

Alessandro Somma

Introducción al  
Derecho comparado



## Introducción al derecho comparado

The Figuerola Institute  
Programme: Legal History

The Programme "Legal History" of the Figuerola Institute of Social Science History –a part of the Carlos III University of Madrid– is devoted to improve the overall knowledge on the history of law from different points of view –academically, culturally, socially, and institutionally– covering both ancient and modern eras. A number of experts from several countries have participated in the Programme, bringing in their specialized knowledge and dedication to the subject of their expertise.

To give a better visibility of its activities, the Programme has published in its Book Series a number of monographs on the different aspects of its academic discipline.

Publisher:  
Carlos III University of Madrid

Book Series:  
Legal History

Editorial Committee:  
Manuel Ángel Bermejo Castrillo, *Universidad Carlos III de Madrid*  
Catherine Fillon, *Université Jean Moulin Lyon 3*  
Manuel Martínez Neira, *Universidad Carlos III de Madrid*  
Carlos Petit, *Universidad de Huelva*  
Cristina Vano, *Università degli studi di Napoli Federico II*

More information at [www.uc3m.es/legal\\_history](http://www.uc3m.es/legal_history)

Introducción al derecho comparado

Alessandro Somma

Traducción de Esteban Conde Naranjo

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

2015

Historia del derecho, 34

© 2014 Gius. Laterza & Figli, all rights reserved

© 2015 Esteban Conde Naranjo, para la traducción

Preimpresión: TALLERONCE

ISBN: 978-84-89315-78-5

ISSN: 2255-5137

D.L.: M-10068-2015

Versión electrónica disponible en e-Archivo

<http://hdl.handle.net/10016/20259>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

## ÍNDICE

Preámbulo .....	11
-----------------	----

### I ¿QUÉ COMPARAR?

#### LOS OBJETOS DE LA COMPARACIÓN JURÍDICA

1. Comparación y crítica del iuspositivismo .....	19
1. El iuspositivismo y la unicidad de la regla de derecho	19
2. Un punto de vista interno sobre el derecho	22
3. Del derecho positivo a las normas: jurídicas y sociales	26
2. Un punto de vista externo sobre el derecho .....	31
1. De las normas a los poderes: la dimensión política del derecho	31
2. El análisis institucional y el pluralismo jurídico	34
3. La tradición jurídica y el poder del jurista	38
4. La experiencia jurídica	42
5. La enseñanza del derecho comparado	44
6. Derecho público comparado y derecho privado comparado, derecho comparado y derecho extranjero.	

### II ¿POR QUÉ COMPARAR?

#### LOS OBJETIVOS DE LA COMPARACIÓN JURÍDICA

1. Comparar para unir y comparar para dividir .....	55
1. Una disciplina en busca de identidad y legitimación	55
2. La comparación y el derecho de la humanidad civilizada	58

3. Actividad legislativa y derecho comparado	62
4. Comparación y unificación doctrinal del derecho	65
5. El uso jurisprudencial de la comparación	70
6. La comparación jurídica postmoderna	74
7. La inconmesurabilidad de las tradiciones jurídicas	77
2. Sistemas y familias de sistemas . . . . .	80
1. El derecho comparado como geopolítica	80
2. El estilo de los sistemas y la mentalidad jurídica	84
3. Los límites de la sistemología	87
4. Más allá de las familias de sistemas: formas de control social y tradiciones jurídicas	90
5. Los modelos de capitalismo	95
3. La tradición jurídica occidental . . . . .	102
1. Un origen histórico y una vocación comunes	102
2. La confrontación entre <i>common law</i> y <i>civil law</i>	106
3. De la clasificación a las jerarquías: la superioridad del <i>common law</i>	110
4. La teoría del origen legal	114
5. Del derecho socialista al derecho occidental	118
6. El derecho latinoamericano como periferia del derecho occidental	121
4. La mutación jurídica . . . . .	127
1. Comparación y perspectiva dinámica en el estudio de los sistemas	127
2. Explicar la mutación jurídica: evolucionismo y difusionismo	130
3. Promover la mutación jurídica: derecho y desarrollo	135
4. Los informes <i>Doing business</i> del Banco mundial	140
5. Mutación jurídica y crisis de la deuda soberana	144

III ¿CÓMO COMPARAR?  
LOS MÉTODOS DE LA COMPARACIÓN JURÍDICA

1. El derecho comparado, entre ciencia y método . . . . .	149
1. La comparación en las ciencias sociales	149
2. El estructuralismo y la teoría de los formantes	153
3. El funcionalismo y el método funcional	158
4. Análisis económico del derecho y comparación cuantitativa	164
5. Los métodos del derecho comparado en la globalización	169
2. La disociación entre técnicas y valores . . . . .	174
1. Comparación jurídica, derecho y sociedad	174
2. El uso del derecho romano	178
3. La estructura del consenso contractual	185
Bibliografía esencial . . . . .	191



## *Preámbulo*

En los últimos tiempos la dimensión ultranacional de la experiencia jurídica se ha impuesto a los estudiosos del derecho y finalmente ha sido reconocida como su aspecto tal vez más peculiar.

Ya son raros los casos en los que un sector del ordenamiento puede ser dominado sin tener en cuenta las fuentes de procedencia internacional, producidas en el ámbito de las numerosas organizaciones interestatales que operan a nivel planetario. Por no hablar del papel de primerísimo plano asumido por el derecho supranacional, atribuible a la actividad de organizaciones, como la Unión europea, que ejercen una soberanía autónoma respecto a la de los Estados miembros. Piénsese finalmente en la incidencia del derecho transnacional: el conjunto de las disposiciones adoptadas también fuera de los confines nacionales por iniciativa de legisladores privados.

Cada vez más a menudo se requiere también el conocimiento del derecho de los numerosos países, cercanos o lejanos, que animan la tupida red de relaciones entre las Naciones, cuyo protagonismo en el escenario mundial viene rebatido pero desde luego no anulado por la acción de los más diversos poderes públicos y privados.

Estando así las cosas, quienes cultivan el derecho comparado deberían vivir su momento más afortunado, el ápice de su popularidad. El estudio de los derechos extranjeros, su confrontación e interacción con el derecho internacional, supranacional y transnacional constituye efectivamente el pan de cada día de los iuscomparatistas. Su ciencia debería constituir, por tanto, un obligado punto de referencia para el discurso jurídico como tal; debería representar el nudo en el que se cruzan los saberes y las prácticas que traen su legitimación del derecho.

Y sin embargo no es así. O mejor dicho: a la comparación jurídica se recurre hoy en todos los sectores del ordenamiento en la medida en que simplemente no se puede prescindir de cuanto sucede más allá del nivel nacional. Pero esto ocurre sin una implicación significativa de los iuscom-

paratistas, o al menos no a la altura de la importancia alcanzada por los saberes que están en el centro de su ocupación como estudiosos. De hecho, si se considera este último aspecto es fácil concluir que los iuscomparatistas viven una fase de relativo redimensionamiento, testimoniado por el peso insuficiente asegurado a la materia por parte de las reformas que con ritmo intenso atormentan a toda la comunidad académica. Y se ve confirmado por la escasa intensidad del diálogo que los estudiosos de los distintos sectores del ordenamiento mantienen con los iuscomparatistas, cuyos escritos demasiado a menudo son considerados buenos solo para confeccionar doctas notas a pie de página.

En este panorama, ¿qué identidad pueden reivindicar los iuscomparatistas para su materia, si quieren evitar transformarla en un ejercicio intelectual reservado a un círculo autorreferencial de seguidores? Realmente, ¿qué espacio puede y debe reconocerse al derecho comparado y reclamar para quienes lo cultivan?

Los iuscomparatistas están acostumbrados a preguntarse sobre el perímetro de su materia, a reflexionar en términos generales sobre el objeto de su estudio, sobre la finalidad con qué lo afronta y sobre la correspondiente metodología. La atención hacia estos aspectos constituye, de hecho, una peculiaridad de la comparación jurídica que se ve puntualmente ratificada en los instrumentos didácticos destinados para su enseñanza y que en esto se distinguen de los empleados habitualmente en las materias que componen el conjunto de los conocimientos jurídicos básicos.

En estos últimos el derecho es analizado desde un punto de observación interno, como si el objeto de estudio, sus finalidades y métodos se estableciesen de una vez por todas, hasta el punto de ser ya indiscutibles; como si quienes cultivan el derecho debiesen limitarse a servir de diligentes administradores y custodios de un patrimonio de conocimientos esencialmente inmóviles, que debe ser incrementado sin cuestionar las categorías heredadas de un glorioso pasado.

La mirada que el comparatista dirige al derecho parte en cambio de un punto de observación externo. Es la mirada de quien contempla el derecho en su estructura, pero también en su función; en su consideración como conjunto de preceptos, pero también de instituciones que los ponen en acción para distribuir imperativamente bienes y valores. Es la mirada de quien, más que el derecho, examina la experiencia jurídica, tanto en su dimensión empírica como en su esencia de práctica discursiva.

Así es desde el nacimiento de la comparación como ciencia autónoma a inicios del siglo pasado, cuando compareció en el escenario del saber jurídico para refundarlo sobre bases críticas: para dislocar las convenciones y pensamientos únicos, como el legicentrismo y el dogmatismo típico de los paradigmas científicos imperantes en la época. De ahí la identidad del comparatista como estudioso llamado a analizar el fenómeno del derecho inmerso en su dimensión espacio-temporal, valorando por tanto las interacciones entre el derecho y las otras ciencias sociales.

Si éstas han sido de algún modo vías constitutivas del derecho comparado, ciertamente no puede decirse que sus adeptos hayan logrado convertirlas en patrimonio común de los estudiosos del derecho. Algunos éxitos se han obtenido, sin duda, mas no a la altura del actual interés por la materia.

Lo mismo ha ocurrido con otras materias jurídicas en las que se cultiva una actitud crítica, especialmente frente a quienes perpetúan todavía el legicentrismo o el dogmatismo utilizados, por otro lado, para ocultar el carácter prescriptivo del discurso jurídico en sí. El legicentrismo se manifiesta hoy como servilismo exegético respecto a las palabras de las fuentes de producción del derecho internacional y supranacional, mientras que el actual dogmatismo es el producido por la ciencia económica, más que el elaborado autónomamente por la ciencia jurídica. Y sin embargo no cambian los términos del discurso: aunque actualizados, legicentrismo y dogmatismo son todavía rasgos que caracterizan la actividad de quienes cultivan el derecho, rastros elocuentes de la escasa penetración de la comparación jurídica como estudio crítico de la experiencia jurídica.

En esta situación se podría vislumbrar un punto fuerte del derecho comparado: difícilmente quien practica una aproximación hegemónica puede cultivar una vocación por la crítica de la ortodoxia teórica. En todo caso, se trataría de un flaco consuelo, incapaz de reanimar a quien no logra subirse con éxito a una ola que le es favorable, la del creciente interés por la dimensión ultranacional del derecho.

La autoabsolución podría entonces remitirse, como se está haciendo, a la circunstancia de que la enseñanza del derecho comparado no está viviendo ciertamente una fase de expansión y que, por tanto, las desventuras de la materia se derivan de políticas académicas desfavorables. Sin duda, en esta constatación hay parte de verdad, pero no da en el blanco, pues esas políticas pueden también ser vistas como la consecuencia, más que la causa, de la actual fase de redimensionamiento del derecho comparado.

El hecho es que en su conjunto el presente está caracterizado por la demanda de ortodoxias teóricas, de saberes especializados no dialogantes, de ingenierías sociales desarrolladas en la ignorancia del contexto en el que operan, maduradas en la inconsciencia acerca del método empleado y de las finalidades perseguidas. Esto vale tanto para el derecho como para los campos del saber que resultan útiles para legitimar desde el punto de vista técnico a quienes, en un momento de crisis de la legitimación política, están llamados a regular la convivencia social.

Se confirma así la actualidad de una reflexión sobre el espacio que pueden reivindicar el derecho comparado y sus estudiosos, partiendo de reflexiones renovadas acerca de sus objetos, fines y métodos y desde la convicción de que sobre este terreno se puede revitalizar el sentido del diálogo entre ciencias sociales, su capacidad para contribuir a incrementar el conocimiento sólo si eleva la mirada por encima del tecnicismo que relega a lo residual a quienes cultivan el saber crítico.

Sobre este terreno, admitámoslo, la comparación jurídica necesita renovarse, reformular su propia identidad según esquemas y lenguajes que puedan acreditarla como ciencia capaz de dialogar con los nuevos interlocutores. Necesita equiparse para la confrontación con los saberes que están en la base de las ingenierías sociales hoy de moda, los cuales, admitamos también esto, no están cerrados, en cambio, a la relación con otras ciencias, incluyendo la comparación jurídica.

En definitiva, el espacio del derecho comparado, en cuanto saber crítico, no puede ser obtenido mediante reflexiones sobre los objetos, fines y métodos de la materia conducidas dentro del restringido perímetro de sus estudiosos. Si los iuscomparatistas utilizan un punto de observación externo para analizar el derecho, deben hacer lo mismo cuando reflexionen sobre lo que es el derecho y sobre el porqué y el cómo de la comparación.

Es esto lo que se propone la presente introducción al derecho comparado, escrita para reivindicar la identidad de la materia como instrumento de reflexión crítica sobre la experiencia jurídica pero también, y sobre todo, para proponer nuevos lugares de encuentro con los estudiosos de las ciencias sociales que dirigen su atención a casos referidos a la experiencia jurídica. Está escrita para dialogar con quien cultiva aproximaciones igualmente críticas pero también con quien reivindica, por el contrario, la oportunidad de adoptar puntos de observación internos, de alimentar el tecnicismo. De esta manera es posible que unos y otros avancen en sus patrimonios de conocimiento,

que afinen sus instrumentos de indagación, que reflexionen sobre sus roles como depositarios de saberes utilizados para definir el «estar juntos» como sociedad.

Sólo en apariencia no hay nada nuevo bajo el sol de la comparación jurídica, ocupada en librar las batallas culturales de siempre con los interlocutores de siempre. Por el contrario, está preparada para asumir nuevos retos y enfrentarse a nuevos interlocutores, para renovarse en la confrontación áspera aunque respetuosa de las posiciones que animan la vida de una comunidad científica.

Todo ello desde la convicción de que no existen atajos en el recorrido hacia la definición y redefinición, nunca definitiva, de la identidad del derecho comparado. Quien los ha adoptado, poniéndose al servicio de los campos hegemónicos del saber (jurídico o no), evitando observarlos críticamente, habrá obtenido tal vez alguna satisfacción. Pero siempre se tratará de fuegos artificiales: acaso algún éxito inicial que se revela inmediatamente efímero... cuando no un estrepitoso fracaso.

A. S.

Berlín, noviembre de 2013



I

## ¿QUÉ COMPARAR?

LOS OBJETOS DE LA COMPARACIÓN JURÍDICA



## Capítulo primero

### Comparación y crítica del iuspositivismo

#### 1. *El iuspositivismo y la unicidad de la regla de derecho*

Los comparatistas suelen introducir su materia definiéndola como una reacción al estudio de los derechos nacionales, cuyos autores se reputan de poco preparados para valorar puntos de vista alternativos a los típicos del ordenamiento del que proceden. Por el contrario, la atención a derechos diferentes al propio lleva al comparatista a asumir una pluralidad de puntos de vista, a cuestionar por tanto certezas adquiridas, a poner en duda lo que otros consideran verdades indiscutibles. De ahí la conclusión de que el derecho comparado constituye un instrumento de conocimiento crítico del derecho, motivo por el cual quienes lo cultivan ejercen una acción «subversiva» del orden producido por la «ortodoxia teórica»<sup>1</sup>.

El principal obstáculo al conocimiento crítico del derecho y, por tanto, el primer blanco de los comparatistas, es el positivismo jurídico o iuspositivismo, cuyos fundamentos teóricos fueron definidos con detalle a lo largo del siglo XVIII. Se considera que el iuspositivismo conduce a una imagen tan falsa y banalizada del derecho estudiado que la creencia en que produce buenos resultados, tal y como aún se mantiene en el estudio de los derechos nacionales, es equiparada con una fe mitológica.

Es cierto que al positivismo jurídico se le pueden reconocer méritos importantes, sobre todo desde un punto de vista histórico. Fue determinante, como mínimo, para el ocaso de las estructuras heredadas de la sociedad feudal que eran la base de un orden social inmóvil fundado en la diferencia estamental, por la que el individuo se disolvía en las múltiples comunidades en las que operaba: de la comunidad familiar a la religiosa, de la política a la económica.

El orden de tipo feudal traía su fuerza y legitimación de su consideración

---

<sup>1</sup> H. Muir Watt, «La fonction subversive du droit comparé», en *Revue internationale de droit comparé*, 52.3 (2000), pp. 503 ss.

como hecho natural, como dato preexistente a los individuos que, por tanto, eran desiguales desde el nacimiento y estaban condenados a seguir siéndolo durante toda la vida. Todo ello estaba presidido por un derecho, natural precisamente, cuyas reglas estaban substraídas a la disponibilidad de los individuos: no eran éstos quienes las ponían y mucho menos quienes podían cambiarlas. Semejante panorama cambió con la transformación del derecho natural que, con la Ilustración, acabó revistiendo los ropajes de un derecho racional, más que natural, comprendiendo así principios reconducidos a la razón, más que a la naturaleza: en particular, el principio según el cual los individuos son considerados libres e iguales desde el nacimiento.

En cualquier caso, fue determinante para superar el orden feudal la reducción del derecho natural a un conjunto de preceptos filosófico-morales, productores únicamente de vínculos internos. Esos preceptos sólo podían ser considerados derecho si eran *puestos* por un legislador terrenal: de ahí la identificación del derecho con la ley, única fuente capaz de producir vínculos externos y, por tanto, jurídicos. Y esta identificación, que está en la base del concepto de derecho *puesto* o positivo, fue precisamente el núcleo fundamental del iuspositivismo.

Para ser más exactos, esa fue la versión francesa del positivismo jurídico, definido en términos de positivismo legislativo. Se encarnó en la figura de Napoleón Bonaparte en el papel de padre del Código civil francés de 1804, texto en cuya redacción tomó parte personalmente para asignar luego roles totalmente marginales a los estudiosos concebidos para comentarlo y a los jueces llamados a aplicarlo. Los estudiosos habrían desempeñado una mera exégesis del texto: de ahí el nombre de Escuela de la exégesis, utilizado después para aludir al papel secundario reservado a la doctrina durante todo el siglo XIX (*infra* II.1.2). De manera similar, los jueces habrían conjugado las palabras del legislador al nivel del caso concreto, cuidando de no alterarlas o integrarlas: habrían sido simplemente la boca de la ley.

Realmente, esta última expresión venía tomada en préstamo de la teoría de la separación de poderes, tal y como había sido elaborada por Montesquieu, quien pensaba también en la equiparación de esos poderes y, por tanto, en un equilibrio recíproco entre ellos. Por otro lado, y en ello reside la esencia del positivismo legislativo, la separación de poderes fue leída en la experiencia francesa a la luz del organicismo expresado por la idea de la nación como cuerpo político colectivo<sup>2</sup>. La consecuencia era la exaltación del

---

2 P. Ridola, «Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo», en P. Carrozza, A. Di

poder legislativo que, en la medida en que era la más directa expresión de la voluntad popular debía estar por encima de los otros poderes y, en concreto, del poder judicial: éste era considerado una suerte de poder subordinado o delegado (*infra* II.3.3).

Una forma distinta de iuspositivismo se afirmó, en cambio, en el área germánica, donde se combinó con las instancias alimentadas por las reacciones al sistema de valores inspirado por la Revolución francesa y después por el régimen napoleónico. Una reacción romántica y, por tanto, antiilustrada, estaba en la base de la creencia según la cual el derecho positivo era el derecho *puesto* por el pueblo o, mejor dicho, por el «espíritu popular», al igual que otras manifestaciones culturales como la lengua o el arte. Ahí el poder legislativo no habría producido derecho, mortificando el incesante ímpetu creativo del pueblo, como tal no susceptible de ser capturado en textos normativos. La labor de producir derecho le era encomendada a la ciencia jurídica, encargada de identificar el derecho *puesto* por el pueblo y de reducirlo, sobre todo, a un sistema coherente y completo de conceptos y preceptos.

Evidentemente, este esquema padece una contradicción de fondo, pues acaba por desmentir las premisas de las que parte: en el momento en que traduce las creaciones del espíritu popular en construcciones inmutables, la ciencia jurídica termina comportándose exactamente como el mal del que pretende ser remedio. En cualquier caso, es ése el fundamento del positivismo científico, doctrina llamada a legitimar un derecho de carácter sapiencial, derecho capaz de ser íntimamente armónico sólo mientras pueda ser protegido del arbitrio del poder político, de su inclinación, considerada nefasta, a improvisar construcciones jurídicas<sup>3</sup>.

No debe olvidarse que en Alemania el positivismo científico resultó sólo en parte superado por efecto de la codificación del derecho, es decir, de la situación en la que el derecho fue puesto por un legislador y por tanto identificado con la ley. Y ello no se deriva solamente del hecho de que el Código civil alemán de 1894 se basase ampliamente en las elaboraciones de la ciencia jurídica. En efecto, se decidió no introducir en el articulado definiciones de conceptos generales, para evitar así el riesgo de una cristalización del derecho, al menos al nivel de sus categorías básicas. Es evidente la finalidad primera de

---

Giovine, G.F. Ferrari (eds.), *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2013<sup>5</sup>, pp. 33 ss., 38 ss.

3 G.F. Puchta, *Corso delle istituzioni presso il popolo romano* (1841), vol. 1, Civelli, Milán, 1858, pp. XXVII s.

esa elección: reservar a la doctrina notables espacios de maniobra, compartidos así con el poder político, como fuente de integración de las innumerables reglas jurídicas en las que aparecían los conceptos generales no definidos por el legislador.

Podemos a estas alturas retomar el hilo del discurso de los comparatistas sobre la función subversiva de su materia. El cruce de ambas formas de iuspositivismo, legislativo y científico, sintetiza efectivamente el que consideran el típico hábito mental de los estudiosos del derecho interno y, por tanto, el principal objetivo de sus críticas.

Ambas formas de iuspositivismo se han desarrollado para sostener teorías y prácticas que pretenden rescatar al derecho de las representaciones de quienes lo reducían a fenómeno inmutable y de algún modo trascendental, obstaculizando con ello el giro a la afirmación de instancias ilustradas, primero, y románticas después. Por otra parte, se corresponde con cuanto hemos recordado como mérito histórico del iuspositivismo, que se resuelve hoy en la propuesta anacrónica de uno de sus corolarios: el principio de la unicidad de la regla de derecho, ligado de manera más o menos explícita al mito de la completud y coherencia del ordenamiento jurídico, tal y como era reconstruida por la ciencia jurídica a partir de las palabras del legislador. Si efectivamente quienes cultivan el derecho no pueden sino registrar la pluralidad de lecturas que cabe ofrecer de un mismo texto legislativo, acaban ejercitándose inexorablemente en la individualización de la única lectura considerada correcta. En definitiva, admiten una única verdad jurídica<sup>4</sup>, una sola interpretación posible entre las muchas que son propuestas en el seno de la comunidad científica o que la jurisprudencia individualiza al aplicar la regla de derecho al caso concreto.

## 2. *Un punto de vista interno sobre el derecho*

El principio iuspositivista de la unicidad de la regla de derecho presupone y alimenta una concreta delimitación del concepto de derecho: lo identifica con el conjunto de preceptos que, aun con la mediación de la ciencia jurídica, son atribuibles al poder político. Significa concebir la reflexión sobre el derecho como un hecho meramente técnico, cuyo análisis debe perseguir finalidades únicamente aplicativas; significa entender la actuación del estudioso del

---

4 R. Sacco, *Introduzione al derecho comparado*, Utet, Turín, 1992<sup>5</sup>, pp. 44 s.

derecho como parte integrante del momento prescriptivo, cuyas finalidades no deben ni pueden ser examinadas críticamente. Y ello conduce al punto de vista interno sobre el derecho, a su observación como una variable independiente del contexto en el que es producido y aplicado<sup>5</sup>.

El punto de vista interno sobre el derecho produce una imagen bien definida del ordenamiento jurídico, que se supone capaz de ofrecer solución a todos los conflictos producidos por esa sociedad que pretende representar en términos meramente formales. Es decir, este punto de vista produce inevitablemente una representación del ordenamiento como conjunto completo y coherente de reglas, carente de lagunas y antinomias. Si se admitiese que éstas existen se terminaría afirmando, de manera incontrovertible, la necesidad de considerar el dato substancial de los casos a los que se aplican las construcciones técnico-jurídicas: se acabaría valorando las fuentes no formales de producción del derecho.

Para convencerse de lo mucho que está arraigada la imagen del ordenamiento funcional que alimenta el punto de vista interno sobre el derecho, basta con considerar las técnicas interpretativas que los estudiosos del derecho están llamados a emplear. En su mayoría esas técnicas se fundan en la posibilidad de reducir el derecho a la ley, esto es, a cuanto viene prescrito por las fuentes formales de producción, también cuando esta reducción presupone el recurso a ficciones. Así sucede, por ejemplo, con el argumento psicológico, por el que se espera que el intérprete atienda a la voluntad del legislador, o con el argumento teleológico, que hace hincapié en los fines perseguidos por el legislador en el momento en que formuló la regla.

Ciertamente tales argumentos le son impuestos formalmente al intérprete, constreñido al respeto de las máximas iuspositivistas por las disposiciones que muchos códigos civiles dedican a la autointegración del ordenamiento o a la solución de las eventuales antinomias. Son efectivamente residuales los casos en los que está permitido derogar esas máximas, aclamadas como principales puntos de referencia para el intérprete. Piénsese por ejemplo en el Código civil austriaco de 1811, con su remisión como última instancia a los «principios de derecho natural» (par. 7), o en el Código civil suizo de 1907 que, ante el silencio de ley y costumbre, autoriza al intérprete a decidir según «la regla que él adoptaría como legislador» (art. 1).

---

5 V. Pocar, *Guida al diritto contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2002, pp. 7 ss. El punto de vista interno sobre el derecho al que nos referimos no es entonces el de quien acepta y utiliza el derecho como fundamento de su conducta (según la conocida definición de Hart).

Son limitados los casos en los que la interpretación puede tener como punto de referencia preceptos no derivados de las fuentes formales de producción del derecho. Más frecuentes son, en cambio, las hipótesis en las que se evitan incluso esas tímidas aperturas, tal y como documentan en concreto las disposiciones del Código civil italiano en materia de lagunas y antinomias del ordenamiento. En cuanto a las lagunas se dice que, a falta de regla aplicable a una controversia, directamente o por analogía, puede recurrirse a los principios generales que, sin embargo, deben ser extraídos del ordenamiento jurídico del Estado (art. 12 disp. prel.). La misma deferencia hacia las máximas iuspositivistas emana de las disposiciones destinadas a resolver las antinomias, todas ellas centradas en el modo de coordinar las palabras del legislador que pudieran aparecer como contradictorias: por ejemplo, las disposiciones referidas a la jerarquía de fuentes (art. 1 disp. prel.) y a la sucesión de las leyes en el tiempo (art. 15 disp. prel.).

Por otra parte, si bien el punto de vista interno sobre el derecho viene impuesto por el legislador, el respeto a las máximas iuspositivistas constituye un dato ineludible para la representación o, mejor dicho, para la autorrepresentación del jurista: para la imagen que éste produce y reproduce de las funciones sociales que está llamado a desempeñar. Sin embargo, ese respeto aparece cada vez más como una actitud exhibida sobre todo para ocultar estrategias o convicciones de signo opuesto, para salvar la fachada de un edificio que se corresponde con el *kit* identitario del estudioso del derecho a quien, en cierto modo, se quiere disuelto en el cuerpo social.

En definitiva, el iuspositivismo puede ser considerado una estrategia del estamento de los juristas en la medida en que se refiere a la legitimación de su poder, centrada en cuestiones distintas a las típicas del poder político. De hecho, el jurista tiene la necesidad de presentarse a sí mismo como aquel que resuelve los conflictos lejos de la arena de las pasiones políticas, el que es capaz de asumir decisiones cuya bondad está ligada al hecho de derivarse de valoraciones técnicas: es éste, a fin de cuentas, el rasgo característico del derecho occidental, del que el jurista es alma inspiradora y guardián (*infra* II.3.1). Por eso le gusta presentarse no sólo como detentador de un poder racional, fundado en el conocimiento y reproducción de un orden completo y coherente, sino también como tutor de una tradición, de una continuidad de soluciones individualizadas de caso en caso. De ahí la búsqueda casi espasmódica, por parte de los privatistas, de un nexo con el derecho romano o, mejor dicho, con cuanto se considera que ha sido el derecho romano. Las

referencias a éste pretenden conferir a la actividad del jurista, además del crisma de la legalidad, también el de la sacralidad reconocida a las opciones extraídas de principios radicados en el tiempo<sup>6</sup>. Se explica así, por último, el intento de proponer un derecho privado europeo de matriz sapiencial, de base romanística, fruto de lo que puede ser definido como una verdadera Neopandectística (*infra* II.1.1).

