University Press, 2013) y coautor de la nueva edición del libro *Schlesinger's Comparative Law* (con Ugo Mattei y Antonio Gidi; Nueva York: Foundation Press, 2009).

Derecho comparado
se terminó de imprimir
en octubre del 2023
en Bogotá, D. C., Colombia