Al mismo tiempo, la reducción del derecho a la ley constituye el objeto de intensas críticas por parte de quien la considera «mitificación» dirigida a convertir en absolutos principios que son en cambio relativos y discutibles: como concreta Paolo Grossi, se trata de una idea convincente sólo en apariencia y sólo en la medida en que ha sido sostenida por «doscientos años de habilísima propaganda»<sup>7</sup>. Y mientras tanto se han aclarado y confirmado, desgraciadamente, las trágicas implicaciones de la fe en el punto de vista interno del derecho como carácter fundante en el estudio del derecho. Hace mucho que semejantes implicaciones llevaron a una conclusión que ha conservado y conserva aún toda su dramática actualidad: «si se estudiase atentamente lo que ha sucedido en el mundo desde que los hombres conservan el recuerdo de los acontecimientos, se descubriría sin esfuerzo que, en todos los Países civilizados, junto a un déspota que manda se encuentra casi siempre un jurista que legaliza y sistematiza las voluntades arbitrarias e incoherentes de aquél»<sup>8</sup>.

No se quiere militar aquí a favor de una comprensión distinta del fenómeno del derecho para legitimar acaso centros de producción de reglas diferentes a aquellos a las que se remite el proyecto iuspositivista que, por lo demás, no siempre producen los resultados apetecidos. Simplemente se pretende poner bajo los focos el carácter militante del proyecto iuspositivista y desnudar la carga ideológica de la profesión de fe iuspositivista propagada entre quienes cultivan el derecho interno. También se quiere invitar a reconocer el valor exquisitamente prescriptivo de ese proyecto y a enfrentarlo con una aproximación al estudio del derecho capaz de ser, si no descriptiva, pues sería ilusorio, sí al menos consciente del propio alcance normativo y sincera para identificarlo y denunciarlo.

---

6 A.M. Hespanha, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Il Mulino, Bolonia, 1999, pp. 10 ss.

7 P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milán, 2007<sup>3</sup>, p. 4.

8 A. de Tocqueville, «L'assetto sociale e politico della Francia prima e dopo il 1789», en *Scritti politici*, vol. 1, Utet, Turín, 1969, p. 218.

Es ésta una exhortación difundida en particular entre los estudiosos de la sociología y la historia del derecho, que también los comparatistas gustan de poner como preámbulo de sus reflexiones, acreditando su ciencia como caracterizada por un valor subversivo (*retro* I.1.1). Se tratará de un preámbulo especialmente oportuno en la medida en que el objeto de estudio se aleje cultural y geográficamente del perímetro del derecho occidental que, evidentemente, no agota el horizonte del estudio comparatista. De hecho, cuanto el estudioso del derecho interno no considera derecho puede y debe en cambio ser considerado como tal en otros ordenamientos. Y eso no quita que esos otros ordenamientos deban ser analizados esquivando el punto de vista interno típico de sus operadores, para evitar así considerar vinculantes las representaciones o autorrepresentaciones típicas del enfoque prescriptivo criticado por los comparatistas<sup>9</sup>.

### 3. *Del derecho positivo a las normas: jurídicas y sociales*

El punto de vista externo que el comparatista tiene sobre el derecho le lleva a dirigir su interés sobre todo a las fuentes que, en los países de derecho codificado, no son consideradas como tales por la teoría de la separación de poderes: la jurisprudencia y la doctrina, contempladas por el iuspositivismo como meras reproductoras de las palabras del legislador. En el momento en el que interpretan la ley, jueces y estudiosos dislocan la ecuación que la identifica con el derecho, pues ejercen una actividad que no es ni tampoco puede ser meramente cognoscitiva. Parten efectivamente de la letra del texto para producir normas que son el fruto de adiciones, carentes por otra parte de fronteras precisas respecto a un sedicente sentido auténtico del texto, tal vez existente pero siempre inescrutable.

Dicho de otro modo, la interpretación de un texto constituye una actividad cuyas características difieren profundamente de las que suelen atribuirse a la interpretación de un hecho natural. A diferencia de ésta, aquélla incluye necesariamente un momento valorativo, que el iuspositivismo no desconoce pero que encierra en la esfera de actividad del legislador, por encima de la interpretación. No es más que una mera ficción, pues valoración y comprensión de un texto no son fases distinguibles, siendo ambas constitutivas de su sig-

---

<sup>9</sup> Cfr. P.G. Monateri, «Methods in Comparative Law», en Id. (ed.), *Methods of Comparative Law*, Elgar, Cheltenham-Northampton (Mass.), 2012, p. 9.

nificado. En este sentido, el «comprender» de las ciencias sociales no puede ser reducido al «explicar» de las ciencias naturales. «Explicar» apunta a los aspectos objetivos del conocimiento, carentes de dimensión temporal, relativos a la individualización de una determinada cadena de causas y efectos. «Comprender» significa en cambio conocer en sentido subjetivo, por tanto en sentido histórico, reconociendo el nexo indisoluble entre el objeto observado y sus coordenadas espacio-temporales<sup>10</sup>. Y el derecho no puede ser explicado sino únicamente comprendido, en el ámbito de procedimientos cognoscitivos condenados a ser parciales.

Todo esto es aclarado y documentado por la hermenéutica, que estudia las modalidades de atribución de sentido a los textos, subrayando el papel del contexto y la aportación del intérprete.

Entre quienes cultivan la hermenéutica ha prevalecido durante mucho tiempo la convicción de poder mostrar las múltiples combinaciones entre elementos directamente atribuibles a la letra del texto y elementos que, en cambio, le son ajenos: en particular, los relacionados con las inclinaciones más o menos conscientes del intérprete o eventualmente con el sentir común vehiculado por el intérprete. Esta convicción se rige, no obstante, por la creencia última en que es factible aislar el significado extraíble de la letra del texto respecto a las adiciones que concurren para determinar su significado. Hoy, sin embargo, se reconoce que, considerando posible semejante operación, ésta produciría un conocimiento sólo aparentemente alternativo al que interesa a los creyentes en el sentido supremo de los textos. Sería efectivamente un conocimiento reducido a la individualización, si no del único significado, de los muchos significados objetivamente atribuibles a un texto, tantos como los contextos en los que aquél se manifiesta. Concebida de este modo, la hermenéutica se reduciría, en definitiva, a una «teoría de la multiplicidad de los esquemas conceptuales»<sup>11</sup>.

La hermenéutica debe ser entendida, por el contrario, como una práctica intelectual que no se limita a poner en evidencia la historicidad de los horizontes de verdad, sino que es de hecho una práctica intelectual constitutiva

---

10 F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 112. Ejemplificado de este modo, el punto de vista externo sobre el derecho no es el que emplea Hart, es decir, el del observador que no se siente vinculado por el mismo.

11 P. G. Monateri, «Correct our watches by the public clocks. L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto», en J. Derrida, G. Vattimo (eds.), *Annuario Filosofico Europeo. Diritto, giustizia e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 1998, p. 200.

de la verdad misma. De ahí la conocida afirmación de que no existen hechos sino sólo interpretación y la conclusión de que el procedimiento intelectual de comprensión del texto normativo es en sí mismo productor de su significado, es decir, de la norma. Y de ahí también la idea de que la hermenéutica posee una vocación esencial de carácter nihilista que produce, por tanto, «una verdad radicalmente histórica» y no simplemente «una teoría de la historicidad de los horizontes de verdad»<sup>12</sup>.

Es ya el momento de aclarar que al invocar la historicidad como dimensión destilada por la perspectiva hermenéutica quiere promoverse un uso de la historia decididamente diferente al que prevé la comparación histórico-jurídica efectuada por la Neopandectística (*infra* II.1.1). Efectivamente, ésta persigue la individualización de las constantes en la sucesión de las construcciones conceptuales, operación para la cual el transcurso del tiempo es visto como mera cuestión cronológica, cuyos términos son además establecidos retrospectivamente. De otro tipo son las referencias a la historia en el ámbito hermenéutico, en el cual la dimensión temporal propone una alternancia de objetos radicalmente distintos, mostrándose incluso como constitutiva de esa misma diversidad.

Mas volvamos al punto de vista externo sobre el derecho, hasta aquí invocado para extender la noción de fuente del derecho a los diversos operadores llamados de algún modo a medirse con las palabras del legislador: para valorar las fuentes substanciales del derecho, más allá de las formales.

Asumir un punto de vista externo tiene además otras consecuencias: lleva a tener en cuenta todas las reglas que se revelan capaces de dirigir el comportamiento de los individuos y las relaciones interindividuales. Es decir, no se atiende únicamente a las normas jurídicas, las que lo son porque pueden reconducirse al legislador, aunque sea a través de la interpretación, o sea, de una actividad no identificable con la mera reproducción de significados predeterminados. Deben considerarse también las normas de comportamiento no referibles al legislador, como las normas maduradas en el ámbito de un grupo profesional, en el seno de una comunidad en la que se comparten orientaciones políticas o religiosas, o simplemente en un círculo de amigos.

Son éstas normas sociales, relevantes en la medida en la que poseen una valencia coercitiva y van acompañadas de la previsión de sanciones en caso de que sean violadas. Es decir, presiden, al igual que las normas jurídicas, la distribución imperativa de valores y bienes que son funcionales para satisfacer

---

12 G. Vattimo, *Oltre l'interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 1994, pp. 5 y 9.

intereses y necesidades. Ciertamente, las sanciones sociales no están previstas como el resultado de un proceso celebrado para dirimir una controversia en sentido formal<sup>13</sup>: las normas sociales son vividas sin contencioso, al menos las que escapan al encuadramiento dentro del sistema de fuentes jurídicas realizado a través de reenvíos, como se verifica con los usos reconocidos por el Código civil italiano cuando a ellos se remiten leyes o reglamentos (art. 8 disp. prel.). Y sin embargo las sanciones sociales no son menos incisivas ni, por tanto, menos capaces de orientar comportamientos que las sanciones relacionadas con la vulneración de las reglas jurídicas. Piénsese en la exclusión de la comunidad en la que son reconocidas las normas sociales, sanción típicamente prevista para quien viola dichas normas: la exclusión determina el aislamiento del individuo, la cancelación de sus relaciones con los miembros de la comunidad, especialmente eficaz cuando se trata de comunidades no sustituibles por otras.

Para comprender el alcance de las normas y sanciones sociales, o para evidenciar su relevancia como instrumentos de control y dirección de los comportamientos individuales y las relaciones interindividuales, podemos recurrir a las elaboraciones de la sociología: la ciencia que estudia los condicionamientos del grupo sobre el individuo.

En este ámbito, gracias particularmente a Ralf Dahrendorf, se ha definido el concepto de *homo sociologicus* en contraposición con el tradicional tipo humano de referencia para la economía: el *homo oeconomicus*, el individuo perfectamente racional y capaz de autodeterminarse, el que sabe ponderar los costes y beneficios de sus acciones con la única condición de poseer un nivel adecuado de información referida a las opciones que se le presentan (*infra* III.1.4). El *homo sociologicus* es, por el contrario, el individuo cuya conducta experimenta continuos condicionamientos externos en relación al rol desempeñado en cada ocasión, es decir, en relación al modelo de comportamiento esperado en función de su pertenencia a una clase social o a una franja de edad, de su posición en la comunidad familiar, etc.

Sin duda, el *homo sociologicus* puede decidir comportarse según esquemas alternativos a los que se esperan en función de su rol, tal vez obtenidos de un cálculo autónomo sobre los costes y beneficios de una conducta original. Pero la falta de respeto de las expectativas de comportamiento es calificado en términos de desviación, castigada por un sistema de sanciones sociales: «si el individuo se resiste a las demandas de la sociedad puede conservar una

---

13 Por ejemplo, J. Caronnier, *Flessibile diritto* (1992), Giuffrè, Milán, 1997, p. 26.

independencia abstracta e inútil, pero está destinado a la condena y a las sanciones de la sociedad»<sup>14</sup>.

En síntesis, el derecho del que se ocupa el comparatista no es sólo el producido por todos los operadores que de algún modo se miden con las palabras del legislador y que, por tanto, producen las normas jurídicas. Es también el conjunto de normas sociales, normas no jurídicas desde un punto de vista interno pero que pueden ser incluidas, de todos modos, en el elenco de preceptos que condicionan el comportamiento del individuo y su ubicación en las múltiples comunidades de las que es parte: preceptos que, desde un punto de vista externo sobre el derecho, son plenamente jurídicos.

Probablemente las normas sociales, no jurídicas desde el punto de vista interno, tendrán una relevancia tanto más contenida cuanto más se mueva la investigación comparatista dentro de las fronteras del derecho occidental. Si en cambio se aleja de éstas, las normas sociales asumirán un papel creciente, apreciable mediante el recurso a las enseñanzas de la sociología, como hemos dicho, o de la antropología, como veremos en breve (*infra* I.2.2).

---

<sup>14</sup> R. Dahrendorf, *Homo sociologicus. Uno studio sulla storia, il significato e la critica della categoria di ruolo sociale* (1958), Armando, Roma, 1989<sup>3</sup>, p. 45.

## Capítulo segundo

### Un punto de vista externo sobre el derecho

#### 1. *De las normas a los poderes: la dimensión política del derecho*

Volvamos a considerar por un momento la contribución de la hermenéutica al desarrollo de lo que hemos definido como un punto de vista externo sobre el derecho, que desmonta la reducción de éste a los preceptos emanados de las fuentes formales de producción. Se puede estar en desacuerdo con el conocido eslogan según el cual no hay hechos sino únicamente interpretación; es decir, puede creerse en la posibilidad de distinguir entre hechos e interpretación y, por tanto, rechazar la idea de una vocación esencialmente nihilista de la hermenéutica (*retro* I.1.3). Pero no cabe negar que esta idea, que lleva a considerar que no existen fronteras ciertas entre la actividad cognoscitiva y la actividad creativa del intérprete, permite una descripción convincente de lo que los juristas realizan cuando atribuyen significado a un texto normativo.

Efectivamente, es fácil intuir que el abogado, en el momento en el que representa a su cliente en un juicio, no pretende individualizar el auténtico significado de las reglas jurídicas referidas a la conducta de aquél o, en cualquier caso, el significado más o menos atribuible a las palabras del legislador, definido en relación al contexto en el que son empleadas. Sin duda, el abogado deberá presentar su interpretación de las reglas como respetuosa del significado de aquellas palabras, pero estará realmente interesado en el significado que mejor permita a su cliente obtener el resultado esperado, salir vencedor de la controversia o al menos limitar las consecuencias negativas de su comportamiento. Sea cual sea su posición, no dejará de sostenerla retóricamente mostrándola como el resultado de una actividad meramente técnica, dirigida únicamente a reproducir de modo fiel la voluntad del legislador.

Lo mismo puede decirse, evidentemente, del empleo de las reglas jurídicas mucho antes de un eventual contencioso. Al disciplinar sus relaciones, así como las relaciones con los poderes públicos, los particulares utilizarán las

reglas jurídicas para suministrar un fundamento a sus aspiraciones y expectativas que, más o menos legítimas, constituirán el punto de referencia para la interpretación de aquellas reglas, mucho más que su hipotético sentido más o menos auténtico, cuya reconstrucción atañe al plano retórico de la argumentación.

No es tampoco diferente el empleo de textos normativos en la actividad de los poderes públicos, tanto en las relaciones entre ellos como en las que mantienen con los ciudadanos. Se privilegiarán las interpretaciones que, en función de necesidades específicas, amplíen o reduzcan competencias, aumenten o restrinjan poderes y facultades, permitan afirmar o negar deberes. Se prescindirá del significado considerado objetivo de aquellas disposiciones que perfectamente podría ser incompatible con el resultado que en concreto se persigue como fruto de la actividad interpretativa. De nuevo, la coherencia respecto a la mítica estanqueidad sistemática o conceptual del ordenamiento jurídico reaparecerá tal vez como argumento retórico útil para perorar en una causa, pero no como valor afirmado apriorísticamente.

Todo ello lleva a considerar que la interpretación constituye una actividad sin duda relevante en el plano filosófico, en el que entra en juego eventualmente el perfil del significado auténtico de un texto, pero que destaca también y sobre todo como práctica de tipo político. En este sentido tiene un relieve extrajurídico: se debe medir con el significado de un texto para individualizar, sin embargo, el que en cada ocasión es estimado más conveniente entre aquellos que los interlocutores aceptan. Es éste el aspecto esclarecido por quien habla de hermenéutica creadora de sentido para subrayar las principales finalidades de las prácticas discursivas en torno al derecho, incluyendo la interpretación: producir y reproducir, a través de un ejercicio de retórica o, mejor dicho, de formalismos utilizados en clave retórica, valores y órdenes sociales útiles para favorecer, en la forma de la estructura narrativa, a algunos componentes de la sociedad en perjuicio de otros<sup>1</sup>.

Esta manera de entender la interpretación valora la búsqueda de la esencia del derecho como instrumento destinado a la distribución imperativa de valores y bienes, es decir, una modalidad para concretar compromisos en torno a varias opciones sobre el modo de coordinar intereses contrastantes. Los preceptos jurídicos fotografían un cierto compromiso, mientras el ordenamiento ritualiza y sobre todo individualiza, a través del disciplinamiento de procedimientos específicos, las controversias sobre su aplicación. Ello no

---

1 P. Legrand, *Le droit comparé*, PUF, París, 1999, p. 49 ss.

determina, por otra parte, el cese del conflicto que se resiente, sobre todo, de los cambios en las relaciones de fuerza que habían inspirado la formulación del precepto. De ahí la persistencia del conflicto que en parte sucede fuera del campo jurídico y en parte utiliza la interpretación de los preceptos y procedimientos dirigidos a recomponer las controversias para alterar los términos del compromiso alcanzado, hasta eventualmente invertirlo.

La dimensión conflictual del derecho se evidencia en el momento en el que un compromiso semejante aparece frágil, esto es, cuando la pluralidad de intereses en juego es tal que manifiesta la parcialidad de los puntos de vista. Pero el discurso no cambia cuando se registra, por el contrario, una convergencia substancial en torno a una elección interpretativa que sigue siendo, de todos modos, fruto de una opción política y no también, o al menos no sólo, filosófica.

Una vez intervenida por el subrayado del carácter político de la interpretación, la visión del fenómeno del derecho contrasta con el modo de concebir el ordenamiento jurídico sugerido por las teorías normativistas y por la perspectiva estructuralista. A fin de cuentas, para las teorías normativistas el ordenamiento es sólo un conjunto de preceptos analizables desde el punto de vista de su validez, coherencia y completud. Estos elementos agotan el campo jurídico, reducido a teoría general del derecho, y descuidan cuanto queda recluido (y devaluado) en el campo de la sociología, quizás en el de la filosofía del derecho: el perfil de la eficacia de los preceptos, del hecho de que constituyan efectivamente el fundamento para la dirección de la conducta de los miembros de la sociedad.

En suma, las teorías normativistas se ocupan únicamente de la estructura del derecho, desinteresándose por su función, por los fines perseguidos en cada caso<sup>2</sup>, perfil cuya consideración implicaría la atención hacia el papel de las fuentes de producción de preceptos y, en consecuencia, hacia el uso político de la interpretación (*infra* III.1.3). Es éste el fundamento y el motivo inspirador de la operación por la que el jurista es acreditado como mero técnico, su actividad calificada como meramente cognoscitiva y su saber expulsado del campo de la reflexión crítica y, por tanto, intelectual.

No es entonces casualidad que las teorías normativistas se coordinen bien con la concepción del derecho alimentada en el ámbito iuspositivista, donde se está dispuesto a valorar únicamente el rol del poder legislativo, en cuya esfera

---

2 N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 48 ss.

quiere agotarse el momento valorativo referente a la producción de normas, substraído en cambio a otros operadores del derecho y en general a quien lo usa para construir sus propias relaciones sociales. Eso equivale a decir que el dogma iuspositivista descuida el papel del poder en la producción del derecho y que desarticlarlo significa acceder a una amplia noción de poder como la que lo define como la facultad o la «problemática posibilidad de plegar a otros al propio diseño, independientemente de sus deseos o voluntades»<sup>3</sup>. Si en el plano prescriptivo puede sostenerse que sólo corresponde al poder legislativo producir preceptos normativos, en el plano descriptivo hay que poner de relieve que se trata de la prerrogativa de quien decide hacerlo y tiene la manera de hacerlo en virtud de su capacidad efectiva para condicionar, con su propio comportamiento, el comportamiento ajeno.

Dicho de otro modo, en el momento en el que utilizan las palabras del legislador, todos los poderes acaban siendo operadores del derecho y comportándose como tales, si bien de las maneras consentidas por el respeto formal al dogma iuspositivista: empleando la interpretación para individualizar un significado apriorístico de los textos legislativos, y no para promover opciones políticas. Pues interpretar significa ejercer poder a través de la producción y del control sobre la producción del discurso jurídico en sentido amplio, o del discurso útil para realizar y desarrollar sistemas de inclusión y exclusión en la sociedad y en las distintas comunidades en las que aquella se articula<sup>4</sup>.

Es ya momento de señalar que el valor político (en sentido amplio) de la interpretación concierne sobre todo a los preceptos formulados a través de la escritura, que son típicamente los preceptos jurídicos. Ello no excluye, sin embargo, que la voluntad de reforzar un precepto social, precepto no verbalizado, inspire una determinada interpretación de los preceptos jurídicos. De este modo, los preceptos sociales acaban siendo un trasfondo útil para comprender las finalidades de orden político (en sentido amplio) achacables a la atribución de significado de los preceptos jurídicos.

## 2. *El análisis institucional y el pluralismo jurídico*

Para comprender plenamente la valencia política (en sentido amplio) de la interpretación hay que superar entonces las visiones del ordenamiento jurí-

---

3 F. Ferrarotti, *Il potere*, Newton Compton, Roma, 2004, p. 9.

4 M. Foucault, *L'ordine del discorso* (1971), Einaudi, Turín, 1994, pp. 5 ss.

dico como mero conjunto de preceptos. Las teorías normativistas, en efecto, confinan fuera del campo de lo jurídico la función y las estrategias de quien produce esos preceptos, asumiéndolas como un dato verificable e inmutable para la actividad de los intérpretes. Distinta es, en cambio, la posición de las teorías institucionalistas, así denominadas porque subrayan el papel de las instituciones como motores del ordenamiento jurídico, como organizaciones que preexisten a los preceptos jurídicos y condicionan la producción de su significado<sup>5</sup>. El análisis institucional constituye, por tanto, un inevitable punto de referencia para el comparatista, un punto de vista indispensable frente al iuspositivismo.

Para contribuir efectivamente a reincorporar el momento valorativo a la actividad de interpretación de los preceptos, las teorías institucionalistas deben utilizar además una noción de institución particularmente amplia, capaz así de reintegrar a los diversos operadores del derecho o, en todo caso, a los más dispares centros de intereses que utilizan el derecho en sus actividades. Dicho de otro modo, también debería hablarse de instituciones para referirse a las organizaciones inestables si producen relaciones entre individuos cuyo contenido se hace eco de la capacidad de uno de ellos para darles forma a partir de su voluntad. Semejante capacidad proviene de una relación de fuerzas que está igualmente determinada por el control sobre el discurso ejercido por el individuo dominante, o por la «representación que éste se hace de la ley de la relación»<sup>6</sup>.

Esta manera de entender la institución y, por tanto, de fundar el análisis institucional, presenta evidentemente problemas derivados de la indeterminación que asume el concepto. Quizás por esta razón es habitual hablar de instituciones sólo en caso de organizaciones estables y permanentes, que producen preceptos precisamente para serlo, trascendiendo la vida y las estrategias de los individuos que las componen.

Sin embargo, de ese modo se renuncia a comprender las dinámicas internas de las instituciones, a analizarlas desde el punto de vista de los múltiples centros de intereses que, aunque no tengan un carácter estable, ejercen condicionantes también y sobre todo a través de interpretaciones interesadas de las palabras empleadas por las fuentes formales de producción de precep-

---

5 Son referencias clásicas de esta posición M. Hauriou, *Teoria dell'istituzione e della fondazione* (1931), Giuffrè, Milán, 1967 y S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milán, 1946<sup>2</sup>.

6 G. Fassò, *La storia come esperienza giuridica*, Giuffrè, Milán, 1953, pp. 72 s.

tos. Sólo valorando esas dinámicas desde el punto de vista institucional, o reconociendo que dentro de las instituciones estables operan instituciones inestables pero no por ello menos condicionantes, se capta todo lo que se ha querido decir al hablar del uso político de la interpretación. Sólo extendiendo de esa manera el análisis institucional se puede reconocer un centro de producción de preceptos allá donde haya alguien capaz de ejercer un condicionamiento relevante sobre el comportamiento ajeno; sólo así se podrá alimentar finalmente un punto de vista externo sobre el derecho.

En cualquier caso, las teorías institucionalistas son fundamentales para comprender el fenómeno del pluralismo jurídico, concepto al que ahora nos dedicaremos. También él concurre, en efecto, para definir el objeto de la comparación, permitiendo concretar centros de producción de preceptos distintos a los contemplados por el dogma iuspositivista.

Históricamente, el positivismo legislativo se afirma para sostener la construcción del Estado moderno, entidad en la que se centraliza el poder político y, por tanto, el poder de producir los preceptos jurídicos, es decir, el monopolio de la juridicidad. Ello servía para enterrar las estructuras de poder típicas de la sociedad feudal, centradas todas en el reconocimiento de los cuerpos intermedios y en la coordinación de sus poderes para producir reglas (*retro* I.1.1). Por esta razón el Estado moderno se presentaba como institución frente a la cual el individuo era dejado solo, privado del soporte de entidades que, por otra parte, eran capaces de fragmentar el poder legislativo. Y por ese mismo motivo se elaboraron las máximas iuspositivistas, según las cuales los intérpretes de las palabras del legislador, en particular jueces y estudiosos, las reproducirían simplemente sin añadir nada. Si no hubiera sido así, se habría exhumado la lógica de los cuerpos intermedios y alterado entonces la división de poderes concebida a la medida del Estado moderno.

Como es sabido, hace tiempo que este esquema ha entrado en crisis por la existencia de centros de intereses que han ido erosionando cada vez más el poder legislativo del Estado, sea en el plano internacional o supranacional, sea a nivel interno, con repercusiones problemáticas, especialmente en el primer caso, sobre un principio cardinal del iuspositivismo: el principio de la soberanía popular (*infra* II.4.5). Desde un punto de vista formal, puede también defenderse que el mito iuspositivista no ha experimentado excesivos redimensionamientos, ya que es siempre posible remitir las cesiones de soberanía a una decisión del Estado, que así permanece como fuente última del poder legislativo. Sin embargo, si el punto de vista formal permite andamiar

las erosiones del poder legislativo que derivan de la acción de centros de intereses admitidos o al menos tolerados por el Estado, no puede decirse lo mismo en relación a los centros de intereses hostiles al Estado: las organizaciones criminales o, en diversos aspectos, las potencias económicas multinacionales.

El dogma iuspositivista sólo puede ocultar la acción de estos centros de intereses y, por tanto, su capacidad para producir preceptos, ejercida también a través de la manipulación de las palabras del legislador en sentido formal. Como alternativa, el dogma puede identificar la manipulación e intentar golpearla, declarando inválidos, por ejemplo, los preceptos que se consideren no legitimados desde el punto de vista del ordenamiento jurídico estatal; pero no puede impedir que sean eficaces, es decir, que sean seguidos por aquellos a quienes van dirigidos, tal vez por los condicionamientos ejercidos por el sistema sancionatorio ideado para castigar sus vulneraciones. El análisis jurídico observará que la mera eficacia no hace válido un precepto que, por tanto, sólo tiene relevancia desde un punto de vista histórico o sociológico<sup>7</sup>. Pero precisamente son éstos los puntos de vista indispensables para el análisis comparatista, que atiende a describir el funcionamiento de la comunidad y no a tomar parte en el momento de la prescripción sobre las modalidades de su funcionamiento.

El pluralismo jurídico constituye un elemento importante en el análisis de los ordenamientos en los que el iuspositivismo tiene una larga tradición, pues pone bajo los focos el carácter meramente programático del monismo jurídico. Pero valorar el pluralismo es, en cambio, indispensable para estudiar los ordenamientos en los que la tradición iuspositivista no ha arraigado o en los que al menos no ha tenido un papel equiparable al desempeñado en ordenamientos de derecho codificado.

A título de ejemplo consideraremos los ordenamientos africanos afectados por la colonización: ordenamientos que han conocido cambios notables en un arco temporal relativamente breve, que han tenido que medirse con la perspectiva iuspositivista pero también y sobre todo con otras perspectivas diferentes. En referencia a estos ordenamientos se ha puesto de manifiesto el fenómeno de la llamada estratificación jurídica, esto es, de la acumulación de complejos normativos que, desde un punto de vista descriptivo, se han colocado simplemente unos junto a otros, aunque desde un punto de vista prescriptivo deberían haberse superpuesto y excluido sucesivamente. Es característico de los ordenamientos africanos, en efecto, incluir, al lado de un estrato

---

7 Cfr. N. Bobbio, *Teoria generale del diritto* (1957-60), Giappichelli, Turín, 1993, p. 25.

tradicional consuetudinario típico de las sociedades de poder difuso y de otro religioso de matriz islámico, un estrato colonial constituido por el derecho de los países occidentales ocupantes y aún otro postcolonial, también modelado sobre el derecho de los países occidentales. Ninguno de estos estratos ha logrado imponerse sobre los demás, ninguno de ellos ha logrado expresar un complejo de preceptos capaz de regular el conjunto de las relaciones sociales: a los diferentes ámbitos de esas relaciones ha correspondido y corresponde, aunque en medidas variables, la referencia a diferentes estratos jurídicos<sup>8</sup>.

No es casual que la estratificación jurídica sea desarrollada y utilizada por la antropología jurídica, el estudio del funcionamiento de las sociedades tradicionales, cuyo método y cuya sensibilidad han encontrado también importantes y provechosas aplicaciones en el estudio de los derechos modernos. También de éstos se puede reconstruir una dimensión definible como «mítica» que abarca, en particular, la estrategia comunicativa empleada «para dar a la sociedad una imagen de sí misma que no se corresponde con su estructura real»<sup>9</sup>.

Entre los mitos a los que dirige su atención la antropología se encuentran sobre todo los que están alimentados por el dogma iuspositivista: en concreto, la idea de que el Estado es la fuente única o última de producción de preceptos y no hay, por tanto, espacio para el pluralismo jurídico. Como la antropología, la historia y la sociología, también la comparación combate un mito similar; de hecho, define su objeto de estudio a partir de su crítica radical.

### 3. *La tradición jurídica y el poder del jurista*

Para marcar distancia con el iuspositivismo, los comparatistas suelen redefinir el concepto de ordenamiento jurídico y subrayar su alejamiento del modo tradicional de entenderlo. Lo vuelven así no apto para adherirse a las teorías normativistas y compatible, por tanto, con el propósito de adoptar un punto de vista externo sobre el derecho. Efectivamente, dicen los comparatistas que al hablar de ordenamiento pretenden reconstruir las coordenadas de modelos culturales, experiencias concernientes al contexto espacio-tempo-

---

8 Por ej. U. Mattei, P.G. Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padua, 1997, pp. 148 ss.

9 N. Rouland, *Antropologia giuridica* (1988), Giuffrè, Milán, 1992, p. 390.

ral en el que se manifiesta el fenómeno del derecho<sup>10</sup>. Y se trata de modelos, como los que aparecen en estas páginas, que son incapaces, por definición, de expresar un punto de vista interno sobre el derecho.

En otras ocasiones, los comparatistas consideran que, por el contrario, es difícil hablar de ordenamiento si se quiere remarcar una clara separación respecto al dogma iuspositivista. Se usan entonces otros términos que, en sus variadas formas, también aparecen en estas páginas: en particular, los de tradición jurídica y experiencia jurídica.

La utilización del primer término se repite sobre todo en la literatura de *common law* y muestra el propósito de considerar el fenómeno del derecho teniendo en cuenta no sólo los caracteres típicos de un punto de vista interno, sino también manifestaciones de orden consideradas en un sentido amplio, histórico y cultural. De todos modos, estas referencias a la tradición jurídica no revisten significados particularmente comprometedores, pues son simplemente la reverberación de un modo de relacionarse con el mundo del derecho que es atribuible a las características del ordenamiento de procedencia de sus autores. Históricamente, en los sistemas de *common law* la centralización del poder político no se ha realizado a través de un acto revolucionario al que haya seguido una cesura nítida entre la época del derecho común y la época del derecho codificado impuesto por un legislador omnipotente. Por ello, los ordenamientos de *common law* son poco acordes con una noción estatalista de ordenamiento, hasta el punto de definirse como ordenamientos abiertos, en los que la ósmosis entre derechos estatales, y no su clara demarcación, es considerada un hecho normal. Y en semejante contexto es natural e instintivo referirse al derecho como a parte de un proceso intelectual valorado preferentemente desde el punto de vista de su desarrollo en el tiempo y no tanto en el espacio.

El sentido de esas referencias a la tradición es aclarado por los juristas del *common law* en contraposición a la expresión «sistema jurídico», cuya utilización implica que se comparte el enfoque al que clásicamente alude el uso de «ordenamiento jurídico». Efectivamente, se dice que quien habla de sistema demuestra haberse formado en un «clima intelectual que ha acentuado la importancia de la soberanía estatal y alentado una exaltación nacionalista de las características y tradiciones autóctonas». Quien en cambio se refiere a la tradición observa el derecho desde el punto de vista que hemos denominado

---

10 Por ej. R. David, C. Jauffret Spinosi, *I grandi sistemi giuridici contemporanei* (2002), Cedam, Padua, 2004<sup>5</sup>, pp. 16 s.

externo y que también valora los datos por los que se interesan las teorías institucionalistas: considera el derecho como expresión de una «cultura», presta atención, por tanto, a las interacciones entre derecho, sociedad y política, superando así su reducción a mero «conjunto de normas jurídicas relativas a instituciones concretas»<sup>11</sup>.

De todos modos, el estudio que indaga en una tradición jurídica no puede suponerse a salvo de vicios, al igual que no lo está la consideración de la dimensión histórica del fenómeno del derecho. Sabemos, por ejemplo, que están decididamente viciados los análisis realizados en el ámbito histórico-comparatista por los llamados neopandectistas, que atienden a la dimensión temporal del derecho para identificar adrede, precisamente, aquellas tradiciones que entienden nobles para fundamentar sus propias construcciones (*retro* I.1.2). Alimentan de este modo el positivismo científico, tal vez desligado del positivismo legislativo pero siempre productivo desde un punto de vista necesariamente interno sobre el derecho. Podrá decirse que el derecho pertenece a una tradición, típicamente a la europeo-continental, pero es éste precisamente el punto clave: en la medida en que es una tradición convive con otras tradiciones y no puede presentarse como única o exclusiva por mucho que lo pretenda (*infra* II.3.1)<sup>12</sup>.

Esta última observación conduce a un uso concreto de la tradición jurídica, el que puede identificarla con un contexto espacial más o menos definido, pero del que puede prescindir, subrayando así la distancia de este concepto respecto al de ordenamiento o sistema jurídico. Existen efectivamente tradiciones jurídicas «complejas», que pueden tener un punto de referencia espacial, pero existen también tradiciones jurídicas «internas» a aquellas complejas y, sobre todo, tradiciones «transversales» que no presentan un arraigamiento territorial específico<sup>13</sup>. La identificación de las tradiciones internas y transversales, quizás en el ámbito de análisis atentos a la cuestión del pluralismo jurídico, contribuye a denunciar la parcialidad del enfoque iuspositivista: volveremos a ello al hablar de las clasificaciones de los ordenamientos jurídicos (*infra* II.2.4).

Conviene ya señalar que las referencias a la tradición jurídica remiten a la dimensión narrativa del derecho que, a su vez, induce a continuas reflexiones

11 J.M. Merryman, *La tradizione di civil law* (1969), Giuffrè, Milán, 1973, pp. 7 ss.

12 H. P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo* (2010), Il Mulino, Bolonia, 2011, pp. 75 ss.

13 *Ivi*, pp. 561 ss.

acerca del rol del estudioso del derecho como fuente de producción de preceptos, en la medida en que es capaz de controlar la producción de significado del discurso jurídico.

Dediquémonos en primer lugar a la dimensión narrativa de la tradición, que es dimensión constitutiva, pues la tradición, como parte esencial de la memoria social, toma forma a través de un proceso de selección y transmisión de informaciones sobre el pasado. En definitiva, la tradición vive de narraciones que, como tales, no constituyen una suerte de fiel destilación de los valores madurados en el tiempo. La selección y transmisión de información es, por el contrario, una práctica arbitraria por definición, que no puede ser reducida a mera reproducción acrítica, al igual que no puede serlo la atribución de sentido a las palabras del legislador por parte de los operadores del derecho o de quien usa del mismo.

Y de este modo, pensando en la dimensión narrativa del derecho y en su carácter constitutivo de la memoria social, se acaba por enfocar al poder del autor de la narración y, en particular, a sus espacios de emancipación respecto a otros poderes. El narrador, tanto en el campo del derecho como en el literario, persigue estrategias autónomas capaces de imponerse sobre esas otras que inevitablemente termina persiguiendo como parte de un contexto más amplio: sus relatos «constituyen una verdadera reapropiación» de convenciones, un modo de legitimar «cánones diversos, en antagonismo tal vez con otras reconstrucciones»<sup>14</sup>.

En suma, pensándolo en términos de narración el derecho acaba manifestándose como instrumento de distribución imperativa de valores, y no tanto de bienes. Y el poder del jurista acaba siendo valorado en sus facetas referidas al primer aspecto, y no tanto al segundo. A ello atienden, por otra parte, las tradiciones cuando se revisten de retóricas legitimantes centradas en el relato del pasado: ropajes de construcciones artificiosas, de auténticas invenciones concebidas para establecer momentos de continuidad también ficticia con acontecimientos que son seleccionados con el único fin de «inculcar determinados valores y normas de comportamiento repetitivas»<sup>15</sup>.

---

14 G. Marini, «Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione», en *Polemos*, 1 (2010), pp. 37 s.

15 E. Hobsbawm, «Come si inventa una tradizione», en Id., T. Ranger (ed.), *L'invenzione della tradizione* (1983), Einaudi, Turín, 2002, pp. 3 s.

#### 4. *La experiencia jurídica*

Se ha dicho ya que las referencias a la tradición jurídica caracterizan en particular a la literatura de los ordenamientos de *common law*, en los que la concepción del derecho se expresa más en la dimensión temporal que en la espacial. En la producción europeo-continental esas referencias han sido durante mucho tiempo verdaderamente escasas; no han sido objeto de particular reflexión y se han visto limitadas, sobre todo, a la producción de los romanistas y de los estudiosos del derecho común. Por su parte, los comparatistas parecen haber descubierto la tradición jurídica solo recientemente, lo que lleva a suponer que el desarrollo de la materia como conciencia crítica del derecho se ha servido de otros conceptos. Y de hecho una referencia al menos implícita a la tradición jurídica, y a cuanto ésta implica, se encuentra en las referencias a la experiencia jurídica, relativamente frecuentes en la literatura italiana.

La fórmula «experiencia jurídica», cuya difusión se debe en especial a Riccardo Orestano, se impone por obra de los estudiosos del derecho romano críticos con la romanística apegada a la «sistemática cerrada y delimitada», ligada a la «tradición de la investigación objetiva tan querida para el cientificismo positivista»<sup>16</sup>. Si esta tradición deriva típicamente de una mirada interna sobre el derecho, la experiencia jurídica es en cambio el producto de una mirada externa que valora la confluencia de tres mundos: además de los mundos de las normas y de la ciencia jurídica, los únicos que son tenidos en cuenta por el enfoque iuspositivista, también y sobre todo el mundo del comportamiento humano, que acaba siendo contemplado en su esencia de fuente de preceptos jurídicos, pues «todos, conscientes e inconscientes», concurren para formar la experiencia jurídica, «con el continuo tejer y retejer de nuestras relaciones, incluso con nuestras omisiones, transgresiones, violaciones»<sup>17</sup>.

Estas consideraciones, de sabor historicista, pueden ser ciertamente discutidas y criticadas desde muchos puntos de vista. Pero es indudable, y significativo para nuestros fines, que hablar de experiencia jurídica significa imponer a la atención del estudioso la complejidad del conjunto de preceptos destinados a disciplinar o en todo caso a condicionar los comportamientos

---

<sup>16</sup> R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Il Mulino, Bologna, 1987, p. 352.

<sup>17</sup> R. Orestano, «Della “esperienza giuridica” vista da un giurista» (1980), en Id., *“Diritto”*. *Incontri e scontri*, Il Mulino, Bologna, 1981, pp. 505 ss.

individuales y las relaciones interindividuales. Es decir, significa valorar las incoherencias y contradicciones de aquel conjunto, oponiéndolas a la coherencia y completud que, en clave prescriptiva, pretenden elevar los iuspositivistas a característica innata de lo que, no por casualidad, definen en términos de ordenamiento.

Cuando se analiza el derecho como experiencia jurídica se acaba evidenciando la confusión entre actividad cognoscitiva y actividad creativa como rasgo necesario de la interpretación, prerrogativas ambas de quien atribuye significado a los preceptos jurídicos y se convierte así en su fuente de producción (*retro* I.2.1). Orestano alude a este esquema cuando piensa en el modo en que actúa el estudioso: «al querer conocer experiencias distintas a la nuestra, experiencias contemporáneas o experiencias del pasado, damos vida a nuestras experiencias»<sup>18</sup>. Pero ese mismo esquema puede perfectamente servir para describir la manera en la que el derecho es utilizado por sus operadores, al igual que por los destinatarios de los preceptos, ocupados en ejercer poder mediante el control sobre la producción del discurso jurídico.

Dicho de otro modo, la experiencia está siempre y necesariamente en plural y, según parece, puede manifestarse un número de veces equivalente al menos al número de puntos de vista o de voluntades de conocer o de ejercer poder. Si no fuese así, terminaría acreditándose la existencia de un núcleo de la experiencia para el que reivindicar el carácter de la objetividad, cargando así el concepto de los mismos vicios típicos de la hermenéutica tradicional (*retro* I.1.3): se construiría una teoría de la historicidad de los ordenamientos jurídicos, ignorando que la historicidad es más propiamente un elemento constitutivo de los ordenamientos y del modo en el que éstos son representados.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que los estudiosos del derecho romano y de la historia del derecho, precisamente para subrayar la diferencia entre ordenamiento y experiencia jurídica, hablan de ésta en relación a contextos espaciales o temporales particularmente amplios, correspondientes «a un área cultural, a una mentalidad, a una costumbre tal y como se generan a partir de elecciones fundamentales del vivir asociado»: de ahí las referencias a la experiencia jurídica medieval o a la experiencia jurídica moderna.<sup>19</sup> Aunque por los mismos motivos, esto es, para evitar las referencias al ordenamien-

---

18 *Ivi*, pp. 516 s. y 528. También F. De Marini Avonzo, «Rileggere l'Introduzione di Orestano», en *Labeo*, 35 (1988), pp. 209 ss.

19 P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 1997, p. 23.

to jurídico, los comparatistas vinculan en cambio la experiencia jurídica con contextos más limitados, que coinciden con aquellos con los que se relaciona la expresión criticada. Por ello hablan de experiencia jurídica anglo-americana o europeo-continental, pero también de experiencia jurídica alemana, canadiense o italiana. Estas expresiones no indican, sin embargo, un uso incorrecto de categorías formuladas por otras disciplinas, sino el propósito de polemizar con las investigaciones que se centran en un modo superado de entender las referencias al ordenamiento jurídico.

### 5. *La enseñanza del derecho comparado*

Hasta aquí nos hemos dedicado a los objetos de la comparación, aclarando cómo deberían ser individualizados según cánones alternativos al dogma ius-positivista, indicación que los comparatistas ejemplifican reivindicando para su materia una función subversiva (*retro* I.1.1). Es necesario, por tanto, reintroducir en la noción de derecho las reglas efectivamente capaces de condicionar el comportamiento individual y colectivo: las reglas eficaces, más allá de las reglas consideradas formalmente válidas. Hay que valorar también la circunstancia de que la interpretación de esas reglas constituya un acto cognoscitivo y creativo a la vez, es decir, de manera indistinguible, y sobre todo un acto relevante a nivel político, además de filosófico. El ordenamiento jurídico deja así de ser un conjunto completo y coherente de preceptos y asume, de manera más realista, el aspecto de un complejo antinómico y lagunoso de discursos en torno a preceptos directa o indirectamente atribuibles al poder estatal. Y todo ello se quiere dar a entender empleando en particular las referencias a la experiencia jurídica.

Podemos ahora dedicarnos a ilustrar brevemente cómo el derecho comparado se ha hecho objeto de enseñanza, advirtiendo desde el principio que sus distintas modalidades se ven influidas por tradiciones y culturas académicas que están evidentemente ligadas a contingencias, características y estrategias internas de los grupos profesionales que lo practican. Hay que tener también en cuenta que la literatura manualística contiene simplificaciones inevitables, provocadas por necesidades de orden didáctico pero también por el enfoque todavía preponderante en el estudio del derecho nacional, en el que el punto de vista interno aún resulta dominante.

Probablemente Italia está entre los países en los que el ordenamiento

universitario concede mayor espacio a la enseñanza del derecho comparado, aunque últimamente aparezcan señales de un cambio de tendencia. Por esta razón, la materia se ha desarrollado no sólo como estudio dedicado a instituciones específicas observadas desde las distintas ramas del derecho y, por tanto, como microcomparaciones, sino también como cotejo entre sistemas jurídicos en su conjunto: como macrocomparación o sistemología (*infra* II.2.1), como estudio de los «caracteres profundos y no contingentes de los ordenamientos jurídicos»<sup>20</sup>. Y se presume que la macrocomparación se efectúa teniendo en cuenta lo que hasta ahora se ha dicho a propósito del concepto de ordenamiento jurídico, que los comparatistas han redefinido a la luz de su punto de vista externo sobre el derecho. En efecto, no solamente el requisito de la estatalidad ha sido disociado hace tiempo de la noción de sistema<sup>21</sup>, sino que ésta es ahora empleada para aludir a realidades similares a aquellas a las que se atiende al hablar de tradición o experiencia jurídica<sup>22</sup>.

En otros países la enseñanza del derecho comparado parece en cambio más marginal o es, en todo caso, practicada sólo con fines específicos, a menudo seleccionados por quienes cultivan disciplinas jurídicas privilegiadas en los cursos universitarios, respecto a las cuales la comparación asume una posición subordinada o servil: piénsese, por ejemplo, en Alemania, donde es tradicionalmente estudiada como complemento del derecho internacional privado y, en particular, como análisis de las instituciones extranjeras a las que se remiten las normas de conflicto para la determinación del derecho aplicable en supuestos dotados de elementos de internacionalidad. Piénsese también en Francia, que en el pasado conoció una notable tradición de estudios comparatistas, decaída luego y sólo recientemente renacida en apoyo, sin embargo, de una finalidad determinada: recortar para el derecho francés y su correspondiente doctrina una posición relevante en el desarrollo del derecho privado europeo.

Es en parte distinta la situación en los países de *common law*, en los que la inclinación al estudio comparatista resulta facilitada por las características del ordenamiento del que proceden los autores: como vimos, éstos parecen

---

20 R. Sacco, *Che cos'è il diritto comparato*, Giuffrè, Milán, 1992, p. 75.

21 P. Arminjon, B. Nolde, M. Wolff, *Traité de droit comparé*, vol. 1, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1950, p. 11.

22 Por ejemplo, J. Vanderlinden, *Comparer les droits*, Story-Scientia, Diegem, 1995, pp. 311 ss.

estar predispuestos por naturaleza a concebir los ordenamientos como tradiciones jurídicas, es decir, a valorar la dimensión cultural que este concepto implica (*retro* I.2.3). Por otro lado, también en la literatura inglesa se privilegiaban ciertas finalidades específicas de la comparación, en concreto las que conciernen al proceso de unificación del derecho privado europeo y las que se refieren a su utilización por parte de los tribunales<sup>23</sup>. En cambio, una mayor atención a la macrocomparación caracteriza a la literatura estadounidense, proclive a prestar especial atención a las transformaciones impuestas por los procesos de globalización<sup>24</sup>.

Por otro lado, todo ello no impide que se produzcan reconstrucciones manualísticas que, al margen de las simplificaciones didácticas, no siempre son acordes con los presupuestos de los que sus autores afirman partir, tal vez por la persistencia de actitudes más o menos conscientemente etnocéntricas. Ni impide el desarrollo de una literatura militante explícitamente entregada a la demostración de la superioridad del derecho angloamericano sobre el europeo-continental (*infra* II.3.3). No es ésta, de todos modos, una prerrogativa exclusiva del ambiente estadounidense: en concreto, la macrocomparación, como geopolítica, se presta a constituir un extendido instrumento de nacionalismo jurídico o nacionalismo *tout court* (*infra* II.2.1).

Mas volvamos a la enseñanza del derecho comparado en el ordenamiento universitario italiano y, en particular, a la enseñanza de la macrocomparación o sistemología. Su especial difusión se debe a un sensibilidad madurada hace tiempo en el seno de un restringido grupo de estudiosos del derecho privado, no por casualidad críticos con el enfoque iuspositivista. Quizás esto explique por qué los manuales más utilizados calcan esquemas tomados en préstamo de los puntos de vista privatistas sobre la materia. Efectivamente, priman las explicaciones mediante familias de sistemas construidas a partir de las características del sistema de fuentes y, en concreto, de la presencia o no de una codificación del derecho civil (*infra* II.3.2). De ahí el especial énfasis en la razones de las diferencias entre sistemas de *civil law* y sistemas de *common law*, ensalzados los primeros en su esencia de ordenamientos de

---

23 B. Markesinis, *Il metodo della comparazione* (2003), Giuffrè, Milán, 2004, pp. 191 ss.

24 Por ejemplo, P. de Cruz, *Comparative Law in a Changing World*, Cavendish, Londres-Sydney, 2006<sup>3</sup>; M.A. Glenn, M.W. Gordon, P.G. Carozza, *Comparative Legal Traditions*, West, St. Paul (Minn.), 2008<sup>3</sup> y U. Mattei, T. Ruskola, A. Gidi, *Schlesinger's Comparative Law*, Reuters-Foundation, Nueva York, 2009<sup>7</sup>.

derecho codificado, analizados los segundos a partir de la centralidad de las fuentes jurisprudenciales<sup>25</sup>.

Ciertamente, tales diferencias son consideradas el resultado de sobrevalorar, de simplificar con fines didácticos, de reducir a rasgos unificadores la tradición jurídica occidental... y de relativizar, si quieren abandonarse enfoques desacreditados por su inspiración etnocéntrica: son hoy frecuentes los tratados dedicados a sistemas antes más desatendidos cuanto más distantes estaban y están del derecho occidental<sup>26</sup>. Ello no quita para que los rasgos tradicionalmente considerados fundacionales de este último y, en especial, la realización del divorcio formal entre el derecho, por un lado, y la política y la religión por otro (*infra* II.3.1), continúen todavía condicionando, al menos entre líneas, el recorrido expositivo de parte de la manualística. Así se acaban debilitando las acusaciones de iuspositivismo dirigidas contra los no comparatistas, acusaciones que pueden en ocasiones revolveerse precisamente contra quienes las formularon.

Es diferente, en ciertos aspectos, la contribución de quienes cultivan el derecho público comparado, que cuenta también con una tradición igualmente desarrollada, al menos desde un punto de vista cualitativo. Es evidente que la diferencia de la que hablamos atañe ante todo a su predisposición natural a privilegiar temáticas distintas a las que se centran en las fuentes del derecho: en efecto, presta atención a cuestiones como la forma de Estado y de gobierno, los modelos de organización judicial y administrativa o los sistemas electorales. Y cuando, en cambio, atiende a la descripción de las fuentes, su análisis se centra en los tipos de constitución, estudiando tanto la organización institucional prevista como el sistema de derechos y libertades fundamentales<sup>27</sup>: una cuestión, esta última, particularmente idónea para incentivar el diálogo con quienes cultivan el derecho privado comparado.

---

25 Por ejemplo, K. Zweigert, H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato*, vol. 1 (1984), Giuffrè, Milán, 1998; V. Varano, V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, vol. 1, Giappichelli, Turín, 2010<sup>4</sup> y A. Guarneri, *Lineamenti di diritto comparato*, Cedam, Padua, 2012<sup>4</sup>.

26 Cfr. la colección *Sistemi giuridici comparati*, editada por A. Procida Mirabello di Lauro, 6 vols., Giappichelli, Turín, publicada desde 1996; M. Losano, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Roma-Bari, 2000 y A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Utet, Turín, 2008<sup>3</sup>.

27 P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (eds.), *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2013<sup>5</sup> y G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Reposo, M. Volpi, *Diritto pubblico comparato*, Giappichelli, Turín, 2012<sup>4</sup>.

Esta perspectiva influye sobre las finalidades de la comparación en el campo publicístico que, como veremos, reconoce a la sistemología un papel más limitado, o quizás simplemente distinto, respecto al que le reservan quienes cultivan el derecho privado comparado (*infra* II.2.3); determina igualmente una mayor sensibilidad hacia las conexiones entre el derecho y las otras ciencias sociales, especialmente la ciencia política: son centrales las referencias a la cultura jurídica en general y, a través de ella, a la «cultura *tout court*»<sup>28</sup>.

Por otra parte, ello no obsta para que pueda afirmarse la oportunidad de enriquecer la macrocomparación llevada a cabo por los iuspublicistas con la aportación de ciencias como la economía, además de la política, en virtud de la estrecha conexión existente entre el derecho público y el funcionamiento tanto de las instituciones democráticas como del mercado y de los modelos de redistribución de la riqueza en general. No sólo a los privatistas se les pide entonces que desarrollen esos puntos de vista externos sobre el derecho, que los consideren elementos de cuanto se refiere a tradición y experiencia jurídica.

#### 6. *Derecho público comparado y derecho privado comparado, derecho comparado y derecho extranjero*

Dicho esto, hay que tener en cuenta el carácter ideológico de la distinción entre derecho público y derecho privado, es decir, el hecho de que esa distinción puede indicar la preferencia por un punto de vista o itinerario disciplinares o, eventualmente, por el correspondiente estatuto epistemológico, pero no reivindicar también un fundamento capaz de resistir a su historicización.

Efectivamente, la distinción entre derecho público y derecho privado está ligada al nacimiento del Estado moderno, empeñado en aplicar la fórmula «al individuo la propiedad y al soberano el imperio», tomada en préstamo de Séneca y utilizada por los padres del Código civil francés para sintetizar el fundamento de la sociedad liberal: la separación entre esfera política y esfera económica. El individuo consentía que la esfera política fuese finalmente concentrada en las manos del soberano, liberado de los vínculos propios de la estructura de poder de Antiguo Régimen. A cambio, el soberano aceptaba

---

<sup>28</sup> A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Giuffrè, Milán, 1998<sup>2</sup>, pp. 117 s.

actuar respetando las condiciones necesarias para el desarrollo de la iniciativa privada, sobre todo colocando a los individuos en un plano de paridad formal, requisito primero para el crecimiento del mercado entendido como orden espontáneo.

Por otra parte, el liberalismo no es una teoría de la libertad sin límites, sino una práctica de gobierno relacionada con el equilibrio entre instancias que liberan e instancias que ordenan, entre la producción y el consumo de la libertad. Y desde finales del siglo XIX ha tomado la delantera y ha inspirado la producción de reglas dirigidas a funcionalizar el ejercicio de las libertades económicas en formas que han alterado las características de la distinción entre derecho público y derecho privado. Uno y otro son utilizados para encauzar el ejercicio de los derechos individuales hacia la prosecución de lo que es presentado como el interés general; uno y otro son instrumento de producción y consumo de libertad<sup>29</sup>.

Si es así, la distinción entre derecho público comparado y derecho privado comparado es herencia de una tradición que precisamente el estudio comparatista está destinado a superar. De esta manera subraya su función subversiva frente a las certezas alimentadas por el punto de vista interno sobre el derecho, finalmente atacadas por la adopción de un punto de vista externo.

Estas consideraciones son valoradas especialmente en la literatura sistemológica, aunque en ella la proporción entre temáticas iusprivatistas y temáticas iuspublicistas se resiente tanto de la formación de los autores como de la cultura académica<sup>30</sup>. Se multiplican los esfuerzos para integrar ambos enfoques pero siguen siendo distinguibles, especialmente en la literatura manualística dedicada a la microcomparación, en la que ante todo deben efectuarse las simplificaciones requeridas por su finalidad didáctica. Ello no es obstáculo para que el tratamiento de la materia, si evita las tentaciones neopandectistas, pueda diferenciarse claramente del que es propio de quienes cultivan el derecho interno: diferente es la elección de las temáticas, no condicionada por los rígidos vínculos del conceptualismo, así como el modo de afrontarlas, decididamente atento al contexto en el que han calado los conceptos<sup>31</sup>.

---

29 A. Somma, *Economia di razza*, Ombre corte, Verona, 2009, pp. 110 ss.

30 Por ej. P.G. Monateri, A. Somma, *Il modello di civil law*, Giappichelli, Turín, 2009<sup>3</sup>, pp. 133 y 157 ss.

31 K. Zweigert, H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato* (1984), vol. 2, Giuffrè, Milán, 2011<sup>3</sup> y G. Alpa et al. (eds.), *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Laterza, Roma-Bari, 2012<sup>4</sup>.

Hay que relativizar también, junto a la distinción entre derecho privado y derecho público, la que existe entre derecho comparado y derecho extranjero, trazada para diferenciar la comparación propiamente dicha de la exposición de las características de un derecho ajeno. Se trata de una distinción muy frecuente, sobre todo entre quienes cultivan el derecho comparado, que encuentra sin embargo eco implícito también entre los estudiosos del derecho internacional privado, al considerar éstos que la simple aplicación de una disposición ajena no comporta necesariamente el recurso a la comparación.

Sólo se podría hablar de una diferencia entre derecho comparado y derecho extranjero si fuera posible ocuparse del segundo sin invocar terminologías que le son extrañas, si pudieran traducirse fielmente las expresiones que emplea para componer sus normas y fundar sus instituciones. Esas expresiones, a diferencia de las utilizadas por las ciencias naturales, no pueden ser restituidas en términos absolutamente equivalentes. Dicho de otro modo, más que traducir conceptos de un derecho extranjero, el jurista los homologa: identifica la expresión del ordenamiento propio que considera más apta para rendir el sentido de la expresión del ordenamiento ajeno, esto es, se esfuerza en encontrar correspondencias entre categorías irreductibles<sup>32</sup>.

Todo esto implica necesariamente el recurso a la comparación, una actividad que es por tanto imprescindible aunque sea destinada a la mera reconstrucción de un derecho extranjero, simplemente en la medida en que ésta se ejerce recurriendo a conceptos tomados en préstamo de un ordenamiento distinto al ordenamiento del que provienen los conceptos descritos. Por otra parte, esta circunstancia es valorada por el legislador italiano al regular la aplicación de la ley extranjera a la que se remite una norma de derecho internacional privado, cuando precisa que aquélla debe efectuarse de acuerdo con los criterios de interpretación propios del ordenamiento del que deriva la ley (art. 15, ley de 31 de mayo de 1995, n. 218).

No habría que distinguir entonces entre derecho extranjero y derecho comparado, sino entre una buena y una mala comparación, estigmatizada la segunda desde los albores del derecho comparado erigido en ciencia autónoma. Efectivamente, desde principios del siglo XX se viene criticando el estudio del derecho extranjero efectuado sin conciencia metodológica y sin atención por el contexto en el que ha madurado, desplegado únicamente para confeccionar «notas comparatísticas arracimadas aquí y allá», en la ilusión

---

32 R. Sacco, *Introduzione al derecho comparado*, cit., pp. 40 s.

acariciada por el autor de hacer de esa manera «más perfecto su trabajo»<sup>33</sup>. El desarrollo del derecho comparado como campo autónomo del saber coincide en buena medida con las vías emprendidas para superar semejante perspectiva y alimentar así su propia carga subversiva.

---

<sup>33</sup> I. Tambaro, Voz «Legislazione», en *Digesto italiano*, vol. 14, Utet, Turín, 1902-05, p. 424.



## II

### ¿POR QUÉ COMPARAR?

LOS OBJETIVOS DE LA COMPARACIÓN JURÍDICA



## Capítulo primero

### Comparar para unir y comparar para dividir

#### 1. Una disciplina en busca de identidad

El derecho comparado es una ciencia relativamente nueva, todavía en lucha por afirmarse, por arraigar en la enseñanza universitaria, por legitimarse dentro de la comunidad científica. Incluso en el momento actual, caracterizado por la creciente apertura de los saberes a la dimensión internacional, supranacional y transnacional, así como a la perspectiva interdisciplinar, se ve al derecho comparado constantemente acechado por quienes lo consideran una especie de apéndice exótico, o en todo caso no necesario, de las enseñanzas tradicionales. El estudio cultural y crítico del derecho que practican los comparatistas, que hace también de la materia un catalizador de saberes finalmente renovados, tropieza evidentemente con las estrategias de legitimación del jurista, aún sólidamente centradas en su papel de solucionador técnico y neutral de los conflictos sociales (*infra* II.3.1). De ahí la persistencia de los dogmas iuspositivistas y, por tanto, la dificultad del diálogo con quienes cultivan materias en las que esos dogmas siguen perpetuándose.

No es entonces casual que con esas mismas dificultades se encuentren otros estudiosos del derecho que también se posicionan de manera crítica frente a la materia a la que dedican sus reflexiones: de los historiadores a los sociólogos, pasando por los filósofos y por los antropólogos del derecho. Efectivamente, sabemos que comparten con los comparatistas las fatigas intelectuales que se derivan de optar por instrumentos de análisis y por sensibilidades culturales capaces de inspirar y alimentar su acción subversiva respecto a las certezas heredadas de la tradición.

Para evitar las dificultades que comporta el enfoque cultural y crítico, algunos comparatistas acaban poniendo su trabajo como técnicos al servicio de las estrategias perseguidas por los expertos del derecho positivo, compartiendo así las estrategias de legitimación de éstos, centradas en el carácter

técnico del saber jurídico. Piénsese, por ejemplo, en los comparatistas que, deseando contribuir a la unificación del derecho en el área europea, consideran al derecho romano una fuente de principios latentes capaces de revelar su entramado (*supra* I.1.3). Esos comparatistas terminan presentando como una elección técnica, legitimada por su sintonía con la tradición, una opción tan política como lo es la correspondiente exaltación del carácter individualista del derecho romano. Todo ello está concebido también para restituir a la doctrina el rol de fuente de producción de preceptos y, por tanto, para reproponer en clave europeísta el programa del positivismo científico: por ello los fautores de semejante uso de la comparación jurídica son rebautizados como actualistas o neopandectistas<sup>1</sup>.

De hecho, estas cesiones se han traducido en un empobrecimiento o debilitamiento de la comparación jurídica, sin proporcionarle a cambio más que una visibilidad y un prestigio mínimos. La Neopandectística ha contribuido a impedir la renovación metodológica en el estudio del fenómeno del derecho, frustrando el impacto que la concienciación acerca de la potencialidad de la comparación podría haber causado sobre el razonamiento tradicional. El derecho comparado continúa siendo descuidado por los estudiosos del derecho positivo, que lo utilizan para confeccionar cultos oropeles de reflexiones sólidamente ancladas en la tradición. Al mismo tiempo, incluso las instituciones europeas, que están entre los principales interlocutores naturales de los neopandectistas, ignoran completamente las máximas del derecho civil heredadas de la tradición o, como mucho, las tienen en cuenta para afirmar su inadecuación: están fundadas en el paradigma de la paridad formal de los asociados y, por tanto, son «no aptas a las realidades económicas actuales de producción y comercialización en masa» (COM/95/520 def.).

La verdad es que cualquier campo del saber, en cuanto aspira a acreditarse invocando finalidades específicas, es inevitablemente condenado a una posición residual. Si efectivamente se hace depender su legitimación del consenso sobre los objetivos que declara perseguir, el punto de vista de sus estudiosos es subordinado al de aquellos a quienes se encomienda la tarea de valorar la bondad de esos objetivos.

No se pretende aquí defender la causa de quien celebra la especulación intelectual como un fin en sí mismo, para afirmar quizás su carácter neutral,

---

<sup>1</sup> Citado en A. Somma, «Da Roma a Washington», en P.G. Monateri, T. Giaro, A. Somma, *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva*, Carocci, Roma, 2005, pp. 218 ss.

su capacidad de producir verdades incontrovertibles. Es decir, no se pretende alimentar aquí la creencia en que las ciencias sólo pueden ser consideradas como tales en la medida en que proporcionan conocimientos liberados o distinguibles de la ideología<sup>2</sup>, entre otras razones porque se trata de la creencia fundacional del dogma iuspositivista. Simplemente se quiere constatar que el derecho comparado, desde siempre atentísimo a proporcionar copiosas listas de objetivos dirigidos a documentar su utilidad teórica y práctica<sup>3</sup>, ha terminado haciendo depender su existencia de las estrategias que en cada momento adopten como fundamento los campos del saber jurídico que han de obtener provecho de sus análisis. Y de ello no se han derivado resultados apreciables ni tampoco resultados, si no definitivos, al menos perdurables; y tampoco ha podido revelarse la función subversiva de la comparación, es decir, su esencia de ciencia crítica, como circunstancia suficiente para asegurarle una ubicación en el panorama de los saberes.

Rodolfo Sacco, uno de los padres de la comparación jurídica italiana, ha optado por profundizar precisamente en este aspecto en un conocido volumen dedicado a la introducción a la materia. Discutiendo sobre sus falsos problemas y, en general, sobre la finalidad de las ciencias, ha puesto de manifiesto que nadie pensaría en preguntar al astrónomo cuáles son los objetivos de su saber: la astronomía ha tenido sin duda notables aplicaciones y ha ayudado a alcanzar metas importantes como la llegada del hombre a la luna y, sin embargo, su fortuna nunca ha condicionado su legitimación como ciencia. En cambio, es precisamente esto lo que le sucede al derecho comparado, cuyos estudiosos se dedican a recordar con demasiada frecuencia que su saber alimenta «varias formas de progreso y profilaxis social»: de la paz mundial a la construcción de un derecho internacional, supranacional o transnacional, pasando por la mejora del derecho nacional<sup>4</sup>.

Entre las muchas finalidades de la comparación señaladas por sus estudiosos, hay algunas que parecen obtener mayor consenso que otras. Destacan, efectivamente, las que se refieren a la promoción de la convergencia de los ordenamientos jurídicos nacionales, es decir, las que concuerdan con la

2 Creencia criticada, por ejemplo, por V. Denti, «Diritto comparato e scienza del processo», en R. Sacco (ed.), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Giuffrè, Milán, 1980, p. 211.

3 Sobre ellas, por ejemplo, R. Scarciglia, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Il Mulino, Bolonia, 2006, pp. 35 ss.

4 R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Utet, Turín, 1992<sup>5</sup>, pp. 3 ss., y L. Pegoraro, A. Rinella, *Diritto costituzionale comparato*, Cedam, Padua, 2013, pp. 107 ss.

crítica del positivismo legislativo. Es éste el que ha producido la codificación del derecho privado, base para la fragmentación jurídica edificada sobre las cenizas del derecho común histórico. Y la recuperación de la unidad jurídica, como decíamos, permite legitimar tanto la comparación como el papel que el positivismo científico, al menos en alguna de sus versiones, atribuye al estudio del derecho.

Vemos confirmado este esquema desde los años en los que el derecho comparado asumió los rasgos, ahora familiares, que constituyen su autonomía como ciencia. Un panorama sobre el desarrollo posterior documentará la persistencia hasta nuestros días de esa actitud de los comparatistas, que no desdeñan ponerse al servicio, en concreto, de los procesos de unificación internacional del derecho. Éstos pueden ser concebidos como obra del legislador o de los tribunales, además de como operación doctrinal y, sin embargo, nunca se deja de reservar un espacio privilegiado para la aportación sapiencial, que justifica así su preferencia por ese uso de la comparación.

Dicho de otro modo, en el momento en el que trata de acreditarse mediante sus objetivos, la comparación jurídica ama presentarse como comparación que une: éste parece ser el hilo conductor que atraviesa muchos procesos de ese campo del saber, incluyendo los procesos relacionados con su fase constitutiva. Ello no obsta para que, evidentemente, pueda hablarse también de una comparación que divide, que es concebida para exaltar identidades y, por tanto, para desunir. Y tampoco impide que esta comparación que divide pueda ser igualmente cultivada con una función ancilar respecto a la proyectualidad de otros campos del saber: lo veremos después de tratar de la comparación que une (*infra* II.1.6).

## 2. La comparación y el derecho de la humanidad civilizada

Convencionalmente, el nacimiento del derecho comparado como ciencia autónoma se remonta al Congreso internacional, justamente de derecho comparado, celebrado en París con ocasión de la Exposición universal de 1900. Veremos pronto que la organización del evento en el seno de una feria concebida para aplaudir los fastos de la modernidad no constituye un hecho casual, pues inspiró la individualización de las finalidades que cabría atribuir a la nueva ciencia.

En la época a la que nos referimos, la experiencia francesa se estaba des-

pidiendo del enfoque del derecho alineado con las enseñanzas del positivismo legislativo o, en cualquier caso, vivía una fase de profunda insatisfacción por sus consecuencias. En el punto de mira estaba la imagen de una ciencia jurídica a la que se le asignaba el papel de fiel reproductor de las palabras del legislador y para la que se había acuñado el apelativo de Escuela de la exégesis: nombre elegido para subrayar el deber que tenían sus miembros de limitarse a elaborar meras paráfrasis de los preceptos emanados de las fuentes formales de producción del derecho, reconociendo y reproduciendo así los mitos de la unicidad de la regla de derecho y de la completud y coherencia del ordenamiento jurídico.

Aunque no fuera éste el papel efectivamente desempeñado por la doctrina, sí fue el que la mayoría reivindicó, por lo menos para mostrar su respeto formal por el positivismo legislativo a lo largo de todo el siglo XIX. Más tarde predominó una mayor concienciación de la aportación del intérprete, constreñido a adaptar los preceptos pensados para superar la sociedad estamental a una sociedad en la que habían emergido con fuerza las contradicciones ligadas a la afirmación de la modernidad. La Escuela de la exégesis habría cedido el paso a la Escuela científica, que no discutía el primado de la ley pero que, al mismo tiempo, reconocía la necesidad de integrarla con adiciones obtenidas en especial con la «libre investigación científica». A través de esta investigación se quería reconstruir el «derecho inmanente», del que la ley constituía sólo una «revelación imperfecta» que había que completar mediante las indicaciones derivadas de la observación de la «naturaleza de las cosas» y aspirando a la realización del «ideal de justicia o de utilidad social»<sup>5</sup>.

En suma, la Escuela científica rebatía la autosuficiencia de las palabras del legislador y, en general, la pretensión de aislar el dato jurídico respecto al extrajurídico; exhortaba a combinar el estudio del derecho positivo con los datos recabados por otras ciencias sociales que, precisamente a partir de finales del siglo XIX, empezaban a florecer en los programas de estudios de las facultades jurídicas francesas. De ahí entonces la atención por la historia, la sociología y, sobre todo, por la comparación, que evidentemente no debía limitarse al mero cotejo de las legislaciones extranjeras para no reproducir el enfoque iuspositivista. La comparación jurídica, además de enriquecer la libre investigación jurídica, debía en definitiva imitar su orientación inter-

---

5 F. Génay, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1919), vol. 2, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1954<sup>2</sup>, p. 223 (la primera edición, publicada en París por las prensas de Chevalier-Maresq, es de 1899).

disciplinaria, la apertura al diálogo entre ciencias sociales: debía ser parte integrante de la reacción al legicentrismo.

Cabe deducir entonces que, en el momento en el que el derecho comparado se afirma como ciencia autónoma, resulta en cierto sentido fácil asumir como su razón de ser cuanto hemos señalado acerca de su función subversiva de la ortodoxia teórica (*supra* I.1.1): de hecho, a partir de esa función se enuncia la autonomía de la comparación, entendida sobre todo como autonomía de método y de objeto de estudio. Por otra parte, ello no impide que, para afirmarse, la nueva ciencia haya debido acreditarse como ciencia dirigida a una finalidad bien concreta que, durante el congreso parisino de 1900, quiso sintetizarse de esta manera: identificar tendencias comunes a los ordenamientos con características económicas y sociales asimilables, para indicar así líneas «ideales de progreso jurídico», es decir, para elaborar modelos de política del derecho con los que orientar el desarrollo de esos ordenamientos y contribuir entonces a confeccionar «el derecho común de la humanidad civilizada»<sup>6</sup>.

Realmente no todos compartían ese enfoque universalizador, tal vez mitigado por la creencia de que sólo se debían exaltar los rasgos comunes en áreas cuyo perímetro estuviese definido por compartir un mismo nivel de «civilización jurídica»<sup>7</sup>. En todo caso, la mayoría establecía de manera más o menos explícita un nexo entre la comparación jurídica y la individualización de los rasgos comunes a los derechos nacionales, indicando así lo que será una constante en el cotejo entre derechos: su concepción como búsqueda de las características que unen, y no tanto de las que dividen.

Adelantándose a otros y partiendo de una filosofía de la historia de matriz evolucionista, ya habían puesto al derecho comparado al servicio de una «teoría del progreso», esto es, lo habían señalado como «doctrina jurídica de la civilización universal»<sup>8</sup>. A ello se añadiría que la comparación asumiera el mismo rol que el que se le había atribuido al derecho canónico o al derecho romano antes de que el positivismo legislativo alimentase el mito de la codificación. Al mismo tiempo, se precisaba que no se reproducirían los esquemas abstractos típicos del derecho natural racional, pues éstos serían contrarrestados por el llamamiento, ciertamente debilitado por el enfoque

---

6 R. Saleilles, «Conception et objet de la science du droit comparé», en *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1900, pp. 383 ss.

7 D.S. Clark, «Nothing New in 2000?», en *Tulane Law Review*, 75 (2001), pp. 875 ss.

8 E. Amari, *Critica di una scienza delle legislazioni comparate* (1857), vol. 2, Regione Siciliana, Palermo, 1969, p. 156.

evolucionista, a valorar la diversidad atribuible al arraigo de las tradiciones y a las peculiaridades del desarrollo histórico<sup>9</sup>.

Dejando de lado la inspiración evolucionista, ahora al menos formalmente rechazada, los primeros estudiosos del derecho comparado como ciencia autónoma demostraban estar impulsados por tensiones ideales de signo opuesto al clima que condujo al estallido de los dos conflictos mundiales. No es casual que esas tensiones fueran redescubiertas tras la segunda gran guerra, cuando la promoción de la unificación internacional del derecho se combinó con la recuperación de motivos iusnaturalistas, invocados concretamente como parapeto contra el totalitarismo fascista.

En ese ambiente y en el seno de la Organización de las Naciones Unidas para la educación, la ciencia y la cultura (UNESCO), fue instituida la Asociación internacional de las ciencias jurídicas (IALS), hoy todavía activa. En la intención de sus promotores estaba que difundiera el estudio del derecho comparado, concebido como instrumento para fomentar la convivencia pacífica entre los pueblos. De hecho, se dijo, «el conocimiento de las instituciones que se han dado y de las concepciones que tienen del derecho y de la justicia» contribuye de manera determinante a su comprensión mutua, al menos en la medida en que «los políticos de los diversos países son frecuentemente reclutados entre los juristas»<sup>10</sup>.

En realidad, la época de la que hablamos no estaba a salvo del regreso de visiones evolucionistas en materia de derecho, las cuales de hecho condicionaron incluso el elenco de las fuentes del derecho internacional incluido en el Estatuto del Tribunal internacional de justicia, que efectivamente enumera los «principios generales de derecho reconocidos por las Naciones civilizadas» (art. 38). De todos modos, el ambiente parecía haber cambiado, al menos parcialmente, desde el momento en que la unificación internacional del derecho, tema particularmente valorado en el congreso parisino de 1900, no era mencionada entre las finalidades principales del derecho comparado: la comprensión entre los pueblos prevalecía sobre las perspectivas de convergencia de los ordenamientos nacionales.

No es posible saber si se trata de una reacción al empleo de la comparación jurídica en el ámbito de una iniciativa adoptada por la Sociedad de Nacio-

---

9 I. Tambaro, Voz «Legislazione», en *Digesto italiano*, vol. 14, Utet, Turín, 1902-1905, pp. 424 s.

10 R. David, *Observations sur le rôle possible de l'Unesco en matière de droit comparé*, Cons. Jur./1/1947, Unesco.

nes: la constitución en 1926 del Instituto internacional para la unificación del derecho privado (Unidroit), al que le fue confiada la tarea de favorecer la convergencia de los derechos nacional por vía legislativa. En efecto, no se trataba de una iniciativa carente de simbología política, tan fuerte como incómoda. El Instituto fue fundado en Roma, donde todavía hoy se encuentra su sede y donde fue apadrinado por Mussolini, que aprovechó la ocasión para proyectar internacionalmente el régimen. No por casualidad fueron italianos el primer Presidente de Unidroit, Vittorio Scialoja, y su primer Secretario general, Pietro de Francisci, estudiosos ambos del derecho romano: convencido el primero de que la unidad jurídica de las «Naciones civilizadas» se podía llevar a cabo valorizando ese derecho, el segundo de que la revolución fascista representaba «el regreso a la grandeza romana»<sup>11</sup>.

En cualquier caso, la unificación internacional del derecho volverá muy pronto a constituir la finalidad primera del derecho comparado: acaso en forma de unificación doctrinal, útil para contribuir a la legitimación del papel del jurista como detentador de un saber técnico meramente auxiliar de proyectos ajenos.

### 3. *Actividad legislativa y derecho comparado*

Antes de llegar a ser ciencia autónoma, el derecho comparado era en cierto modo respetuoso con el positivismo legislativo. No habiendo tomado conciencia aún de su alcance crítico, solía agotarse en el cotejo de las fuentes formales de producción del derecho. Era, en suma, una comparación que tenía en cuenta únicamente las leyes, sólo acompañadas por la jurisprudencia cuando se tratase de analizar un ordenamiento de *common law*, en el que constituye una fuente formal del derecho.

Precisamente este aspecto fue estigmatizado al nacer el derecho comparado como ciencia autónoma y asumir finalmente tareas distintas a las que les eran confiadas por los estudiosos de otros campos del saber jurídico. Efectivamente, a los comparatistas se les pedía que informasen sobre el tenor de leyes extranjeras: por ejemplo, las que importaban a los tribunales en virtud de los reenvíos previstos por el derecho internacional privado, o las que re-

---

<sup>11</sup> V. Scialoja, «Discorso per l'inaugurazione di Unidroit», en *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1928, p. 478 y P. De Francisci, «Ai giuristi italiani», en *Lo Stato*, 19-20 (1932), p. 674.

sultaban útiles a los operadores económicos interesados en conocer las reglas concernientes al funcionamiento de los mercados exteriores<sup>12</sup>.

Para responder a esas exigencias de orden práctico se habían constituido las primeras asociaciones de derecho comparado y, en concreto, en 1869 la *Société de législation comparé* con sede en París. En su ámbito se desarrollaron las actividades que caracterizaron esa época de la comparación jurídica, especialmente ocupada en suministrar traducciones de textos legislativos extranjeros y publicaciones periódicas destinadas a informar sobre las novedades legislativas foráneas. Si en el área alemana no se siguió fielmente el ejemplo fue sólo por la difusión del positivismo científico, esto es, una aproximación al fenómeno del derecho centrada en las construcciones doctrinales y, eventualmente, en su contexto histórico, y no en las legislaciones nacionales. Por otra parte, también la *Internationale Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre* (Asociación internacional para la ciencia jurídica y la economía política comparadas), constituida en Berlín en 1894, pese a haberse propuesto desarrollar un enfoque alternativo al centrado en el estudio de la legislación, fue especialmente activa en la elaboración de informes sobre las fuentes formales del derecho.

Los fines prácticos de semejante aproximación a la comparación no serían sólo a los tribunales o a los operadores económicos. También los legisladores de la época recurrían a las investigaciones comparatistas durante la elaboración de los más importantes articulados. Para percatarse de ello basta consultar los trabajos preparatorios del Código civil alemán de 1896, que abundaban en referencias, artículo tras artículo, a los Códigos civiles de Austria (1811), Francia (1804), Italia (1865) y Holanda (1838), así como al Código de obligaciones suizo de 1881.

Sin embargo, los legisladores nacionales no siempre mostraban interés por la comparación, ni siquiera en esa versión empobrecida de entonces, o se limitaban a concebirla como cotejo entre el derecho nacional y el derecho romano. En los ordenamientos cuyos legisladores mantenían esa actitud, las referencias al derecho extranjero caracterizaban, en cambio, muchas obras doctrinales que, de todos modos, concentraban su atención en las fuentes formales del derecho. También en este caso se alimentaba la idea de un derecho comparado especialmente atento a cotejos legicéntricos.

En el mundo de *common law* no se dieron problemas de comprensión lingüística, ciertamente, pero no por ello dejó de encomendarse a los compa-

---

12 É. Lambert, *La fonction du droit comparé*, Giard & Brière, París, 1903, pp. 8 ss.

ratistas finalidades de orden práctico. De ahí la constitución en 1896 de la *Society of comparative law* con sede en Londres, que evidentemente concentró su atención en los Estados Unidos y en el Imperio británico, cuyos dominios se extendían a países como Canadá, la India o Australia. En este ámbito eran especialmente solicitadas las averiguaciones sobre el derecho de los pueblos colonizados, útiles al poder político y económico para alimentar sus propios planes expansionistas.

Llegados a este punto, debe decirse que la atención por la legislación no se debía solamente al tipo de contribución esperado de los comparatistas. Éstos consideraban, desde la segunda mitad del siglo XIX, que sus estudios, además de cumplir con fines de orden práctico, permitían «descubrir a la mente numerosas semejanzas entre las leyes, tanto más maravillosas cuanto más alejados en el tiempo estaban los pueblos». Esto se habría de comprobar a través de un «estudio general y desinteresado de legislación comparada», privado, por tanto, de «inmediata utilidad política o jurídica», naturalmente capaz de hacer emerger las «semejanzas de las leyes», de retener «las primeras generalidades con las que se construye una ciencia de la legislación comparada»<sup>13</sup>.

Resuenan en estas afirmaciones los elementos que hemos visto acompañar el nacimiento del derecho comparado como ciencia autónoma, es decir, la construcción de un derecho de la humanidad civilizada, aquí concebido como el resultado de una actividad especulativa dirigida sobre todo a las fuentes formales del derecho. Actividad que, de todos modos, al menos en las declaraciones de principios, debía aspirar a superar el nivel de las palabras del legislador para identificar el «espíritu de las leyes», en la onda de lo que había pretendido realizar Montesquieu, precisamente recurriendo a la comparación, a mediados del siglo XVIII. Él no se había detenido en el mero cotejo de leyes, cuyo espíritu quiso reconstruir a través de investigaciones centradas en el contexto en el que maduran las decisiones de los legisladores nacionales. Justamente a Montesquieu se referiría el primer presidente de la *Société de législation comparée* para señalarlo como punto de referencia para un estudio de los derechos atento a su dimensión histórica y política y elevado así, finalmente, al nivel de ciencia<sup>14</sup>.

Tales propósitos se quedaron en gran parte sin realizar o, en todo caso,

13 E. Amari, *Critica di una scienza* cit., vol. 1, cit., pp. 105 ss.

14 É. Laboulaye, «Études sur l'Esprit des lois de Montesquieu», en *Revue de droit international et de législation comparée*, 1869, pp. 161 ss.

fueron incapaces de alterar la estructura de una investigación comparatista dirigida a esponsorizar la unificación internacional del derecho, pero centrada siempre en las fuentes formales de producción del derecho. Ciertamente, los legisladores nacionales no encontraron la manera de desarrollar textos uniformes de la amplitud y alcance deseados por los estudios de legislación comparada. Y, sin embargo, hizo mella en ellos, al menos, la idea de que la comparación jurídica podía contribuir a mejorar la producción de reglas cumpliendo, en concreto, con la misma función asumida por la experimentación en las ciencias exactas, las ciencias «cuya divisa es: probando y volviendo a probar»<sup>15</sup>.

Evidentemente, un legislador nacional no puede ensayar antes la regulación que pretende adoptar: debe aspirar a elaborar articulados de buena calidad, en la medida en que cualquier mejora posterior constituirá un proceso lento, complejo y costoso. Por esta razón, la utilidad de la comparación para el avance del derecho interno es aún mencionada por la literatura comparatista, en términos que se prestan a coordinarse con el objetivo sucesivo de producir formas de (tendencial) unificación internacional del derecho<sup>16</sup>. De todos modos, esto se refiere únicamente a los ordenamientos dotados de características y contextos culturales asimilables, o que se quieran representar como tales, motivo por el cual el empleo de la comparación con estos fines se produce en el ámbito de investigaciones centradas en el tema de las semejanzas y no en el de las diferencias.

Es obvio que la imitación del derecho extranjero, si no tiene en cuenta el contexto en el que han madurado sus principios y reglas, o si lo hace de modo demasiado superficial, está destinada al fracaso o al menos condenada a producir resultados muy distantes de los que sus fautores pretendían. Sobre este aspecto tendremos ocasión de volver al tratar sobre los llamados trasplantes jurídicos y la posibilidad de rechazarlos (*infra* II.4.2).

#### 4. Comparación y unificación doctrinal del derecho

Como decíamos, el interés y el favor por la unificación internacional del derecho constituyen un punto constante en los listados concebidos para documentar la utilidad de la comparación y conferirle así la dignidad de ciencia.

---

15 I. Tambaro, Voz «Legislazione», cit., p. 425.

16 K. Zweigert, H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato*, vol. 1 (1984), Giuffrè, Milán, 1998, pp. 18 s.

La tensión hacia la unificación es considerada un hecho natural, en línea con un sentimiento difundido también entre los no juristas; son ejemplos la sorpresa de Voltaire ante la circunstancia de que, en sus tiempos, se cambiase de derecho con la misma frecuencia con la que se cambiaba de caballo, o la famosa exclamación del científico Blaise Pascal, pronunciada hacia la mitad del siglo XVII: «¡singular justicia la que tiene como confín un río!»<sup>17</sup>.

Cambian quizás las maneras de expresar este sentimiento y su naturaleza, pero su exteriorización es un elemento recurrente de muchos tratados comparatistas, en los que aparece con la constancia de una auténtica cláusula de estilo. Algunos hacen hincapié en las características de la vida en sociedad, y ponen en evidencia que la unificación del derecho constituye la consecuencia inevitable de la creciente uniformización de las relaciones sociales que acompañan su desarrollo. Otros se concentran, en cambio, en la que es considerada una vocación innata de las ciencias en general: la vocación a la universalidad que, en el caso de la ciencia jurídica, asume los rasgos del redescubrimiento de una cepa común de antigua memoria<sup>18</sup>.

Las características de la vida en sociedad y de la vocación innata de las ciencias pueden ser invocadas, evidentemente, como fundamento de propósitos unificadores específicos. Es lo que ocurre en la construcción del derecho privado de la Unión europea, al que ahora nos dedicaremos para documentar como, en el momento en que la legitimación de un campo del saber se hace depender de la individualización de finalidades específicas, inevitablemente acaba condicionando su agenda cultural y devaluando su potencial aportación crítica.

Hace tiempo que los estudiosos del derecho positivo que se miden con la construcción del derecho privado europeo muestran una profunda insatisfacción por el modo en que viene concebido e impuesto desde arriba<sup>19</sup>. En el punto de mira están los actos normativos sectoriales emanados de las instituciones europeas, elementos de un conjunto considerado fragmentario y caótico, irreductible entonces a las categorías a las que están acostumbrados como estudiosos de un ordenamiento nacional. De ahí la producción de una

---

17 A.F. Schnitzer, *Vergleichende Rechtslehre*, Recht und Gesellschaft, Basilea, 1945, pp. 49 ss.

18 Por ej. A. Tripiccione, *La comparazione giuridica*, Cedam, Padua, 1961, p. 90 y V. Varano, V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, vol. 1, Giappichelli, Turín, 2010<sup>4</sup>, p. 15.

19 V. las contribuciones recogidas en L. Moccia (ed.), *I giuristi e l'Europa*, Laterza, Roma-Bari, 1997.

notable cantidad de contribuciones doctrinales que se limitan a comentar directivas y reglamentos europeos, según un estilo muy cercano al de la Escuela de la exégesis. De ahí también, como alternativa, los intentos de reconstruir improbables sistemáticas capaces de reconducir a la unidad las palabras del legislador europeo, de quien denunciar después las carencias y las peligrosas desviaciones respecto a una tradición que tampoco aparece mejor definida.

Por esta misma razón, hace décadas que se pusieron en marcha iniciativas dirigidas a edificar un derecho privado europeo desde abajo. No se tenían en mente, sin embargo, modos innovadores de construir un consenso democrático en torno a opciones concernientes a la disciplina de la convivencia social. Por el contrario, se quería concentrar en las manos de la ciencia jurídica el poder de indicar las formas y contenidos de la unificación, y con esta finalidad promover la construcción de una ciencia jurídica europea.

Ciertamente, la ciencia jurídica europea no lo habría hecho todo sola: se habría basado en materiales ya existentes, en especial los códigos civiles y su relectura a la luz de las decisiones judiciales y, por tanto, habría construido simplemente el tejido conectivo supranacional capaz de agrupar las palabras de los legisladores y de las jurisprudencias nacionales. En el fondo, esto es lo que siempre ha hecho la doctrina, cuando ha reivindicado o defendido su poder de producir derecho: lo ha ocultado calificando su actividad como orientada a dar sistema y no a crear preceptos. Así redescubría su antigua vocación de ser el motor de la identificación y desarrollo de cuanto constituye el núcleo del derecho común europeo, en la estela de una tradición iniciada en época medieval, brusca y estúpidamente interrumpida por las codificaciones producidas en la edad moderna.

Bien mirado, aquellas codificaciones agrietaron sólo en parte la unidad de la ciencia jurídica. Parecían y parecen todas ellas más o menos referibles, en concreto, a dos modelos, los encarnados por los códigos civiles francés y alemán, y francesas y alemanas eran las categorías utilizadas por las diferentes doctrinas nacionales para interpretar las palabras de sus respectivos legisladores y jueces. Posteriormente ha contribuido al diálogo, si no a la unidad, el recurso al patrimonio constitucional europeo, es decir, al sistema de derechos fundamentales diseñado por el constitucionalismo de posguerra, utilizado de diversas maneras para releer las codificaciones a la luz de una realidad social que había cambiado.

Es verdad que ha sido largamente discutido el alcance efectivo de estas opciones para la convergencia y, sin embargo, han sido numerosas las confluen-

cias espontáneas que se han concretado por esa vía, sobre todo en relación a la interpretación de las vagas fórmulas contenidas en los textos codificados nacionales, empezando por la fórmula de la buena fe. De esta manera se ha fragmentado la unidad formal del sujeto de derecho edificada por el Estado moderno, que había suprimido la diferencia estamental pero producido la diferencia de clase: así la crisis del Estado moderno ha inducido a redescubrir la debilidad social típica de categorías, como las de los trabajadores o los consumidores, que han de equilibrarse con medidas dirigidas a realizar su paridad substancial frente a los detentadores de fuerza social.

Precisamente a partir de esas formas de convergencia espontánea de los derechos privados nacionales, a lo largo de los años ochenta del pasado siglo un grupo de estudiosos europeos coordinados por el danés Ole Lando dio inicio a la redacción de unos Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), con la participación de juristas procedentes de los doce países de la llamada por entonces Comunidad Económica Europea. Lo hizo teniendo cuidado de mantener una posición equidistante respecto a las instituciones europeas y a las nacionales de procedencia: con la finalidad, tal y como se quiso hacer explícito, de preservar la autonomía e independencia en la realización de una obra de fuerte impacto político y económico<sup>20</sup>.

Los Principios de Derecho Europeo de Contratos fueron concluidos con el inicio del nuevo milenio y presentados como instrumentos inmediatamente disponibles para el comercio transfronterizo, a los que los particulares podrían remitirse como a una moderna *lex mercatoria*. En la medida en que se trata de un destilado de soluciones comunes, serían además utilizables como modelo de desarrollo jurisprudencial y legislativo del derecho contractual nacional y, obviamente, como base para futuras iniciativas a nivel europeo<sup>21</sup>.

Este último uso sería valorizado con ocasión del Sexto Programa Marco de Investigación y Desarrollo Tecnológico (2002-2006), cuando la Comisión promovió y financió la constitución de una red internacional de estudiosos de derecho privado europeo, confiándole la tarea de suministrar un Marco Común de Referencia del derecho contractual europeo (CFR): expresión que para algunos oculta el propósito de proceder a una verdadera codificación del derecho civil europeo.

---

<sup>20</sup> O. Lando, «European Contract Law», en *The American Journal of Comparative Law*, 31 (1983), p. 655.

<sup>21</sup> Commissione per il diritto europeo dei contratti, *Principi di diritto europeo dei contratti*, Giuffrè, Milán, 2001 (Partes I y II) y 2005 (Parte III).

En el Marco Común se querían reconducir a la unidad las mejores soluciones comunes adoptadas a nivel nacional y el *acquis communautaire*, suministrando así de manera inmediata principios, definiciones y reglas útiles para mejorar la coherencia y calidad del derecho europeo, además de la base para un posible futuro «instrumento opcional» (COM/2003/68 def. y COM/2004/651 def.): expresión neutra utilizada para evitar la más comprometida de Código civil europeo, que suscitara reacciones opuestas, aunque aparezca frecuentemente en el debate político de las instituciones europeas.

La red de estudiosos implicada por la Comisión europea no ha tenido la misma independencia que pudo caracterizar la actividad del grupo de académicos coordinado por Lando. Efectivamente, la redacción del Marco Común de Referencia debía realizarse exaltando el principio de libertad contractual, devaluando, por tanto, los correctivos desarrollados a nivel nacional en aplicación del principio de paridad substancial. Se consideró también prioritario el enlace entre los estudiosos y los titulares de intereses económicos y profesionales, constituidos en su correspondiente comisión, cuyas indicaciones quisieron considerarse, en cierto modo, vinculantes para la red de estudiosos. Éstos debían, en efecto, abstenerse de tomar decisiones políticas, es decir, de tomar decisiones opuestas a la promoción de la libertad contractual. Debían además seguir las indicaciones de los titulares de intereses económicos, motivando de manera detallada su eventual discrepancia (COM/2005/456 def.).

El Marco Común de Referencia ha sido recientemente completado<sup>22</sup> y usado luego como base para compilar un articulado, dispuesto por académicos y profesionales legales a quienes la Comisión europea encargó la redacción de un texto atendiendo a su futura utilización práctica. El articulado, denominado estudio de factibilidad, está destinado a ser libremente elegido, en especial por empresas y consumidores, como derecho de contratos ulterior a los derechos nacionales (COM/2010/348 def.). Ha sido de nuevo valorado por los titulares de intereses económicos y profesionales, cuyas indicaciones están ahora a disposición de la Comisión.

Se demuestra así, también en esta última fase, el papel efectivamente desempeñado por los comparatistas en la construcción del derecho privado europeo. Si bien han incentivado el desarrollo de una ciencia jurídica europea, no le han restituido los fastos de la época del derecho común histórico, cuando podía ser plenamente considerada fuente del derecho. Por el contrario, la

---

22 Ch. von Bar *et al.* (eds.), *Draft Common Frame of Reference*, Sellier, Munich, 2009.

doctrina comparatista se ha degradado a mera traductora a términos técnicos de voluntades maduradas en otros contextos, en particular en los centros de intereses económicos, que se valen de ello para asumir la función de fuentes del derecho privado europeo.

En estas circunstancias, los comparatistas acaban endosándose los hábitos de una doctrina resuelta a alimentar el positivismo legislativo o, al menos, una versión revisada de éste: las decisiones políticas a las que prestan abrigo son las adoptadas por el mercado, más que por el circuito democrático. Precisamente esta circunstancia es ocultada por la retórica que acompaña la individualización de los preceptos destinados a componer el derecho común europeo. En el momento en el que aparecen presentados como las mejores soluciones comunes, terminan adoptando el ropaje de decisiones neutrales y técnicas, desligadas de su inspiración política normativa, desconectadas del hecho de que representan visiones bien definidas de la vida en sociedad.

En suma, la construcción del derecho privado europeo, exactamente igual que cualquier obra de unificación del derecho, concierne a la distribución imperativa de valores y bienes y, por tanto, a la búsqueda de compromisos en torno a las opciones sobre el modo de coordinar intereses contrastantes y organizar así la convivencia social. Descuidando este aspecto, la comparación pierde toda su carga subversiva<sup>23</sup> o, peor aún, la pone a disposición de quien tiene interés en acreditar como opciones técnicas inevitables lo que son decisiones políticas que no carecen de alternativas.

##### 5. *El uso jurisprudencial de la comparación*

Se ha debatido entre los comparatistas otra manera de construir desde abajo el derecho privado europeo, una modalidad que no hace tanto hincapié en la aportación de la ciencia jurídica como en la creatividad de los jueces nacionales. Se invita a éstos a emprender recorridos hermenéuticos paneuropeos estableciendo, por ejemplo, que los Tribunales supremos de los Estados nacionales estén obligados a atribuir recíprocamente autoridad persuasiva a sus precedentes y se favorezca así la aparición de orientaciones comunes.

---

<sup>23</sup> M.R. Marella, «La funzione non sovversiva del diritto privato europeo», en O. Troiano, G. Rizzelli, M.N. Milletti (eds.), *Harmonisation involves history?*, Giuffrè, Milán, 2004, pp. 203 ss.

Obsérvese que de esta manera se invoca un uso jurisprudencial del derecho extranjero y, por tanto, de la comparación, distinto a la hipótesis en la que es impuesto por el derecho internacional privado cuando la controversia que ha de resolverse posee elementos de internacionalidad. Es decir, se trata de un uso complementario y facultativo, un expediente retórico al que recurrir en el ámbito de argumentaciones encaminadas a promover el acercamiento de los derechos nacionales.

También esta propuesta, como la de actuar a través de la doctrina, es apoyada con referencias a la tradición del derecho común histórico, en la que los tribunales recurrían frecuentemente a la ley del lugar vecino para resolver las controversias<sup>24</sup>. En los ordenamientos de *common law* esta práctica es todavía frecuente, siendo el corolario de una cultura del derecho centrada en la dimensión temporal, más que en la espacial: una cultura para la que la difusión de soluciones jurisprudenciales innovadoras constituye un vehículo fundamental para la adecuación de la experiencia jurídica a los cambios de la realidad social. En los países de *civil law*, en cambio, las referencias de los tribunales a las leyes del vecino han sido impedidas por el proceso de centralización de la producción del derecho culminado con la codificación. Aunque no han faltado ni, sobre todo, faltan invitaciones a reconstruir un diálogo entre tribunales nacionales, más insistentes cuanto mejor se percibe la crisis de los mitos encarnados por la codificación y, por tanto, la necesidad de proceder a una integración del articulado, tal vez a partir de las disposiciones dedicadas a su interpretación.

El punto de referencia para la experiencia italiana es el artículo que, en la hipótesis de que una controversia no pueda ser decidida con una disposición específica, remite a reglas concernientes a casos similares o materias análogas y a los principios generales del ordenamiento jurídico estatal (art. 12 disp. prel.). En la intención del codificador, esta última referencia servía como prohibición a los jueces de recurrir al derecho extranjero y de atentar por ese camino contra las peculiaridades del derecho nacional. Sin embargo, esa prohibición fue inmediatamente relativizada: no afectaba a la eventualidad de una remisión a la tradición científica nacional y, a través de ella, al derecho romano y al derecho común. Muy pronto se añadió que la referencia al derecho extranjero era admitida si venía exigida por la interpretación histórica de una disposición tomada en préstamo de un ordenamiento ajeno: siendo con-

---

24 Cfr. G. Gorla, «Il ricorso alle legge di un “luogo vicino” nell’ambito del diritto comune europeo», en *Foro italiano*, 1973, V, cc. 91 ss.

siderado el Código civil italiano un articulado de matriz francesa escrito con el lenguaje prestado por la doctrina alemana, se abrían no pocas perspectivas al uso jurisprudencial del derecho extranjero. Más recientemente, este uso se considera legitimado por la referencia a la analogía que, a diferencia de los principios generales, no menciona el atributo de la estatalidad<sup>25</sup>.

En el ordenamiento suizo el mismo resultado podría fundamentarse perfectamente en cuanto está establecido, en términos decididamente más explícitos, por el Código civil. En caso de laguna que no pueda colmarse de otro modo, se le permite al juez formular la regla «que él adoptaría como legislador» (art. 1). Y puesto que actualmente los legisladores suelen inspirarse en las soluciones elaboradas en el extranjero, lo mismo están legitimados (si no obligados) a hacer los tribunales.

Llegados a este punto, podemos también recordar la referencia del Código civil austriaco a los principios del derecho natural como fuente a la que recurrir en última instancia para colmar eventuales lagunas (par. 7). Algunos consideran que esta referencia es capaz de elevar al rango de fuente los articulados elaborados a nivel internacional a partir de investigaciones de derecho comparado: en concreto, los Principios Unidroit de contratos mercantiles internacionales y los Principios de Derecho Europeo de Contratos elaborados por la Comisión Lando (*supra* II.1.4)<sup>26</sup>.

Estos y otros posibles fundamentos del uso jurisprudencial facultativo de la comparación no conciernen sólo a las hipótesis en las que se promueven explícitamente formas de unificación internacional del derecho. Hay otros casos en los que ese uso contribuye simplemente a legitimar la adopción de soluciones imaginativas, quizás en contraste con la letra de la ley o con una orientación doctrinal dominante. Sin embargo, también en estos casos se acaba usando la comparación en clave unificadora, al menos en el ámbito de ordenamientos pertenecientes a la misma tradición que es inducida, por tanto, a cambiar de acuerdo con líneas culturales compartidas. Realmente, la fuerza persuasiva de la referencia a un derecho extranjero es tanto más elevada cuanto más comparte este último los mismos valores de fondo en los que se reconoce el derecho candidato a importar sus soluciones. Esto se deduce, por ejemplo, de las decisiones de los Tribunales constitucionales de los

---

25 P.G. Monateri, A. Somma, «“Alien in Rome”. L’uso del diritto comparato come interpretazione analogica ex art. 12 preleggi», en *Foro italiano*, 122.2 (1999), cc. 47 ss.

26 Por ej. W. Posch, «Judikative Rechtsangleichung», en *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 3 (1998), pp. 521 ss.

países occidentales, cada vez más comprometidos con el reconocimiento de nuevos derechos, cada vez más atentos a apoyar sus orientaciones mediante retóricas centradas en el cotejo con ordenamientos pertenecientes a la misma área cultural<sup>27</sup>.

Una conocida decisión judicial italiana ejemplifica los términos en los que son empleados modelos extranjeros para determinar una evolución del ordenamiento que se considera obstaculizada por la letra de la ley. Se trata del pronunciamiento del Tribunal constitucional que ha menoscabado el principio de la absoluta inexcusabilidad de la ignorancia de la ley penal (art. 5 cód. pen.), negando concretamente que sea aplicable en la hipótesis de error de derecho inevitable, o sea, cuando exista «imposibilidad objetiva de conocimiento del precepto» y las «cogniciones específicas del individuo» no sean idóneas para suministrarlo. Esta orientación se basa en reflexiones plagadas de referencias a los «códigos penales alemán occidental, austriaco, suizo, griego, polaco, yugoslavo, japonés», según las cuales el principio de la absoluta inexcusabilidad de la ignorancia de la ley penal «nunca ha sido positivamente afirmado con carácter absoluto». El Tribunal precisa además que ulteriores medidas, como la previsión de atenuación de la pena en caso de ignorancia evitable de la ley penal, podrían ser concebidas por el legislador en correspondencia con una solución acogida por la codificación penal alemana (Corte cost., 24 de marzo de 1988, n. 364).

Para documentar el uso jurisprudencial de la comparación dirigido a producir una evolución del ordenamiento obstaculizada por la doctrina, podemos en cambio acudir a una decisión alemana en materia de daño moral. El Código civil alemán establece su resarcibilidad sólo en los casos previstos por la ley (par. 253), que no menciona explícitamente la hipótesis del daño al derecho general a la personalidad. La doctrina lo compartía manifestando, entre otras cosas, que iba en defensa de la libertad de imprenta, amenazada por formas excesivamente amplias de tutela de la persona. Para superar las objeciones el Tribunal Supremo alemán ha pasado revista a los ordenamientos que prevén tutela resarcitoria al daño moral provocado por una lesión del derecho general a la personalidad, poniendo de relieve que esta forma de tutela no ha supuesto «un ataque inadmisibles a la libertad de imprenta constitucionalmente protegida, ni siquiera una amenaza inadmisibles a dicha libertad». La conclusión era la de que el ordenamiento alemán podría desarrollar

---

27 L. Pegoraro, A. Rinella, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Cedam, Padua, 2002, pp. 267 ss.

su propio sistema de tutela de los derechos individuales sin menoscabar por esa sola razón los fundamentos del Estado de derecho (BGH, 5 de marzo de 1963, VI ZR 259/60).

Es verdad que no son muchos los casos en los que los tribunales nacionales utilizan explícitamente referencias no obligadas al derecho extranjero. Y, sin embargo, son decididamente abundantes los casos en los que referencias similares actúan de manera implícita, sin apenas dejar rastro. También en los ordenamientos de *civil law* la apertura de los tribunales a la comparación jurídica es, por tanto, mayor de la que se desprende de una lectura superficial de sus pronunciamientos, y es normalmente empleada en clave constructiva: como término de parangón positivo, como punto de referencia para la imitación.

#### 6. *La comparación jurídica postmoderna*

Mayoritariamente, el uso jurisprudencial de la comparación se produce para legitimar formas de unificación del derecho, pero puede también ser dirigido a operaciones de signo opuesto. Es decir, puede servir para rechazar la evolución de un derecho nacional en sentido unificador, para promover su diferenciación de otros derechos y justificar así la persistencia de su alteridad. En tal caso puede hablarse de un uso complementario de la comparación, destructivo (desde el punto de vista de su empleo en clave unificadora<sup>28</sup>), es decir, de una comparación identitaria.

Es ejemplo de este uso una decisión judicial relativa al llamado contrato de gestación o maternidad subrogada, vulgarmente conocido como vientre de alquiler, ahora explícitamente prohibido por la regulación italiana de la reproducción asistida (art. 12, ley 40/2004).

La decisión judicial, anterior a la prohibición, venía motivada por la demanda de cumplimiento del vínculo contractual presentada por los padres intencionales o contratantes, ante la negativa de la gestante o madre sustituta a entregarles al recién nacido. De la lectura de la sentencia se deriva que la demanda estaba sustentada en referencias a la experiencia estadounidense, en la que tales contratos son admitidos por estar fundados en el derecho a la reproducción, derecho especular respecto al de no procrear a través de la con-

---

<sup>28</sup> A. Somma, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Giuffrè, Milán, 2001, pp. 170 ss.

tracción y el aborto, además del «derecho del hijo a entrar a formar parte de la familia que pueda asegurarle el mayor bienestar». El Tribunal italiano rechazó la demanda, en la medida en que consideró que el ordenamiento italiano está fundado en principios opuestos a los que, en el ordenamiento estadounidense, permiten sustentar la validez del contrato de maternidad subrogada. En efecto, del texto constitucional se desprendería que no cabe reconocimiento de un «deseo o interés cualesquiera por la prole», además de «la infungibilidad de los deberes personales y económicos conexos con la potestad de los padres» (Trib. Monza, 27 de octubre de 1989).

Llegados a este punto, podemos generalizar el esquema utilizado en el uso jurisprudencial de la comparación en clave destructiva y relacionarlo con el empleado en su uso constructivo. En ambos casos se han tenido en cuenta derechos que, con terminología etnocéntrica, son considerados propios de la humanidad civilizada. En la hipótesis del uso constructivo, sin embargo, al querer apoyar propósitos unificadores, se han exaltado los elementos comunes y se han ignorado los motivos distintivos, que podrían haber sido identificados atendiendo al contexto en el que actúa la solución técnico-jurídica. El contexto ha sido, en cambio, valorado en la hipótesis de uso destructivo de la comparación jurídica, dirigido a subrayar las diferencias que estaban naturalmente destinadas a emerger en el momento en el que la solución técnico-jurídica fuese anclada a las circunstancias concretas en las que había tomado cuerpo: es decir, a lo que hemos indicado como experiencia y tradición jurídicas.

Tradicionalmente la comparación jurídica ha perseguido objetivos mediante la exaltación del perfil de las identidades, más que el de las diferencias, presentadas estas últimas como solo aparentes. Es decir, ha sido una comparación que une, más que una comparación que divide, con demasiada frecuencia orientada a satisfacer las condiciones necesarias para el progreso humano, concebido como movimiento unidireccional hacia una meta ineludible.

Dicho de otro modo, la comparación jurídica se ha puesto tradicionalmente al servicio de la modernidad y ésta ha producido, por un lado, tensiones identitarias, como las que se refieren al proceso de construcción del Estado nacional. Por otro lado, la modernidad ha cebado también (y sobre todo) tensiones hacia una estandarización forzada de las relaciones humanas: lo que, en la terminología weberiana, se define como racionalización coercitiva de la existencia. Es decir, ha combatido la tradición y el pluralismo de las identi-

dades, asignando a la comparación la tarea de secundar el etnocentrismo y el darwinismo social llamado a potenciar y propagar el nuevo rumbo. En este sentido, Friedrich Nietzsche afirmaba que la modernidad era la «edad del parangón», la época en la que dedicarse al cotejo de las diversas concepciones del mundo, algo antes impedido por los ligámenes espacio-temporales, es decir, por el «dominio siempre localizado de toda civilización». Precisamente la cultura del parangón habría permitido adoptar por fin «una elección entre las formas y las costumbres de moralidad superior, cuya meta no puede ser otra que la desaparición de las moralidades inferiores»<sup>29</sup>.

Exactamente este proyecto es contestado desde la postmodernidad, conjunto de variadas opciones culturales agrupadas con el propósito de contraponerse a las tensiones unificadoras de la modernidad, de combatir su aspiración a la «programación de la totalidad social»<sup>30</sup>. Todo ello mientras se denuncia el fracaso de aquellas tensiones, que no han hecho más que alimentar una nueva jerarquía de poder, caracterizada en su vértice, en efecto, por una gran movilidad y en su base, en cambio, por una inmovilidad invencible e invalidante<sup>31</sup>.

De la crítica a la comparación moderna como práctica unificadora ha surgido la propuesta de desarrollar una comparación postmoderna, militante en la medida en que se propone las mismas finalidades explícitas que la línea de pensamiento a la que se refiere: quiere subrayar las diferencias frente a quienes intentan sofocarlas exaltando los puntos en común; quiere promover, por tanto, «la identidad cultural de los pueblos y de los individuos», elevando el pluralismo a «valor jurídico».

La comparación jurídica postmoderna pretende así llamar la atención del estudioso sobre los múltiples nexos existentes entre las construcciones técnico-jurídicas y el contexto en el que han madurado. Ciertamente, se trata de un contexto histórico, pero sin duda debe evitarse tomar en consideración extensiones temporales excesivas: éstas, como las extensiones espaciales, terminarían eliminando o limitando fuertemente la incidencia de los elementos sobre los que se funda la diversidad de los casos estudiados. En este sentido, la comparación postmoderna se interesa por la fugacidad, desdeña el «dato históricamente consolidado», quiere «concentrarse en lo contemporáneo,

---

29 F. Nietzsche, *Umano, troppo umano* (1878), vol. 1, Adelphi, Milán, 1995, pp. 32 s.

30 J.-F. Lyotard, *La condizione postmoderna* (1979), Feltrinelli, Milán, 1999, p. 27.

31 Z. Bauman, *La società individualizzata* (2001), Il Mulino, Bolonia, 2002, p. 50.

cuyo destino aparece incierto»<sup>32</sup>; afronta críticamente los llamamientos a valorar la dimensión histórica, recurrentes desde el mismo momento en que la comparación se constituyó como ciencia autónoma.

Debe entenderse, por tanto, que el rechazo de la dimensión histórica constituye el rechazo de un cierto uso de la historia, el que transforma las referencias al pasado en expedientes retóricos dirigidos a ocultar las rupturas en la evolución de las experiencias jurídicas: precisamente lo que hacen quienes cultivan el enfoque histórico comparativo y contribuyen a la construcción del derecho europeo siguiendo los dictados de la Neopandectística (*supra* II.1.1).

### 7. La incommensurabilidad de las tradiciones jurídicas

La tutela de las identidades, como objetivo cuya persecución transforma la comparación en ciencia militante, no se concilia bien con la idea según la cual, precisamente como ciencia, debe ésta limitarse a describir las características de los objetos observados: a poner de relieve el carácter original de los ordenamientos jurídicos pero, si es el caso, también sus puntos de convergencia. Es cierto que, en el momento en que el estudio de un ordenamiento se combina con la valoración de sus coordenadas espacio-temporales, la manifestación de los puntos de divergencia, más que la de los motivos de convergencia, acaba emergiendo casi de manera natural (*infra* III.1.1). Sin embargo, cuando afirma querer describir más que prescribir, la comparación jurídica no puede anticipar el resultado de su modo de analizar el fenómeno del derecho, convirtiéndolo en un horizonte fijo del cotejo. Es decir, quien define la comparación como ciencia dirigida a poner de relieve analogías y diferencias, no puede luego limitarse a confeccionar descripciones en las que favorezca apriorísticamente a las segundas en perjuicio de las primeras.

No se quiere aquí alimentar la impresión de que el derecho comparado deba y, sobre todo, pueda proporcionar mediciones objetivas de esas analogías y diferencias. No se quiere afirmar que, además de constituir una ciencia, deba y pueda asumir un punto de vista científicista, es decir, el que atribuye a las ciencias sociales las características de las ciencias naturales, capaces de resolverse en un explicar disfrazado de objetividad y neutralidad, en lugar de un comprender afligido por parcialidades ineludibles (*supra* I.1.3). Se preten-

---

<sup>32</sup> E. Jayme, «Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione», en *Rivista di diritto civile*, 43.I (1997), pp. 813 ss.

de simplemente aclarar que la sintonía con las finalidades de la comparación, con su posicionamiento al servicio de un discurso identitario o, por el contrario, homologante, no puede determinar en sí la mayor o menor bondad de un cotejo entre construcciones jurídicas. Es lo que hemos observado a propósito de la unificación internacional del derecho, finalidad constitutiva de la comparación como ciencia autónoma, considerada aún por muchos su principal razón de ser. Y lo mismo corroboramos cuando se piensa en refundar la comparación jurídica como campo del saber finalmente volcado en la exaltación de las diferencias: si no fuese así, nuevas finalidades acabarían promoviendo impostaciones antiguas y ya superadas.

Dicho de otro modo, no puede afirmarse que el comparatista, también cuando valora el contexto de las construcciones técnico-jurídicas objeto de sus análisis, no puede poner en evidencia momentos de convergencia: no se puede concluir en términos perentorios que «el partidario de la unificación del derecho es el exacto contrario del comparatista»<sup>33</sup>. Pues la comparación, por militante que sea, no se puede resolver en un ejercicio intelectual destinado a fabricar discursos centrados en el tema de las identidades, y a aparecer improductivo y deslegitimado si se ejercita en la tentativa de lanzar puentes entre esas identidades.

En cambio, es precisamente esto lo que sostienen algunos de los estudiosos que exaltan el derecho en su esencia de práctica discursiva, cuyo sentido se constituye a través de la interpretación, tal y como explica quien piensa en una inevitable vocación nihilista de la hermenéutica (*supra* I.1.3). Desde este punto de vista, la comparación jurídica asume el perfil de un cotejo entre discursos en torno al derecho que son únicos y contingentes; un cotejo destinado a ocuparse de los elementos de los que esos discursos derivan su alteridad y «ambigüedad» y a descuidar, por el contrario, aquellos otros de los que se pretenden extraer «analogías y paralelismos». De ahí la definición del análisis comparativo como análisis «diferencial», desarrollada a partir de la constatación de que «el derecho no conoce sino la diversidad» y de que los ordenamientos jurídicos, considerados con el criterio de «tradiciones», son «inconmensurables»<sup>34</sup>.

Como dijimos, esta conclusión parece inaceptable, especialmente en la medida en que subordina la legitimidad de la comparación a la persecución

---

33 P. Legrand, *Le droit comparé*, PUF, París, 1999, pp. 36 s.

34 P. Legrand, «L'analyse différentielle des juriscultures», en *Revue internationale de droit comparé*, 51.4 (1999), pp. 1053 ss.

de un determinado objetivo, sea éste el de exaltar los elementos comunes, sea por el contrario el de subrayar las diferencias. Podrá discutirse, sin duda, la utilidad de los cotejos entre construcciones jurídicas maduradas en contextos demasiado alejados entre sí, pero no cabe creer que la valoración del contexto implique siempre y sea como sea la aparición de distancias insalvables. Haciéndolo se formulan, más que nada, juicios de orden moral, como los sintetizados aun hoy en la idea de la inconmensurabilidad de sucesos históricos dramáticos como el Holocausto, o juicios de orden político, como los que formulaban en su época los fautores del derecho socialista, que no consideraban comparable con el derecho burgués.

Estando así las cosas, si se quiere encomendar a la comparación una tarea militante parece entonces más productivo promover un derecho comparado que valore la diferencia y la defienda y que, en ese sentido, alimente el punto de vista al que realmente remite la referencia a la tradición jurídica. Efectivamente, las tradiciones jurídicas son en su mayor parte «tradiciones complejas», auténticos contenedores de «tradiciones internas» surcados por «tradiciones transversales»: tramas horizontales en las que se alimentan naturalmente «formas de interdependencia recíproca» (*supra* I.2.3). Es decir, son el fruto de una coordinación entre diversidades, que denota una capacidad intrínseca de resolver «en su propio interior las cuestiones de inconmensurabilidad y conflicto». Y si se demuestra posible reconocer y recomponer diversidades en el interior de una misma tradición, algo parecido debería poderse hacer en el cotejo de tradiciones diversas que, por tanto, no se ve menos legitimado cuando ilumina momentos de convergencia<sup>35</sup>.

En suma, las tradiciones jurídicas no constituyen monolitos incapaces de alimentar y promover el pluralismo; no son entidades identitarias destinadas a excluirse mutuamente. La comparación jurídica puede entonces estudiarlas, enfocando la diversidad indispensable para preservar su identidad, pero evitando reducirla a una inconmensurabilidad que niegue su interdependencia.

---

35 H.P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo* (2010), Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 561 ss.

## Capítulo segundo

### Sistemas y familias de sistemas

#### 1. *El derecho comparado como geopolítica*

En muchos aspectos, la comparación jurídica como ciencia autónoma nace como sistemología, es decir, como tentativa de identificar agrupaciones de ordenamientos nacionales basadas en sus principales características, normalmente llamadas «familias». No es que, antes de ese momento, no existieran referencias a las familias o a conceptos asimilables; pero no parecían especialmente meditadas ni, en todo caso, se presentaban como derivaciones de una macrocomparación consciente.

Desde este punto de vista, el congreso parisino de 1900 muestra un cambio de tendencia, inducido tal vez por la contraposición entre quien quería dedicarse al derecho universal y quien, en cambio, quería limitarse a considerar el derecho común a los sistemas dotados de un mismo nivel de civilización (*supra* II.1.2). Verdaderamente, esta segunda opción obligaba a dedicarse a la identificación de esos últimos sistemas, operación preliminar a la construcción de agrupaciones homogéneas o familias de sistemas, esto es, a su clasificación. Eso explica también el modo en que se realizó esa construcción, como tendremos ocasión de corroborar (*infra* II.2.3), es decir, desde un punto de vista típicamente occidental que, al fin y al cabo, es el punto de vista inevitable para quien está acostumbrado a describir el mundo empleando categorías evolucionistas y etnocéntricas, categorías típicamente occidentales.

No se crea, por otra parte, que con esto se agota la íntima parcialidad de las clasificaciones de sistemas. También y especialmente en el interior del área occidental, al igual que en su relación con las áreas en las que advierte competencia, la identificación de las familias, y del sistema representativo de una familia, constituye a menudo la consecuencia de estrategias culturales en cuya defensa participa el análisis comparatista. Si se valora el derecho en su esencia de instrumento de poder es, por lo demás, consecuente considerar

el derecho comparado como expresión de un proyecto de *governance*<sup>1</sup> y la sistemología jurídica como un campo del saber referido a la realización de una «geografía de los cuerpos políticos»: como una geopolítica. Y es causa también de que la clasificación de sistemas, su mero mapeo, sea en realidad funcional a la ordenación de los mismos: dicho de otro modo, la sistemología constituye una forma de geopolítica también y sobre todo en la medida en que es utilizada para producir una «jerarquía mundial de las grandes familias», además de una «jerarquía interna en cada una de ellas entre el tipo representante y el tipo representado»<sup>2</sup>.

Esa manera de concebir la sistemología se confirmó ya con la clasificación propuesta por uno de los protagonistas del Congreso parisino de derecho comparado de 1900. En aquella ocasión, Adhémar Esmein consideró provechoso clasificar sistemas basándose en su carácter «original», que había que hacer emerger valorando su «formación histórica», además de elementos no mejor definidos: «la estructura general y los rasgos distintivos». El resultado reflejaba el equilibrio entre las potencias de la época y las subdivisiones del mundo en las respectivas áreas de influencia, correspondientes a las siguientes «familias o grupos»: latino, anglosajón, germánico, eslavo y musulmán<sup>3</sup>, representativos de las esferas de poder de la Tercera República francesa, de la Inglaterra victoriana, del Reich alemán, de la Rusia zarista y del Imperio otomano.

Alrededor de dos décadas después, durante las cuales había tenido lugar, entre otras cosas, el primer conflicto mundial, esta clasificación era considerada «desusada». En el volumen dedicado al cincuentenario de la *Société de législation comparée*, el francés Henri Lévy-Ulmann quiso identificar las familias de sistemas valorando, además del dato «étnico», también las características del sistema de fuentes y de los modos en los que evoluciona el derecho. El resultado, pensado sobre todo para las materias privatísticas, fue la identificación de tres familias o «grandes sistemas»: los países continentales de derecho escrito y codificado, los países de lengua inglesa de «costumbre jurisprudencial» y los países islámicos de carácter religioso, como tales dife-

1 D.W. Kennedy, «The Methods and Politics», en P. Legrand, R. Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 345 ss.

2 P.G. Monateri, *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Laterza, Roma-Bari, 2013, pp. 11 ss.

3 A. Esmein, «Le droit comparé et l'enseignement du droit», en *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1900, p. 379.

renciados por una «inmovilidad casi absoluta»<sup>4</sup>. De esta manera la distinción entre un derecho de matriz francesa y un derecho de matriz alemana era recompuesta en favor de una categoría, la del derecho continental, evidentemente pensada para exaltar el rol hegemónico de Francia: el rol asumido por los códigos en el sistema de fuentes es el rasgo distintivo del derecho continental, y es el Código civil francés el código por antonomasia.

Obsérvese que las clasificaciones trazadas para unificar los ordenamientos del área continental tenían éxito también en experiencias que, respecto a la francesa, eran consideradas periféricas. En Italia las utilizaba Michele Sarfatti, aunque precisando que era necesario diferenciar entre códigos genuinamente latinos y códigos germánicos, modelados los primeros sobre el ejemplo francés. Sin embargo, Sarfatti añadía que no era ése el punto de referencia de la identidad continental, fundada en cambio en la compilación justinianea, tal y como había sido adaptada por la Escuela de Bolonia a la «sociedad política occidental». Considerada un «cuerpo de derecho romano italiano»<sup>5</sup>, acababa restituyendo centralidad a un derecho nacional que, de otra manera, asumiría una posición residual en relación al derecho francés.

Por el contrario, la categoría del derecho continental no podía secundar las tensiones identitarias de quienes cultivaban el derecho latinoamericano, que mostraban su comprensible impaciencia por una categoría que les condenaba al papel de periferia de un centro lejano. En el período al que nos referimos, anterior al estallido del segundo conflicto mundial, en muchos países latinoamericanos se había intentado construir regímenes democráticos: en alguna ocasión con éxito, aunque a menudo limitado en el tiempo. En todo caso, estaba extendida la intención de marcar distancias con lo que estaba ocurriendo en el área occidental: concretamente, el advenimiento del fascismo en el sur de Europa o el del socialismo en los Países del Este.

De ahí la propuesta de agrupamientos que exaltasen la vocación democrática de algunas experiencias latinoamericanas, que había que evidenciar tomando como punto de referencia el origen histórico de las codificaciones del derecho civil. Desde esa perspectiva, el argentino Enrique Martínez Paz

---

4 H. Lévy-Ulmann, «Observations générales sur les communications relatives au droit privé dans les pays étrangers», en *Les transformations du droit dans les principaux pays depuis cinquante ans (1869-1919)*, t. 1, Librairie du Conseil d'État et de la Société de législation comparée, París, 1922, pp. 85 ss.

5 M. Sarfatti, *Introduzione allo studio del diritto comparato*, Giappichelli, Turín, 1933, pp. 51 ss.

distinguía entre un derecho «consuetudinario bárbaro», típico, por ejemplo, de Inglaterra; un derecho «bárbaro-romano», como el francés o el alemán; un derecho «bárbaro-romano-canónico» al que remitir las experiencias española y portuguesa, y un derecho «romano-canónico-democrático». Este último comprendía los regímenes «democrático-liberales», como el brasileño, las experiencias «democrático-sociales», como la suiza, y los ordenamientos «democrático-sociales», como el soviético<sup>6</sup>.

Particular consciencia geopolítica mostraron las clasificaciones propuestas tras el segundo conflicto mundial, destinadas a posicionar a los ordenamientos nacionales dentro de la repartición del mundo dictada por los nuevos equilibrios: los Estados Unidos habían emergido definitivamente como punto de referencia entre los ordenamientos de *common law* y se habían puesto a la cabeza del bloque occidental contrapuesto al bloque soviético.

La clasificación más representativa de los nuevos equilibrios es la propuesta por el francés René David. Quiso éste identificar los rasgos distintivos de los varios derechos considerando ante todo elementos de carácter jurídico, más que extrajurídico, aunque individualizados a partir de un punto de vista externo: además de su «origen histórico», cuestiones como la «cultura profesional» de los juristas, sus «técnicas de trabajo», su «vocabulario» y sus «conceptos». Por otra parte, las diferencias que se registraban respecto a características similares de orden «técnico» no debían oscurecer las semejanzas en el plano «ideológico»: el que concierne a las «concepciones de la justicia», las «creencias religiosas o filosóficas» y las «estructuras políticas, económicas o sociales». Desde este punto de vista, había que relativizar la distinción entre países de derecho codificado y países de lengua inglesa, pues ambos podían ser considerados parte del «mundo occidental fundado en los principios morales del cristianismo, en los principios políticos y sociales de la democracia liberal, y en una estructura económica capitalista». Sólo dentro de ese ámbito se podía distinguir entre derechos codificados y no codificados, referidos los primeros a la familia romano-germánica, dentro de la cual se confunden los derechos alemán y francés, este último colocado en posición dominante<sup>7</sup>.

Al mundo occidental se contraponía evidentemente el mundo soviético,

---

6 E. Martínez Paz, *Introducción al estudio del derecho civil comparado*, Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1934, pp. 154 ss. V. también C. Beviláqua, *Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado*, Livraria Magalhães, Bahía, 1897.

7 R. David, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1950, pp. 215 ss.

fundado en el credo socialista y en las enseñanzas correspondientes, alternativas a las occidentales en todos los campos mencionados. Junto a las familias surgidas en torno a los protagonistas de la inminente Guerra fría, se podían luego reconocer otros tres sistemas de derecho en posición absolutamente subordinada: el musulmán, el hindú y el chino. En un tratado posterior en algunos años, David los reconducirá a la categoría de los «sistemas filosóficos o religiosos», que comprendía, además del derecho musulmán y el derecho hindú, el derecho de Extremo Oriente, chino y japonés, y el derecho de África y Madagascar<sup>8</sup>.

La asimilación de los derechos de matriz francesa y alemana, es decir, la individualización del sistema romano-germánico como familia dominada por el primero de ellos, no fue retomada en una obra del mismo periodo elaborada por un grupo de comparatistas de procedencias diversas: el francés Pierre Arminjon, el ruso Boris Nolde y el alemán Martin Wolff. Éstos distinguieron siete familias de sistemas surgidas en torno a otros tantos «centros de irradiación jurídica», cuyos caracteres son valorados «independientemente de los factores externos»: francesa, germánica, escandinava, inglesa, rusa, islámica e hindú<sup>9</sup>. De esta manera, la contraposición entre sistemas capitalistas y sistemas socialistas se difuminaba, el derecho germánico readquiría identidad frente al francés, mientras la patria del *common law* recuperaba terreno respecto al área estadounidense.

## 2. *El estilo de los sistemas y la mentalidad jurídica*

A principios de los años setenta del pasado siglo dos autores alemanes, Konrad Zweigert y Hein Kötz, publicaron una introducción al derecho comparado destinada a ser durante mucho tiempo obra de referencia para los estudiosos de la materia. Desde el punto de vista geopolítico, la clasificación propuesta seguía las huellas de las que pretendían recuperar la visibilidad del derecho alemán, obscurecido por el énfasis puesto en la contraposición entre el bloque socialista y Occidente y por el intento, además, de presentar a este último como caracterizado por la distinción entre países de *common law* y

8 R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, París, 1964, pp. 18 ss.

9 P. Arminjon, B. Nolde, M. Wolff, *Traité de droit comparé*, vol. 1, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1950, pp. 47 ss.

países de la familia romano-germánica. En efecto, Zweigert y Kötz retomaron la clasificación propuesta por Arminjon, Nolde y Wolff, y distinguieron cuatro familias occidentales: romana, germánica, angloamericana y escandinava. A éstas se contraponían una familia socialista y tres familias residuales: el derecho de Extremo Oriente, el islámico y el hindú<sup>10</sup>.

De especial interés (y fortuna) es el criterio utilizado para llegar a esta clasificación, precedido por el denominado principio de la relatividad por materia y de la relatividad temporal: cada agrupamiento debe ser valorado en referencia al sector del ordenamiento a partir del cual ha sido elaborado, aquí el derecho privado, y teniendo en cuenta el contexto histórico que, en caso de cambiar, puede perfectamente producir distintos resultados clasificatorios. Dicho esto, la clasificación propuesta pretendía agrupar ordenamientos nacionales a partir de un concepto recurrente en la lingüística y en las artes figurativas, aunque usado también en las ciencias sociales: el concepto de estilo.

El «estilo de un sistema» (entendido como familia de sistemas) está determinado por factores de tipo jurídico, aunque obtenidos desde un punto de vista externo sobre el derecho y, por tanto, al menos implícitamente, por elementos de orden extrajurídico<sup>11</sup>. Estos últimos no son, sin embargo, privilegiados, en la medida en que no se considera que el recurso a «criterios de clasificación externos» produzca resultados atendibles: en esta consideración se funda la crítica dirigida, en particular, contra los agrupamientos defendidos por David, quien efectivamente insistía en los factores ideológicos como base de las clasificaciones.

El primer factor que influye en el estilo del sistema es la «evolución histórica» de los ordenamientos: en él se apoya, por ejemplo, la distinción entre el modelo de *common law* y el modelo de *civil law*, y la limitada utilidad del derecho occidental como categoría para abarcarlos a ambos. La apreciación del dato histórico podría conducir a no valorar la distinción entre familia romana y familia germánica, pero ello dependería de una comprensión inadecuada de ese dato que, efectivamente, exige mantener separados los ordenamientos en los que la Pandectística ha encontrado amplia difusión de aquellos otros en los que eso no ha ocurrido, así como los ordenamientos influidos por la circulación del Código civil francés respecto a aquellos en los que la codificación ha utilizado otros modelos de referencia.

---

10 K. Zweigert, H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, vol. 1, Mohr, Tübingen, 1971, pp. 80 ss.

11 *Ivi*, pp. 72 ss.

El estilo del sistema está igualmente condicionado por la «mentalidad jurídica», referida a elementos como la tendencia a la abstracción, típica del *civil law* y relacionada con su origen sapiencial, o la inclinación contraria al enfoque empírico y al razonamiento inductivo, típicos en cambio de los sistemas de *common law*. También se basa en una diferente mentalidad jurídica la centralidad que, en Occidente, ha asumido el derecho como instrumento de gobierno de los conflictos sociales, y la tendencia opuesta a su recomposición armónica con instrumentos alternativos al derecho, característica de Extremo Oriente en particular.

Como puede intuirse (y puntualizan los teóricos del estilo de los sistemas), el análisis de la mentalidad jurídica demanda la utilización de instrumentos como los suministrados por la sociología del diritto, y por tanto alimenta un punto de vista externo sobre el derecho: implica la valoración de datos extra-jurídicos o, en todo caso, obliga a considerar el derecho según esquemas que no son los dominantes en el contexto occidental<sup>12</sup>.

De hecho, no solamente la sociología se ve involucrada en el estudio de las mentalidades. Este concepto, elaborado en el ámbito de las ciencias históricas ya en los años veinte del siglo pasado, quiso inmediatamente implicar el llamamiento a valorar el estudio interdisciplinar o, al menos, multidisciplinar, es decir, también los puntos de vista de ciencias sociales como la política, la economía o la antropología. Ciertamente, el estudio de las mentalidades servía para romper el aislamiento de la historia de las ideas respecto al contexto en el que esas ideas se habían desarrollado, reconstruyendo ese contexto a partir del análisis de los modos de pensar, del transfondo conceptual y de los automatismos antropológicos que los acompañan.

Por otra parte, la mentalidad jurídica no es el único aspecto del estilo de un sistema que implica un punto de vista externo sobre el derecho. Lo mismo puede decirse de la «ideología», un elemento del estilo cuya apreciación requiere profundizar en el rol de las doctrinas político-económicas y de las doctrinas religiosas como inspiradoras de las construcciones jurídicas: rol que caracteriza, respectivamente, al derecho socialista y al derecho islámico. Adviértase, sin embargo, que Zweigert y Kötz no pretendían tratar las ideologías que presiden la producción del derecho occidental, y que podrían emerger solamente si se extrajesen todas las consecuencias de adoptar un punto de vista externo sobre el derecho: algo que los dos comparatistas alemanes no se atrevieron a hacer. Es por tanto lícito juzgar que realmente no quisieron

---

12 Cfr. A. Gambaro, «The Trento Thesis», en *Global Jurist*, 4 (2004), pp. 1 ss.

abandonar el punto de vista interno sobre el derecho, que continuaba siendo su perspectiva dominante, así como el principal punto débil de la clasificación que proponían.

Por lo demás, el punto de vista interno protagoniza la valoración de los dos últimos factores del estilo del sistema: la identificación de sus «instituciones jurídicas particulares», así como la del «tipo de fuentes del derecho» y su correspondiente «método de interpretación». El primer factor contribuye a identificar las peculiaridades de la familia germánica, de la que es ejemplo típico la institución del negocio jurídico. En el segundo factor, que incluye las «peculiaridades de la organización judicial y procesal», se funda el modo habitual de distinguir entre la familia angloamericana, por un lado, y la familia romano-germánica por el otro.

### 3. *Los límites de la sistemología*

La clasificación en familias de sistemas no constituye una práctica empleada por los comparatistas para reproponer conceptos que ya están desacreditados en el sector específico del que nos estamos ocupando (si no, en general, en el estudio del derecho). Esto vale ante todo para el concepto de «sistema jurídico», que no debe entenderse en las acepciones que presuponen la exclusividad de un punto de vista interno sobre el derecho o, en todo caso, un campo de indagación limitado al que tradicionalmente viene definido por la equiparación entre sistema y ordenamiento jurídico (*supra* I.2.5).

Por otra parte, la clasificación en familias de sistemas tampoco quiere aludir a representaciones del fenómeno jurídico que pretendan respetar plenamente las características de los sistemas clasificados. Esas representaciones son necesariamente el producto de una comparación que tiende a exaltar los puntos en común y, por tanto, a descuidar inevitablemente el perfil identitario de los distintos sistemas: no sería útil una clasificación de sistemas que, para valorar sus identidades, condujese a identificar un número especialmente elevado de familias<sup>13</sup>.

Pese a resolverse en simplificaciones, el agrupamiento por familias constituye una práctica decididamente extendida entre los comparatistas porque

---

<sup>13</sup> M. Rheinstein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, C.H. Beck, Munich, 1987<sup>2</sup>, p. 82.

constituye, sobre todo, un instrumento didáctico insustituible<sup>14</sup>, además de un imprescindible punto de referencia para la microcomparación.

Como vimos, ha tenido especial éxito el mapeo propuesto por Zweigert y Kötz, utilizado y repropuesto por no pocos estudiosos, pese a no haber sido actualizado tras la Guerra Fría: el derrumbamiento del bloque soviético ha conllevado simplemente la supresión de la parte dedicada a la correspondiente familia de sistemas. También se ha extendido la propuesta clasificatoria de David, actualizada para atender al derecho ruso postsoviético, arrimado con reservas a la familia romano-germánica: efectivamente, en él persistirían concepciones socialistas del derecho, como mínimo al nivel de las mentalidades, y se manifestarían además fuertes influencias del modelo de *common law*, sobre todo en los sectores bancario y financiero<sup>15</sup>.

De hecho, la clasificación de David es todavía aplaudida pero también relativizada, especialmente en lo que se refiere a la valencia unificadora del agrupamiento en el que se hacen confluir los ordenamientos de matriz romano-germánica. En cierto sentido es éste el enfoque compartido por la introducción a los sistemas jurídicos comparados más difundida en Italia, la de Antonio Gambaro y Rodolfo Sacco, en la que además se ofrece un panorama de las principales críticas dirigidas contra la taxonomía del estudioso francés. Se estigmatizan defectos ya señalados en su época, como la escasa atención a las peculiaridades del derecho germánico y del derecho de los países escandinavos. A aquellos se unen ahora las acusaciones de etnocentrismo, que se desarrollan sobre todo a partir de tratamiento que David reserva al derecho latinoamericano<sup>16</sup>: lo veremos en seguida (*infra* II.3.6).

También debe señalarse que ambas clasificaciones (la de David y la de Zweigert y Kötz) han sido confeccionadas desde el punto de vista del estudio del derecho privado y que, por tanto, no pueden aspirar a poseer valor universal. Sin embargo, no son rechazadas por la manualística público-comparatista que, de hecho, las tiene en cuenta junto al notable intento de síntesis elaborado por el sueco Ake Malmström. A finales de los años sesenta del siglo pasado Malmström identificó cuatro grupos principales de sistemas: un grupo occidental, un grupo asiático no comunista, un grupo africano y un grupo socialista. El grupo occidental no era descrito, sin embargo, en términos

14 Valga por todos E. Agostini, *Droit comparé*, Puf, París, 1988, p. 25.

15 R. David, C. Jauffret Spinosi, *I grandi sistemi giuridici contemporanei* (2002), Cedam, Padua, 2004<sup>5</sup>, p. 194.

16 A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Utet, Turín, 2008<sup>3</sup>, p. 14.

esencialmente unificadores, como en David, sino siguiendo criterios similares a los propuestos por Zweigert y Kötz: comprendía una familia europeo-continental, una latinoamericana, una escandinava y una de *common law*<sup>17</sup>.

De todos modos, entre los público-comparatistas parece prevalecer la desconfianza hacia las clasificaciones por sistemas sugeridas hasta ahora, si no hacia toda clasificación. Puede que, en términos generales, debatan sobre ellas, pero da la impresión de que prefieren elaborar taxonomías referidas a los ámbitos concretos de los que se ocupa el derecho público comparado. Considerando y combinando los resultados obtenidos en esos ámbitos se podrán elaborar «clasificaciones en varios niveles» o, por otro lado, identificar «sistemas» y «subsistemas», aunque evitando siempre las simplificaciones que puedan ocultar los caracteres específicos de las experiencias clasificadas<sup>18</sup>.

Volvamos, sin embargo, a la acusación de etnocentrismo dirigida contra la clasificación de David; de hecho, podría dirigirse contra muchas otras clasificaciones por familias de sistemas, y probablemente contra las clasificaciones *tout court*, que a menudo parecen reproducir un saber ya incapaz de renovarse. A menos que se recorran caminos innovadores, pensados para promover la identidad de algunos ordenamientos tradicionalmente colocados en posiciones subordinadas, como es el caso de los latinoamericanos: por ejemplo, en las clasificaciones de Martínez Paz (*supra* I.2.1) o de Mario Losano, que individualiza un derecho de la América meridional, un derecho de la Europa continental y un derecho consuetudinario que comprende las experiencias inglesa y africana<sup>19</sup>.

Si las clasificaciones expresan a menudo una tensión etnocéntrica, no depende solamente de la circunstancia de que, pese a la vocación enciclopédica de la comparación, los derechos no relacionados con el área occidental sean poco conocidos y difícilmente cognoscibles por los comparatistas occidentales, entre otros posibles motivos por la especial incidencia de las barreras lingüísticas. Depende también y sobre todo de lo que parece una natural inclinación occidental a la clasificación del otro, funcional a la composición de jerarquizaciones dirigidas a demostrar su inferioridad. Ello deriva evidentemente de la apre-

17 A. Malmström, «The System of Legal Systems», en *Scandinavian Studies in Law*, 13 (1969), pp. 127 ss.

18 A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Giuffrè, Milán, 1998<sup>2</sup>, pp. 175 s; L. Pegoraro, A. Rinella, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Cedam, Padua, 2002, pp. 54 ss.

19 M.G. Losano, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Roma-Bari, 2000, pp. 175 ss. y 257 ss.

ciación del desarrollo occidental como desarrollo *tout court*, evolutivamente considerado medida universal aunque calque los caracteres específicos de una porción bien definida, y en el fondo circunscrita, del planeta.

Si atendemos además a la expresión «familia de sistemas» deducimos que, además de poseer una connotación íntimamente etnocéntrica, está también directamente pensada para evocar y reproducir una jerarquía dentro del propio agrupamiento. El concepto de familia remite, efectivamente, a una concepción jerárquica y organicista de la vida comunitaria; recuerda la existencia de relaciones intangibles de subordinación a un jefe, justificadas ante todo por la dependencia funcional de los subordinados. Por lo demás, el concepto ha sido empleado por la lingüística desde el siglo XIX como instrumento de clasificación de datos obtenidos a través de la comparación entre lenguas, concretamente utilizada por entonces para reconstruir la protolingua común a las lenguas indoeuropeas (*infra* III.1.1): es decir, nuevamente para establecer y naturalizar relaciones entre un centro y una periferia.

Puede decirse lo mismo de la expresión usada por los iuscomparatistas alemanes, *Rechtskreis*, literalmente «círculo jurídico», que fue deducida del concepto, habitual en los estudios antropológicos, de *Kulturkreis*, o «círculo cultural». La doctrina que acuñó este concepto cuenta con embarazosas avenencias con el nacionalsocialismo, pero aun dejándolas de lado ha acabado viéndose desacreditada por el esquema mismo al que inevitablemente alude la idea de círculo: el que contiene un centro, desde el que es irradiada una cultura, o un derecho, y una periferia que la ha recibido de manera más o menos voluntaria, en el ámbito de una relación necesariamente jerárquica.

#### 4. Más allá de las familias de sistemas: *formas de control social y tradiciones jurídicas*

Se ha dicho que las referencias a los sistemas y a las familias de sistemas no implican una preferencia por la elección de un punto de vista interno sobre el derecho. Sin embargo, difícilmente los agrupamientos identificados a partir de esos conceptos pueden atender al ordenamiento clasificado prescindiendo del elemento de la estatalidad, aun cuando éste venga expresamente juzgado un elemento no esencial. Ello constituye una ulterior confirmación del carácter etnocéntrico, más o menos explícito y consciente, de las clasificaciones por familias de sistemas.

Un primer intento de superar este enfoque fue el del comparatista rumano Léontine-Jean Constantinesco, que dirigió su mirada más allá de las sociedades «modernas» con el fin de especificar criterios clasificatorios útiles para incluir también a las «tradicionales» y «primitivas»: definidas las primeras como las sociedades «pertenecientes a las antiguas culturas existentes todavía hoy», las segundas como sociedades contemporáneas que «ignoran la escritura y la historia». Para obtener clasificaciones aptas para abarcar a las sociedades tradicionales y primitivas, había que partir de los valores puestos como fundamento de las sociedades como tales, y analizarlos atendiendo a su preexistencia respecto al eventual desarrollo de ordenamientos jurídicos destinados a recibirlos y tutelarlos... y quizás a ocultarlos, como demostraría la circunstancia de que en las sociedades tradicionales y primitivas las correspondientes «opciones fundamentales» y «finalidades» son más reconocibles que las de las sociedades modernas, pero no por ello más relevantes o comprometedoras<sup>20</sup>.

La clasificación de los ordenamientos debe valorar, en suma, la pertenencia a una misma «civilización», identificativa de un mismo «estilo de vida», un mismo «contexto ético-teleológico» y un mismo «ambiente material». Y debe revelar el nexo entre el tipo de civilización y el derecho reconstruido en sus «elementos determinantes»: se supera así el filtro de la estatalidad y la nacionalidad, que Constantinesco consideraba el fruto de una época histórica final y bruscamente interrumpida por los horrores del segundo conflicto mundial. No se supera, en cambio, la visión jerárquica de las relaciones dentro de cada uno de los agrupamientos, introducida por el uso de la expresión «círculo jurídico», y el de la que está en su origen, la de «círculo cultural», para ejemplificar el sentido de una clasificación de derechos a partir de la civilización de la que son expresión<sup>21</sup>.

Un intento diferente de lograr clasificaciones no viciadas por enfoques etnocéntricos, explícitamente presentado en estos términos, se debe a un comparatista belga que, no por casualidad, es también un conocido estudioso de la antropología jurídica: Jacques Vanderlinden. Empleando una noción de sistema jurídico obviamente liberada del requisito de la estatalidad, propone agrupar derechos a partir de la «fuente dominante», esto es, del «modo de formulación del derecho» que prevalezca, y concentrarse sólo en un segundo

---

20 L.-J. Constantinesco, *La scienza dei diritti comparati* (1983), Giappichelli, Turín, 2003, pp. 407 ss.

21 *Ivi*, pp. 427 ss.

momento sobre cuestiones como «la ideología o la técnica». De esta manera se podrán distinguir: un «sistema consuetudinario» generado por el comportamiento de los miembros de la sociedad, un «sistema doctrinal» centrado en las reglas producidas por los expertos, un «sistema jurisprudencial» fundado en los preceptos de los jueces, un «sistema legislativo» basado en los mandatos formulados desde un vértice, y un «sistema revelativo» atribuible a una divinidad<sup>22</sup>.

La clasificación propuesta por Vanderlinden se diferencia de las que hasta ahora hemos visto, incluyendo la sugerida por Constantinesco, en que la atribución de un ordenamiento nacional a un agrupamiento no es presentada como exclusiva. Por el contrario, es posible identificar en cada ordenamiento nacional elementos más o menos acentuados identificativos de varios agrupamientos, que constituyen entonces modelos ideal-típicos. Entre otras cosas, resulta útil para sacar a la luz las características de una experiencia jurídica que son descuidadas por las representaciones de carácter prescriptivo, las que sólo atienden a las fuentes formales de producción del derecho y ocultan los poderes que originan los preceptos efectivamente influyentes sobre las conductas de los asociados.

Tiende también a valorar el pluralismo jurídico la propuesta clasificatoria de Ugo Mattei y Pier Giuseppe Monateri, que agrupa las diversas experiencias a partir de los instrumentos empleados para organizar la convivencia: para ejercer el «control social», como dirían los antropólogos, o para promover «la incentivación social», en palabras de los economistas. Efectivamente, en cada uno de los ordenamientos nacionales se podrá identificar un instrumento hegemónico, cuya utilización determinará el carácter residual del resto de instrumentos, aunque sin condenarlos a la irrelevancia. Adviértase que sólo uno de los instrumentos tendría carácter normativo, si se usaran los cánones tradicionales. Los dos estudiosos, queriendo subrayar su elección de una comprensión del fenómeno del derecho según cánones que conducen a hablar de una función subversiva de la comparación, recalcan que están «todos dotados del requisito de la juridicidad en sentido sistemológico»<sup>23</sup>.

El primer instrumento de control social es el derecho, secularizado y distinguido nítidamente de la política, típico de la «familia de hegemonía profesional», esto es, del derecho europeo-continental y angloamericano, prescin-

22 J. Vanderlinden, *Comparer les droits*, Story-Scientia, Diegem, 1995, pp. 334 ss.

23 U. Mattei, P.G. Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padova, 1997, p. 61.

diendo de la distinción entre *common law* y *civil law*. Ésta se ve relativizada, por un lado, pero por otro es evocada para debatir sobre una suerte de superioridad del modelo angloamericano, que es «remolcador» en la medida en que ha afirmado la sujeción del poder político a la ley desde los tiempos de Edward Coke (*infra* II.3.1). Común a ambos polos del derecho occidental sería, en cambio, la distinción entre derecho y religión, e incluso entre derecho y moral, que se remonta al menos a principios de la Baja Edad Media<sup>24</sup>.

Pasamos a los países exsocialistas de la Europa oriental, a los países africanos y a los latinoamericanos, clasificados a partir de elementos que, como advierten Mattei y Monateri, componen un cuadro en fuerte evolución (y téngase en cuenta que la taxonomía de los dos comparatistas italianos data de la segunda mitad de los años noventa del pasado siglo). Estos países son atribuidos a la «familia de hegemonía política», pues en ellos la política no aparece plenamente diferenciada del derecho como instrumento de control social. Distinta es también la situación en los países musulmanes, hindúes y del Extremo Oriente, como China y Japón, que componen la «familia de hegemonía tradicional»: aquí se confía predominantemente en la tradición religioso-filosófica, más que en el derecho o en la política, para disciplinar la convivencia social<sup>25</sup>.

Si bien Mattei y Monateri quieren presentar su taxonomía como refractaria a un enfoque etnocéntrico de la sistemología, y sobre ello insiste también la literatura público-comparatista que la acoge<sup>26</sup>, es cierto, sin embargo, que aparece condicionada, al menos implícitamente, por ese enfoque. La identificación de la tradición jurídica occidental como fundada sobre el divorcio entre el derecho, por un lado, y la tradición y la política, por otro, constituye el eje en torno al cual giran las estrategias de autorrepresentación y reproducción de esta tradición. Organizar la clasificación de las experiencias jurídicas a partir de esos conceptos significa observar los derechos no occidentales a través de lentes occidentales, productoras como tales de resultados cognoscitivos inevitablemente parciales. Sobre este asunto volveremos al hablar de la tradición jurídica occidental y sus fundamentos culturales (*infra* II.3.1).

Nótese también que, si se considera el discurso jurídico como mero ropaje

24 *Ivi*, pp. 66 ss.

25 *Ivi*, pp. 70 ss. También U. Mattei, «Three Patterns of Law», en *The American Journal of Comparative Law*, 45 (1997), pp. 5 ss.

26 G.F. Ferrari, «Civil law e common law», en P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (eds.), *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2013<sup>5</sup>, pp. 649 s.

formal para revestir discursos centrados en valores (*supra* I.2.1), la distinción entre derecho, política y tradición pierde significado, se convierte en una distinción centrada en estrategias retóricas de legitimación del poder, más que en las finalidades perseguidas a través de esas estrategias. Una taxonomía en la que no se valore esta circunstancia acabará alimentando, inexorablemente, un punto de vista interno sobre el derecho.

Un intento de elaborar un enfoque clasificatorio que no reproduzca esquemas etnocéntricos deriva de la propuesta del canadiense Patrick Glenn y de sus reflexiones en torno al concepto de tradición jurídica, del que ya hemos hablado, que es explícitamente utilizado para componer mapas y no jerarquías, además de servir para disociar esos mapas de las referencias a la estatalidad del derecho: podrá existir un arraigamiento territorial de las tradiciones complejas, pero éstas podrán contener tradiciones internas y ser atravesadas además por tradiciones transversales (*supra* I.2.3).

Glenn distingue siete tradiciones jurídicas: ctónica, talmúdica, de *civil law*, islámica, de *common law*, hindú y confucionista. Casi todas indican agrupamientos adoptados en función de otras clasificaciones; constituye una novedad la identificación de la tradición hebraica como experiencia autónoma, así como el tratamiento separado dedicado a la «tradición ctónica»: la tradición jurídica primordial, la que «simplemente emergía a medida que crecía la experiencia, y la oralidad y la memoria hacían su trabajo». Pese a la variedad de las «personas ctónicas», pueden identificarse características comunes a las tradiciones en que las que ellas conducen su existencia: además de la informalidad en la enunciación e implementación del derecho, el nexo inescindible con el sistema de creencias de la comunidad y la tensión holística hacia la armonía en las relaciones internas y con el orden de la naturaleza<sup>27</sup>.

En suma, el derecho ctónico se halla «mezclado con otros importantes mensajes», se coloca en las antípodas del derecho occidental, de su pretensión de estar disociado de la política y de la tradición. Mientras que el derecho occidental, como derecho de la modernidad capitalista, está fuertemente individualizado y fundado sobre el concepto de derecho subjetivo, el derecho ctónico concibe al individuo solo como «inmerso en el pasado y en una comunidad más vasta», motivo por el cual no es concebible una «*potestas* de obtener el objeto de la voluntad individual»: no son concebibles derechos ni

---

<sup>27</sup> H.P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo* (2010), Il Mulino, Bolonia, 2011, pp. 119 ss.

intereses individuales, contra los cuales, de hecho, la tradición «resiste de mil modos y en todos los frentes»<sup>28</sup>.

Conclusiones similares muestran las finalidades culturales de la taxonomía de Glenn, declaradamente opuestas a las que persiguen las clasificaciones que de manera más o menos explícita pretenden establecer jerarquías entre las familias de sistemas y entre los sistemas de una misma familia.

Al referirse a la tradición ctónica, el comparatista canadiense ha contribuido, ante todo, a promover el pluralismo jurídico, entendido aquí como redescubrimiento de las estratificaciones jurídicas más allá del campo en el que son habitualmente estudiadas (*supra* I.2.2): el de las sociedades afectadas por una rápida transformación del derecho. En efecto, Glenn subraya que la tradición ctónica, de manera más o menos velada, opera en todas las sociedades, también en las incluidas en la categoría de los denominados países desarrollados. Por otra parte, con su obra pretende superar el punto de vista evolucionista y fomentar, por tanto, el pluralismo *tout court*. Quiere «reconciliar a las tradiciones jurídicas» o, por lo menos, impulsar el desarrollo de relaciones recíprocas en un clima de «diversidad jurídica sostenible»<sup>29</sup>.

Sin embargo, la actual fase histórica parece avanzar exactamente en la dirección opuesta, como se deduce de los más recientes estudios de economía comparada. Estos estudios, por otra parte, están relacionados con una gran parte de la literatura comparatística que, como hemos visto, de manera más o menos explícita reproduce esquemas de orden etnocéntrico.

## 5. Los modelos de capitalismo

Durante mucho tiempo la economía comparada se ha concentrado en el cotejo de modelos radicalmente alternativos, analizando en especial las diferencias entre capitalismo y socialismo: centrado el primero en la propiedad privada y el libre mercado, el segundo en la propiedad pública de los medios de producción y en la planificación económica. El derrumbamiento del bloque soviético y el final de la Guerra Fría, percibidos por muchos como victorias irreversibles del capitalismo, hicieron surgir el interés por cotejar sus diferentes actuaciones, incluyendo las derivadas de una conmixtión de

---

28 *Ivi*, pp. 139 y 249 s.

29 *Ivi*, pp. 561 ss.

modelos económicos occidentales y tradiciones culturales alternativas a la occidental<sup>30</sup>.

Si antes la economía comparada pretendía demostrar la superioridad del capitalismo respecto al socialismo, ahora quería concretar el modelo de capitalismo capaz de ofrecer las mejores prestaciones. Había especial interés en identificar el nivel óptimo de intervención estatal en la economía, así como el sistema ideal de relaciones industriales y sociales en general y un tipo ideal de *welfare*. De ahí el encuentro entre el estudio de los modelos de capitalismo y la clasificación de los sistemas jurídicos (a la que se le reconocía un explícito valor normativo), encuentro deseado desde los años sesenta del siglo pasado por la Nueva Economía Institucional, y más recientemente por la Nueva Economía Comparada.

Nos ocuparemos pronto del valor normativo de las investigaciones realizadas en el ámbito de estas corrientes de pensamiento económico (*infra* II.3.3), así como del método empleado para producir las mediciones en las que se basa la identificación del modelo de capitalismo capaz de ofrecer el mejor servicio (*infra* III.1.4). Sin embargo, es necesario concretar antes los modelos de capitalismo individualizados por la economía comparada y poner de manifiesto los sistemas de normas jurídicas y sociales que constituyen su esqueleto y que, por tanto, intervienen en la determinación de la variante del modelo económico ganador.

La época en la que se desarrolló el cotejo entre capitalismo estaba caracterizada tanto por el derrumbamiento del socialismo como por el triunfo del que ha sido definido como «capitalismo neoamericano», la variante de capitalismo patrocinada en los Estados Unidos por Ronald Reagan y en el Reino Unido por Margaret Thatcher. Esta forma de capitalismo se afirmaba en oposición a la variante centrada en el denominado compromiso keynesiano, expresión de la mediación entre libre mercado e intervención de los poderes públicos, ocupados éstos en una amplia regulación de la vida económica y en la definición de formas incisivas de redistribución de la riqueza. Por ello el capitalismo neoamericano se distinguió por su programa de privatización y desregulación del mercado, que fue también exaltado como principal instrumento de redistribución de la riqueza.

Típica del capitalismo neoamericano es, en suma, la renovada confianza en la capacidad del mercado para autorregularse, en la que se basa una visión

---

30 J.B. Rosser jr., M.V. Rosser, *Comparative Economics in a Transforming World Economy*, MIT Press, Cambridge (Mass.), 2004<sup>2</sup>.

conflictual de las relaciones sociales y una reducción de éstas a las relaciones económicas. Esa visión afecta también, evidentemente, a la concepción de la empresa, destinada a maximizar los beneficios de los accionistas y a considerar las relaciones entre el empleador y los trabajadores como relaciones normales de mercado, tendencialmente flexibles y precarias. Es también típica del capitalismo neoamericano la idea de que el Estado y la Seguridad Social son catalizadores de inactividad y, por tanto, de improductividad, es decir, una suerte de efecto negativo de la modernidad. Por esta razón el capitalismo neoamericano contempla una reducida presión fiscal con fines equitativos, mientras confía la previsión social al mercado y contiene al máximo las limitaciones a la negociabilidad de bienes como la salud o la educación<sup>31</sup>.

Opuesto al capitalismo neoamericano es el llamado «capitalismo renano», practicado en Alemania y asimilable, en ciertos aspectos, al típico de los países del norte de Europa o de Japón. Esta variante de capitalismo incluye la visión de las empresas como comunidades complejas necesitadas de armonía, exactamente igual que la comunidad estatal en su conjunto, gobernada por ello a través de una vasta red de estructuras neocorporativas. Por esa razón es típica del capitalismo renano una organización del trabajo centrada en relaciones contractuales estables y duraderas, y sobre todo no subordinada al objetivo de maximizar el beneficio accionarial. Típica es también la resolución cooperativa de los conflictos entre empleadores y trabajadores, y una gestión de la empresa que comprende la participación de los segundos en su administración: los accionistas no son los señores de la empresa, cuya suerte es decidida con la implicación tendencial de todos sus componentes y, en parte, de la comunidad social en la que actúa. Finalmente, también al servicio de esas funciones de promoción de la cooperación y de pacificación social en general está la especial extensión del Estado y de la seguridad social prevista por el capitalismo renano. Efectivamente, éste se caracteriza por un elevado gasto en sanidad y pensiones, financiado por una presión fiscal igualmente elevada, así como por una reducida negociabilidad de los bienes que sirven para satisfacer derechos sociales<sup>32</sup>.

La distinción entre capitalismo neoamericano y capitalismo renano presenta analogías con la distinción, formulada en el mismo periodo, entre «economías de mercado liberales» y «economías de mercado coordinadas». Tam-

---

31 M. Albert, *Capitalismo contro capitalismo* (1991), Il Mulino, Bolonia, 1993, pp. 113 ss.

32 *Ivi*, pp. 27 ss.

bién en este caso se concentra la atención en el carácter conflictual o cooperativo de las relaciones entre empresas y trabajadores, llegándose así, de nuevo, a la contraposición entre las soluciones adoptadas en los Estados Unidos y las típicas del contexto alemán. Las economías de mercado coordinadas lo son en la medida en que las autoridades estatales alimentan la construcción de estructuras neocorporativas para la solución de los problemas entre trabajadores y empresas, y quizás para la definición e implementación de las políticas sociales en general. En las economías de mercado liberales, en cambio, las empresas se confían al mecanismo del mercado para animar sus relaciones internas y externas que, de este modo, acaban teniendo un carácter predominantemente inestable y conflictual.

Las diferencias en el tipo de políticas sociales patrocinado por las economías de mercado coordinadas y liberales concuerdan con los rasgos hasta aquí trazados. En las primeras, los niveles salariales son por norma establecidos mediante acuerdos entre el capital y el trabajo concluidos a nivel central, y van acompañados por medidas de bienestar tendencialmente extensas, útiles para producir, entre otras cosas, cooperación en la empresa y paz social en general. Por el contrario, en las economías de mercado liberales, las relaciones industriales son consideradas asimilables a cualquier otra relación de mercado; coherentemente, las políticas sociales son mantenidas en niveles mínimos, pues de ese modo «se refuerza la fluidez del mercado de trabajo». Debe mencionarse también el distinto enfoque de la relación laboral: estable y de larga duración en las economías de mercado coordinadas, precaria y de breve duración en las economías de mercado liberales<sup>33</sup>.

Los mapeos de los modelos de capitalismo que acabamos de describir, como otras propuestas del mismo periodo<sup>34</sup>, fotografían una situación que en muchos aspectos ya no parece actual, al menos en la medida en que tras el fin del socialismo se ha producido una convergencia de los modelos de capitalismo y de sus respectivas arquitecturas institucionales.

Bien mirado, la convergencia, aunque respetuosa con el contexto institucional de partida, se ha registrado más en el terreno típico del capitalismo neoamericano y de las economías de mercado liberales, que en el del capitalismo renano y de las economías de mercado coordinadas. Estas últimas vi-

---

33 P.A. Hall, D. Soskice, «An Introduction to Varieties of Capitalism», en Idd. (eds.), *Varieties of Capitalism*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 2001, pp. 6 ss.

34 M. Regini, *Modelli di capitalismo. Le risposte europee alla sfida della globalizzazione*, Laterza, Roma-Bari, 2000.

ven desde hace tiempo una fase que la literatura dedicada a trazar las diferencias entre modelos de capitalismo define de incipiente «americanización»<sup>35</sup>.

Era típico del capitalismo renano la estrecha relación entre empresas y bancos, éstos financiadores principales de aquéllas; en esa relación se basaba un sistema de participaciones cruzadas destinado a amplificar el punto de vista de la colectividad en el ejercicio de la actividad económica. Precisamente en este ámbito se manifiestan los mayores cambios, relacionados con el proceso de financiarización de la economía, que ha hecho del mercado de capitales el principal canal de financiamiento de las empresas y, por tanto, la institución en torno a la cual rediseñar el mapa del capitalismo<sup>36</sup>. Se explica así la valoración del accionista y de su expectativa de ganancias inmediatas, frente a las expectativas a medio y largo plazo de los otros titulares de intereses con los que se relacionan las empresas, que hoy en día es también característica del área europeo-continental. Y de este modo se explica asimismo el énfasis con el que, en esta misma área, se señala al accionariado difuso y al accionariado obrero como principales instrumentos de redistribución de riqueza en la sociedad y en la empresa, respectivamente.

Igualmente desequilibrada es la convergencia de los modelos de capitalismo en lo que se refiere al peso atribuido a las liberalizaciones y privatizaciones en campos que en el área europeo-continental estaban antes sustraídas a la actuación del libre mercado. Lo mismo sirve, evidentemente, para el modo de entender el Estado y la seguridad social que, incluso en la patria del capitalismo renano, han sido fuertemente redimensionados, ocasionando una intensa reducción de su capacidad para satisfacer derechos de máxima importancia, empezando por la educación y la salud. Por no hablar de la progresiva e imparable disminución de la protección del trabajador dependiente, cada vez más aceptada dentro de los límites necesarios y suficientes para producir la pacificación y cooperación sociales: valores cuyo estímulo motiva también la conservación de un enfoque neocorporativo del gobierno de las comunidades estatales en su conjunto.

En otras palabras, los diversos modelos de capitalismo han sido inicialmente identificados partiendo del distinto modo de concebir la redistribución

---

35 M. Albert, «Capitalismo contro capitalismo dieci anni dopo», en *Il Mulino*, 3.1 (2001), pp. 387 ss.

36 P.G. Cerny, «International Finance and the Erosion of Capitalist Diversity», en C. Crouch, W. Streeck (eds.), *Political Economy of Modern Capitalism*, Sage, Londres, 1997, pp. 173 ss.

de la riqueza: tarea confiada preferentemente al mercado, en las versiones acordes con el capitalismo neoamericano, o compartida con instituciones de tipo político, en las formas orientadas al capitalismo renano. La actual convergencia entre ambas variedades de capitalismo se basa, en cambio, en la generalización del enfoque cultivado por el capitalismo neoamericano, es decir, en la tendencia a reducir la socialidad a la consentida por el mercado, es decir, a reducir la integración social a la integración en el mercado. Por lo demás, han sido éstas las decisiones de la izquierda europea retornada al poder a lo largo de la década de 1990: su cultura político-económica fue redefinida en sentido neoliberal, testimonio de la fuerza de penetración del nuevo credo.

Precisamente el credo neoliberal, con su programa de liberalizaciones y desregulaciones, es ahora considerado, sin embargo, la base de la actual crisis económica internacional que, no por casualidad, se ha iniciado como crisis financiera en la patria del capitalismo neoamericano. De ahí las señales de un regreso a formas (incluso extensas) de dirección estatal de la economía y a políticas anticíclicas de matriz keynesiana, de acuerdo con una tendencia iniciada bajo la presidencia de Bush y proseguida e intensificada con la presidencia de Obama. De éste conviene además recordar su preferencia por formas de asistencia no alejadas de las europeas: por ejemplo, las que prevé una reciente medida que señala el paso (histórico para los Estados Unidos) del seguro voluntario al seguro obligatorio.

Por otra parte, aunque la patria del capitalismo neoamericano parece vivir una fase de replanteamiento de sus fundamentos, éstos son por algunos considerados resistentes o, en todo caso, inmodificables en sus rasgos esenciales<sup>37</sup>. Son fundamentos que además constituyen el punto de referencia para las reformas que en la Europa continental resumen la reacción a la crisis de la deuda soberana provocada por la crisis económica internacional (lo veremos en breve, *infra* II.4.5).

Mientras tanto, las denominadas economías emergentes, no acosadas por problemas de endeudamiento público, están certificando el éxito del que parece un nuevo modelo de capitalismo característico de los países del BRICS: Brasil, Rusia, la India, China y Sudáfrica. Recientemente han intensificado la coordinación de sus políticas económicas y sociales y en ese ámbito están trazando las líneas de lo que ha sido descrito en términos de nuevo «capitalismo de Estado»: distinto del viejo por carecer de la antigua carga ideológica. Por

---

37 L.M. Fairfax, «The Legal Origins Theory in Crisis», en *Brigham Young University Law Review*, 6 (2009), pp. 1571 ss.

ello, no se propone como alternativa al «capitalismo de mercado»<sup>38</sup>, aunque la intensa presencia de los poderes públicos produce su relativa impermeabilización frente a los daños que en las áreas europea y norteamericana han provocado los mercados financieros, origen de la actual crisis de la deuda.

---

38 L. Scaffardi, «Pensare l'im-possibile: BRICS, tra miraggio e realtà», en Id. (ed.), *BRICS: Paesi emergenti nel prisma del diritto comparato*, Giappichelli, Turín, 2012, pp. 147 ss.

## Capítulo tercero

### La tradición jurídica occidental

#### 1. *Un origen histórico y una vocación comunes*

De tradición jurídica occidental ya hemos hablado al tratar las clasificaciones de sistemas basadas en los instrumentos utilizados para organizar el control o la incentivación sociales: es típica y tradicionalmente occidental recurrir al derecho, finalmente dissociado de la política y de la religión (*supra* II.2.4).

Los autores a los que se debe esta clasificación remontan el divorcio entre política y derecho a la época de Edward Coke, jurista y político inglés que vivió entre los siglos XVI y XVII. En el periodo en el que estuvo al frente del tribunal de *common pleas*, inspiró dos decisiones fundamentales que conciernen a las relaciones entre los poderes (diríamos hoy) judicial, ejecutivo y legislativo. La primera decisión limitó las prerrogativas regias, estableciendo en concreto que los tribunales pudieran verificarlas y definir su extensión, teniendo en cuenta lo estipulado por las reglas del *common law* y por las reglas dictadas por el Parlamento (*Case of Proclamations*, 1610). La segunda decisión fundó el poder de control de los tribunales sobre los actos del Parlamento, que podían ser declarados inválidos cuando violasen «el derecho y la razón», si fuesen «repugnantes», o «imposibles de cumplir» (*Thomas Bonham v. College of Physicians*, 1610).

Así resultaría evidente la superioridad del *common law* respecto al *civil law*. Sólo el *common law* habría desarrollado desde hace tiempo, y de manera consecuente, una forma de control social verdaderamente centrada en el uso del derecho. Por el contrario, en los países de *civil law* no habría ocurrido lo mismo, dando a entender con ello que habrían podido evitar los totalitarismos europeos si hubieran sido más incisivos en la realización de una plena «juridicización del criterio político»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> U. Mattei, P.G. Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padua, 1997, p. 67.

Si la reconstrucción histórica del divorcio entre derecho y política coloca a la experiencia inglesa en el centro de la tradición de *common law* y de la tradición jurídica occidental, su articulación actual está pensada, en cambio, para atribuir una posición hegemónica al ordenamiento estadounidense. Efectivamente, es en éste donde, a partir de una destacada decisión del Tribunal supremo, se estableció el poder de revisión de los actos legislativos por parte de los tribunales, considerado, por otra parte, implícito en el diseño constitucional (*Marbury v. Madison*, 1803). Se ha puesto de relieve también que este poder originariamente concebido en un país de *common law*, es decir, la institución de un nivel de legalidad judicial que prevalece sobre la voluntad de los parlamentos, se ha difundido luego a través de la previsión en las Constituciones de los países occidentales de un sistema de control de constitucionalidad confiado a jueces específicos: órganos jurisdiccionales que actúan según criterios jurídicos y no políticos. Dicho de otro modo, los países de *civil law* han realizado el principio de la superioridad del derecho sobre la política, y certificado así el divorcio del primero respecto a la segunda, en el momento en el que han acogido esquemas elaborados en el país de *common law* actualmente hegemónico<sup>2</sup>.

Pasemos ahora a considerar el divorcio entre derecho y religión, reconstruido a partir de procesos que han afectado al derecho occidental desde la Reforma gregoriana, es decir, desde las iniciativas adoptadas por la Iglesia en el siglo XI para emanciparse de los poderes seculares. Refiriéndose a esta cuestión, el estadounidense Harold Berman ha hablado de una verdadera revolución papal, que tuvo efectos globales sobre el modo típicamente occidental de concebir los valores y las instituciones en los ordenamientos nacionales europeos, incluyendo al inglés<sup>3</sup>. En efecto, lo que caracterizó el papado de Gregorio VII, pero también el de sus sucesores y, en parte, el de sus antecesores, no estaba relacionado únicamente con la afirmación del poder absoluto de las instituciones eclesiásticas sobre las cuestiones que les pertenecían, como el nombramiento de sus cúspides o la opción por el celibato sacerdotal. Las reformas se referían también al derecho canónico, que se quiso codificar recurriendo a técnicas tomadas en préstamo del derecho romano, cuyo estudio fue redescubierto y promovido especialmente a través de la fundación de la Universidad de Bolonia (la más antigua universidad del mundo, surgida en la ciudad perteneciente a Matilde de Canossa, vasalla del Papa).

---

2 A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Utet, Turín, 2008<sup>3</sup>, p. 36.

3 H.J. Berman, *Diritto e rivoluzione* (1983), Il Mulino, Bolonia, 1998.

En la reconstrucción de Berman, la revolución papal fue el acto constitutivo de la tradición jurídica occidental en la medida en que puso las bases para el desarrollo de una sociedad identificada por modalidades específicas de atribución de derechos y deberes, resolución de controversias y, por tanto, de realización de un determinado tipo de control (o incentivación) social: el control que, en la clasificación de Mattei y Monateri, es típico de los países englobados en la familia de hegemonía profesional y que, en cambio, había sido considerado por una literatura anterior la esencia misma de los ordenamientos jurídicos como tales, cuya supervivencia no podía sino depender de la presencia de «un cuerpo de ideas jurídicas» y, en su origen, de «una clase profesional de pensadores y prácticos del derecho»<sup>4</sup>.

Concretamente, es característica de la tradición jurídica occidental, en cuanto tradición puesta en marcha por la revolución papal, la «distinción más bien nítida entre instituciones jurídicas y otras instituciones», además de la decisión de confiar la administración de las primeras «a grupos especiales de personas que se dedican a actividades jurídicas con base profesional» y de la existencia de un «cuerpo separado de estudios superiores» destinado a su formación. De ahí derivaría otra característica de la tradición jurídica occidental: la presencia de una ciencia llamada a sistematizar las reglas producidas por las instituciones jurídicas y permitir así el desarrollo del derecho como un sistema orgánico, un cuerpo que contiene «un mecanismo intrínseco de mutación orgánica». Y este esquema, para Berman, no ha sido trastornado por otros momentos dramáticos que han marcado la historia occidental. La Reforma protestante, las Revoluciones americana y francesa o la Revolución de octubre han creado nuevos sistemas jurídicos que, sin embargo, no se han alejado del surco trazado a partir de la Reforma gregoriana<sup>5</sup>.

Este modo de identificar los rasgos constitutivos de la tradición jurídica occidental lleva a renegar de cuanto venimos dilucidando, esto es, de la circunstancia de que el divorcio entre derecho, política y religión resalta en el plano discursivo, más que en el de los valores, algo evidente para quien adopta un punto de vista externo sobre el derecho. Y esto atañe ciertamente a todos los que producen discursos en torno al derecho, no solamente a la categoría de sus estudiosos elevada a estamento profesional.

---

4 J.H. Wigmore, *A Panorama of the World's Legal Systems*, West. Publishing, St. Paul (Minn.), 1928, p. 1129.

5 H.J. Berman, *Diritto e rivoluzione*, cit., pp. 24 ss. V. también Id., *Law and Revolution II*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2006.

La reconstrucción de Berman implica la superioridad del derecho occidental frente a otros derechos, pero no parece colocar a una experiencia concreta en posición hegemónica dentro de la tradición inaugurada por la revolución papal. Por lo demás, en el momento en el que se identifica al derecho romano como punto de referencia común para las experiencias de *common law* y *civil law*, difícilmente puede luego sostenerse la superioridad de las primeras respecto a las segundas.

Sin embargo, es precisamente eso lo que ocurre cuando la atención se concentra sobre los valores que son considerados fundantes de la tradición jurídica occidental y reconocidos como el principal terreno de encuentro, mucho más sólido que el técnico-jurídico, entre experiencias de *common law* y *civil law*. Es en este nivel donde se restablece una jerarquía más marcada entre ordenamientos occidentales, de nuevo dirigida a colocar a los sistemas de *common law* en posición privilegiada.

El plano de los valores es analizado desde hace tiempo por la literatura que propone clasificar derechos a partir de su impronta ideológica, no de sus características técnicas: desde este punto de vista es occidental el derecho que expresa una elección por el cristianismo, la democracia liberal y la economía capitalista (*supra* II.2.1). Sin embargo, se trata de opciones (en especial las dos últimas) que cabe interpretar de maneras muy diversas: siempre han existido varios modelos de capitalismo, a los que corresponden distintos modos de concebir la relación entre orden económico y orden político, distintos modos, por tanto, de entender la democracia.

Por otro lado, muchos reducen el derecho occidental a un «sistema de derechos subjetivos» destinados a promover la «voluntad de los individuos», en el ámbito de un sistema que devalúa, sin embargo, los derechos económicos y sociales, a los que «sería desconcertante atribuir una connotación idéntica a la de los derechos del hombre»<sup>6</sup>. De manera similar, los llamados Neopandectistas, queriendo promover la construcción de un derecho privado europeo extrayéndolo del derecho romano (*supra* II.1.1), afirman que la impostación individualista en materia contractual es derecho romano vestido con ropa moderna. Y ello equivale a considerar occidental el modo de entender la democracia y el capitalismo típico del *common law*, y a imaginar para los países de *civil law* una línea de desarrollo que, en clave evolucionista, es juzgada tal sólo si pasa por la renuncia a asegurar amplios márgenes de injerencia del circuito político en la esfera económica.

---

6 P. Stein, J. Shand, *I valori giuridici della civiltà occidentale* (1974), Giuffrè, Milán, 1981, pp. 133, 229 s.

En este terreno se juega el actual enfrentamiento entre *common law* y *civil law*, al que nos dedicaremos (*infra* II.3.4), pero solamente después de habernos referido brevemente a otras fases, aparentemente menos turbulentas, de la confrontación entre los polos de la tradición jurídica occidental.

## 2. La confrontación entre *common law* y *civil law*

Cuando la comparación jurídica elevada a ciencia dio sus primeros pasos, los puntos de referencia para el análisis del fenómeno del derecho eran los que resultaban funcionales para alimentar discursos de matriz iuspositivista. Ciertamente, a principios del siglo XX el legicentrismo estaba ya en el punto de mira, insostenible frente a la concienciación acerca del papel de las fuentes materiales del derecho, con la jurisprudencia a la cabeza. Sin embargo, entre los estudiosos de los derechos nacionales europeo-continental resistía el enfoque prescriptivo según el cual «los Estados civilizados modernos están fundados en la nítida separación del poder judicial respecto al poder legislativo». No se extraían, en cambio, las debidas consecuencias de la constatación, en el plano descriptivo, de que «la jurisprudencia se ve arrastrada, consciente o no, a limar la fuerza de la ley, a eludirla, a abrogarla con medios indirectos y simulados»<sup>7</sup>.

En este clima se desarrolló el que durante mucho tiempo fue identificado como «el derecho comparado *par excellence*»<sup>8</sup>: el cotejo entre *common law* y *civil law*, que ha sido orientado hacia los más diversos fines, ora para exaltar los momentos de convergencia entre ambos modelos, ora para relativizarlos y hacer surgir sus identidades irreductibles.

A inicios del pasado siglo se recordaba el periodo en el que los ordenamientos de derecho ahora codificado enumeraban a la jurisprudencia entre las fuentes formales, en la senda de lo que sucedía con las decisiones del pretor romano. Pensando en las transformaciones posteriores, en cambio, se señalaba que habían llevado a invertir el esquema legicentrista y a reconocer en los tribunales un poder incompatible con ese esquema. Ello era además considerado un reflejo de la «impotencia de las asambleas legislativas para

7 E. Piola Caselli, Voz «Giurisprudenza», en *Digesto italiano*, vol. 12, Utet, Turín, 1900-1904, p. 845.

8 G. Gorla, Voz «Diritto comparato», en *Enciclopedia del diritto*, vol. 12, Giuffrè, Milán, 1964, p. 934. También L. Moccia, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Giuffrè, Milán, 2005.

legiferar»: fenómeno compartido también en Inglaterra, donde sin embargo los tribunales lograban resolver los problemas planteados por «leyes incompatibles con la vida moderna» mediante el ejercicio de «poderes aún más amplios que los del pretor romano»<sup>9</sup>. No obstante, el cotejo entre *civil law* y *common law* se llevaba adelante enfatizando la circunstancia de que cada sistema se fundaba en una distinta ordenación de las fuentes del derecho: el primero centrado en el código, el segundo dominado, en cambio, por las decisiones de los jueces.

En efecto, lo que impedía apartar la mirada del sistema de fuentes para fundar la diferencia entre *common law* y *civil law* era la distinta fuerza formalmente atribuida a las decisiones de los tribunales. En el primer caso, constituían precedentes vinculantes para el futuro: es lo que prescribe, aunque sólo a partir de las reformas judiciales inglesas del siglo XIX, la regla del *stare decisis*. En el segundo caso, podían como mucho aspirar a tener autoridad persuasiva, a indicar y promocionar una posible línea interpretativa que, sin embargo, podía ser desoída y superada en cualquier momento: sólo el *common law* era, en suma, un verdadero y auténtico sistema de *case law*. A partir de esta observación los comparatistas han desarrollado durante mucho tiempo sus clasificaciones y han construido, en concreto, la principal dicotomía interna de la tradición jurídica occidental.

Aun descrita en estos términos, la distinción entre *common law* y *civil law* está destinada a debilitarse a causa, sobre todo, de la evolución que, en materia de precedentes jurisprudenciales, han experimentado ambos sistemas. En los sistemas de *common law* el vínculo del precedente ha sido expresamente atenuado, si no en su alcance vertical, concerniente a la obligación de los tribunales inferiores de seguir los precedentes de los tribunales superiores, sí en su eficacia horizontal, es decir, en relación a la obligación de los tribunales de seguir sus propios precedentes. Esta obligación, inexistente en el nivel de los jueces inferiores, por considerársles privados de función creativa, no vale desde hace tiempo para los tribunales superiores ingleses y estadounidenses, mientras que en el nivel intermedio conoce muchas excepciones y derogaciones, sobre todo en los Estados Unidos.

Añádase a esto el papel de primer orden asumido por la ley escrita en los sistemas de *common law*, indispensable para atender a las crecientes tareas atribuidas a los poderes públicos en el gobierno, aunque solo sea indirecto, de la economía y la sociedad. Hasta el punto de que los Estados Unidos han re-

---

9 Piola Caselli, Voz «Giurisprudenza», cit., p. 846.

currido incluso a la codificación para armonizar la materia mercantil en todo el territorio nacional, regulada ahora en el *Uniform commercial code* promulgado en 1952. Por no hablar del rol asumido por la ley escrita en el Reino Unido, tanto para la construcción del sistema de seguridad social como para el desarrollo de un derecho privado compatible con el proceso de unificación jurídica en el área europea.

Por el contrario, en los sistemas de *civil law* es cada vez más evidente la necesidad de difuminar la distancia aparentemente insalvable entre la autoridad persuasiva y el alcance vinculante de un precedente jurisprudencial, como mínimo por la creciente tendencia de muchos tribunales supremos a respetar sus propios precedentes. Además, en simetría con el amplio recurso al derecho escrito en los sistemas de *common law*, en los ordenamientos de derecho codificado se dan por descontadas la creciente inactividad del legislador y la correspondiente producción de reglas de fuente exclusivamente jurisprudencial. De ahí la idea de una convergencia «en los hechos» de los sistemas de *common law* y de *civil law*<sup>10</sup>.

Por otro lado, la convergencia atañe al modo de ser del sistema de fuentes, pero no puede decirse lo mismo respecto a otros elementos identificativos de lo que hemos definido como el estilo de un sistema: en particular, la mentalidad jurídica y las categorías utilizadas por los juristas. Si se tienen en cuenta estos y otros aspectos, la retórica de la convergencia debe ceder el paso, necesariamente, a una retórica de la divergencia. O debe, al menos, revelarse como tal, como retórica, pues la exaltación de los puntos en común o de las diferencias entre sistemas es un hecho esencialmente atribuible a las sensibilidades culturales o al correspondiente punto de vista elegido por quien observa esos sistemas.

Han de tenerse presentes estas consideraciones para valorar cuanto veíamos en relación con la construcción de la unidad europea, en función de la cual se han elaborado cotejos entre los sistemas de *common law* y *civil law* evidentemente dirigidos a argumentar la posibilidad (y la oportunidad política) de un acercamiento. Todo ello va acompañado por el llamamiento a realizar una total «revisión de la historia jurídica inglesa», pensada precisamente para acompañar ese proceso de integración europea que necesita ahora encontrar puntos de contacto entre culturas jurídicas antes reconstruidas como radicalmente alternativas<sup>11</sup>.

---

10 G. Alpa, *L'arte di giudicare*, Laterza, Roma-Bari, 1996, p. 17.

11 Berman, *Diritto e rivoluzione*, cit., p. 39.

Por este camino se han adentrado no pocos estudiosos que, en concreto, han revisitado los acontecimientos ingleses de la segunda mitad del siglo XIX como preparatorios, si no de la convergencia de *common law* y *civil law*, sí al menos del ambiente en el que dicha convergencia ha podido iniciarse, subrayando los puntos de contacto en la evolución histórica de los dos polos de la tradición jurídica occidental. Es efectivamente en el siglo XIX cuando algunas importantes reformas determinaron la fusión de las competencias judiciales de los tribunales de *common law* y *equity* y abolieron el sistema de las *forms of action*. Con ello estimulaban un desarrollo del derecho substancial según cánones menos alejados de los típicos de los países de *civil law*, que resultaban también más accesibles por la difusión en el *common law* de una aproximación científica y sapiencial al estudio del derecho<sup>12</sup>.

No todos se refieren a estas circunstancias para documentar los pormenores de una convergencia entre *common law* y *civil law*. Existen evidentemente retóricas de otro signo, concebidas para identificar y subrayar diferencias entre los dos sistemas que serían, en último término, insalvables. Esas diferencias pueden concernir al plano de los valores, si bien éste implica a fases históricas más cercanas a nosotros, como demuestra la literatura sobre los modelos de capitalismo (*supra* II.2.5). Pueden también referirse al nivel técnico-jurídico, entendido éste en sentido amplio, es decir, el que incluye no sólo el perfil de las categorías típicas de los sistemas de *common law* y *civil law* sino también sus respectivas mentalidades jurídicas. A la luz de estas diferencias, sostienen algunos, sería incluso imposible pensar en llevar a cabo la unificación del derecho privado en el área europea, calificable como un auténtico acto de «imperialismo»<sup>13</sup>.

Evidentemente, a la amplia gama de posiciones expresadas por los comparatistas utilizando el punto de vista del derecho privado se corresponde un espectro igualmente amplio de orientaciones de los público-comparatistas. Éstos se ocupan de las mismas cuestiones hasta aquí tratadas, reflexionando, por ejemplo, sobre la distancia efectiva entre los modelos de *common law* y *civil law* analizados desde la perspectiva del sistema de fuentes del derecho.

---

12 Véanse J. Gordley, «Common law und civil law», en *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 1 (1993), pp. 498 ss. y las contribuciones recogidas en M. Reimann (ed.), *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820-1920*, Duncker & Humblot, Berlín, 1993.

13 Por ejemplo, P. Legrand, «Antivonbar», en *Journal of Comparative Law*, 1 (2006), pp. 13 ss.

Por otro lado, existen enfoques típicos de la materia, como los que atienden a la estructura federal del ordenamiento o al control de constitucionalidad de las leyes, que llevan a desdramatizar la fractura entre derecho europeo-continental y derecho angloamericano<sup>14</sup>, aunque se trata de cotejos en los que se privilegia la experiencia estadounidense.

A la madre patria del modelo de *common law* se refiere, en cambio, la constatación de que la presencia de un derecho administrativo no constituye una peculiaridad de los países de *civil law*: ningún cuerpo social complejo puede, por lo demás, renunciar a organizarse a través de un aparato administrativo<sup>15</sup>.

### 3. De la clasificación a las jerarquías: la superioridad del common law

Como sabemos, la idea de tradición jurídica occidental, necesariamente fundada en la insistencia en los puntos de contacto entre *common law* y *civil law*, va más allá de los caracteres de orden «técnico»: valora también el plano «ideológico» y, en concreto, la referencia compartida a la democracia política y a los principios económicos del capitalismo (*supra* II.2.2). Por otra parte, también este plano, al igual que el técnico, se presta a inspirar discursos centrados tanto en la exaltación de los puntos comunes como en el subrayado de los motivos de disconformidad.

En el pasado, la referencia al capitalismo como fundamento de la tradición jurídica occidental fue utilizada para equilibrar una especie de complejo de inferioridad del sistema de *common law* respecto al sistema de *civil law*: podía considerarse a aquél más «atrasado» que éste desde el punto de vista técnico-jurídico, pero la situación se invertía si, en cambio, se tenía en cuenta el «desarrollo económico». Más recientemente, sin embargo, se ha establecido un nexo entre el modelo de capitalismo típico del área estadounidense y su correspondiente modelo de democracia, para deducir luego la superioridad del sistema jurídico puesto como fundamento de ambos modelos: una superioridad del *common law* sobre el *civil law* derivada de datos incontrovertibles en la medida en que están medidos con la regla del «estilo de vida»<sup>16</sup>.

14 A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Giuffrè, Milán, 1998<sup>2</sup>, pp. 377 ss.

15 G.F. Ferrari, «Civil law e common law», en P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (eds.), *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2013<sup>5</sup>, p. 663.

16 J.H. Merryman, *La tradizione di civil law* (1969), Giuffrè, Milán, 1973, p. 10.

A esta conclusión se ha llegado después de que el ordenamiento estadounidense arrebatara al inglés su papel de experiencia representativa de la tradición de *common law*, lo cual se verificó cuando el primero asumió el rol de potencia hegemónica a nivel planetario: como muy tarde, tras el segundo conflicto mundial. Las características del modelo de democracia que es considerado típico de los sistemas de *common law* son reconstruidas a partir de la constatación de que, en los Estados Unidos, la separación de poderes ha sido llevada a cabo de tal modo que permite el equilibrio recíproco, valorizando por tanto el conocido esquema anticipado por Montesquieu. De ahí el contraste con la solución adoptada en la Europa continental, en la senda de lo realizado en Francia en virtud del legicentrismo que caracteriza su historia reciente y que determina una relectura de Montesquieu a la luz de las teorías de Rousseau. Éste consideraba que el poder legislativo, en la medida en que estaba más cerca de la soberanía popular, era superior a los otros poderes, considerados en cierto modo delegados. Por esta razón, en los sistemas de *civil law*, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas de *common law*, se rechaza la idea de que los poderes están colocados en el mismo plano y están llamados a limitarse unos a otros; los primeros sistemas, a diferencia de los segundos, atenúan la contraposición entre poder legislativo y poder ejecutivo, ambas articulaciones de un mecanismo dirigido a permitir que se exprese la voluntad popular.

Se pone así de manifiesto lo que ya Friedrich von Hayek consideraba otra diferencia entre los dos polos de la tradición jurídica occidental. En los países de *common law*, el poder legislativo no sólo no está por encima de los otros poderes, sino que sólo en parte corresponde al parlamento: de éste emanan sobre todo reglas de organización y, por tanto, de derecho público, mientras que las reglas de conducta y, por tanto, de derecho privado y penal son habitualmente producidas por los tribunales, es decir, «desde abajo». En cambio, en los países europeo-continentales las reglas de conducta están contenidas en los códigos, esto es, proceden de un acto de imperio del parlamento, lo que las hace menos aptas para proporcionar una tutela satisfactoria de los derechos subjetivos patrimoniales, subordinada a la voluntad de los poderes públicos<sup>17</sup>. De ahí la conclusión, opuesta a la de una abundante literatura pro-pensa a ver en el código civil el instrumento de la burguesía, de que entre los

---

17 F.A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà* (1973-1979), Il Saggiatore, Milán, 2000, pp. 154 ss.

caracteres identificativos de los sistemas de *common law* hay que enumerar su «eficiencia»<sup>18</sup>.

Como puede intuirse, semejante conclusión deriva tanto de notables simplificaciones y distorsiones de los datos históricos como de una selección de elementos de los dos polos de la tradición jurídica occidental dirigida a exaltar su contraposición: curiosamente, los mismos elementos utilizados para promover el legicentrismo. Por otro lado, con el trasfondo de este esquema se acaba tratando las diferencias entre los sistemas de *common law* y *civil law* desde el punto de vista del modo de entender el capitalismo, que está en el origen de una contraposición de la que ya nos hemos ocupado: la que existe entre capitalismo neoamericano y economías de mercado liberales, por una parte, y capitalismo renano y economías de mercado coordinadas, por otra (*supra* II.2.5).

Los instrumentos utilizados para profundizar en esta contraposición, y para amplificar así las diferencias entre los dos polos de la tradición jurídica occidental, son tomados en préstamo de la Nueva Economía Institucional. Ésta concentra su atención en los costes de intercambio y producción relacionados con las «reglas del juego de una sociedad», que pueden entonces ser valorados desde el punto de vista de su incidencia conjunta sobre la «calidad de la evolución económica»<sup>19</sup>. Hace tiempo que los fautores de este enfoque llegaron a la convicción de que las reglas del juego, en la medida en que indican los requisitos para que un acuerdo sea considerado válido y, por tanto, asistido por el derecho, producen costes directamente proporcionales al nivel de injerencia de los poderes públicos en la actividad privada. De ahí se deriva que la intervención estatal está condenada a provocar un derrumbamiento del mercado, cuya eficiencia se ve en cambio favorecida por la diligente limitación de dicha intervención<sup>20</sup>.

Este esquema se basa, evidentemente, en la antigua premisa, más o menos explícita, de que la promoción de las libertades económicas conduce necesariamente a realizar la mejor distribución posible de la riqueza, es decir, coincide con la búsqueda del bien común. Hubo un tiempo en que esta premisa no

---

18 R.A. Posner, «Some Uses and Abuses of Economics in Law», en *University of Chicago Law Review*, 46 (1979), pp. 281 ss.

19 D.C. North, *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia* (1990), Il Mulino, Bolonia, 1994, pp. 23 ss.

20 R. Coase, «The Problem of Social Cost», en *Journal of Law and Economics*, 3 (1960), pp. 1 ss.

llevaba a formular conclusiones sobre el nexo existente entre las cualidades de un orden económico y el derecho en el que éste se funda: por el contrario, la celebración de la superioridad del capitalismo neoamericano o de las economías de mercado liberales convivía, como sabemos, con la constatación de la inferioridad técnico-jurídica de los sistemas de *common law* respecto a los de *civil law*. La perspectiva ha cambiado ahora y conduce a la conclusión de que la calidad de un modelo de capitalismo depende de que se rija según reglas del juego de matriz angloamericana y no europeo-continental.

Semejante conclusión ha sido apoyada sobre todo por los estudiosos que a principios del nuevo milenio dieron vida a la Nueva Economía Comparada, un enfoque cuyos términos y objetivos han sido presentados en un estudio sobre los requisitos exigidos por los derechos nacionales para la puesta en marcha de una actividad empresarial. El estudio, financiado por el Banco Mundial, llega a conclusiones acordes con cuanto vienen afirmando los teóricos de la elección pública desde los años sesenta del siglo pasado<sup>21</sup>: los derechos nacionales que requieren un número elevado de obligaciones alimentan a los profesionales de la política, a los burócratas estatales y a las empresas respaldadas por ellos, «en parte porque quien ha concebido esos derechos es inadecuado, y en parte porque sus políticas incrementan las rentas de la corrupción». Por el contrario, los derechos nacionales que limitan los requisitos benefician a los mercados: sería típico de ordenamientos que «facilitan el acceso al poder político» y «ponen mayores límites a los órganos administrativos». Por este motivo, concluyen los autores del estudio, la tradición de *common law*, en la medida en que instituye un «gobierno limitado», debe ser preferida frente a la tradición de *civil law*, con su «inclinación a la intervención pública en la vida económica»<sup>22</sup>.

Sería fácil replicar a estas conclusiones con las observaciones de quienes han formulado la distinción entre capitalismo renano y capitalismo neoamericano (*supra* II.2.5). En este ámbito, se ha explicado que el sistema jurídico más favorable a la puesta en marcha de una actividad empresarial es el mismo que incluye un sistema de crédito a las empresas que produce conflictividad y, por tanto, quiebras del mercado. Así es efectivamente el sistema de crédito confiado a la bolsa, típico de los países de *common law*, frente a los

---

21 J.M. Buchanan, J. Tullock, *The Calculus of Consent*, University of Michigan Press, Ann Arbor (Mich.), 1962.

22 S. Djankov *et al.*, «The Regulation of Entry», en *The Quarterly Journal of Economics*, 117 (2002), pp. 1 ss.

países del *civil law* que, en cambio, confían la financiación de las empresas a las instituciones bancarias, a su vez participadas por las empresas, y alimentan así un sistema económico que, por un lado, está cerrado a las novedades pero por otro produce equilibrio, cooperación y paz social.

Sin embargo, para los fautores de la Nueva Economía Comparada la superioridad de los países de *common law* sobre los de *civil law* es verificable en numerosas hipótesis, hasta el punto de que es posible formular una teoría que fundamente semejante jerarquía. Así ocurre en un estudio dirigido a identificar la relación óptima entre orden estatal o dictadura y desorden de los particulares, ambos capaces de amenazar al mercado si no están correctamente equilibrados. El estudio afirma querer tener en cuenta el contexto específico en el que han calado los modelos económicos y, por tanto, no pretender llegar a conclusiones universalmente válidas. Por el contrario, con la complicitad del método cientificista empleado (*infra* III.1.4), es precisamente eso lo que sucede, obviamente en beneficio del *common law*.

Sostienen los autores del estudio que tanto el exceso de orden como el de desorden conducen a la violación de derechos subjetivos patrimoniales (*property rights*): en el primer caso, a causa de los abusos de los poderes públicos, en el segundo, en virtud de acciones ilícitas de los operadores del mercado en competencia entre ellos. Por ello se reclama la intervención de las instituciones estatales, destinada a minimizar los costes sociales del desorden privado y de la dictadura a través de un nivel óptimo de injerencia: el relacionado con la denominada «Frontera de las Posibilidades Institucionales» (*institutional possibilities frontier*), que coincide con «la elección institucional eficiente específica de una cierta sociedad o de un cierto sector de la sociedad»<sup>23</sup>.

#### 4. La teoría del origen legal

A partir de ese esquema, las tradiciones de *common law* y *civil law* son reconstruidas en su evolución histórica, con grandes simplificaciones y forzamientos ideológicos, y confrontadas desde el punto de vista concreto de las reglas jurídicas que tutelan los derechos subjetivos patrimoniales. Se atiende además al contexto en el que esas reglas son aplicadas, a su efectividad, o a lo que los economistas llaman la capacidad de producir una buena prestación económica.

---

<sup>23</sup> S. Djankov *et al.*, «The New Comparative Economics», en *Journal of Comparative Economics*, 31.4 (2003), pp. 595 ss.

Destacan los fautores de la Nueva Economía Comparada que desde el principio la tradición de *common law* pudo asegurar un ambiente legal favorable al funcionamiento del mercado. En Inglaterra, la Corona logró monopolizar pronto el poder político y poder así ejercer el control sobre sus posesiones: por ello, pudo garantizar los derechos subjetivos patrimoniales mediante un sistema de reglas ciertas producidas por los tribunales y administradas de modo eficiente por jueces independientes. La tradición de *civil law*, representada por el derecho francés, es descrita en términos opuestos; en ella, el poder político ha estado durante mucho tiempo sometido a fuerzas centrífugas que han determinado una Frontera de Posibilidades Institucionales desfavorable al funcionamiento eficiente del mercado: un derecho privado codificado, administrado por jueces escasamente independientes. Esta situación habría permanecido substancialmente intacta pese a que la Frontera se haya ido modificando y haya habido, por tanto, posibilidades de adoptar soluciones similares a las del *common law*<sup>24</sup>.

Se explica así, de manera simplista e ideológica, la falta de prestación del ordenamiento francés y de los ordenamientos que lo han tomado como modelo. Se explican así la inferioridad casi antropológica de la tradición de *civil law* en su conjunto y los mejores resultados obtenidos por los ordenamientos que, en cambio, han imitado al derecho de origen inglés.

Que los ordenamientos de matriz romanista sean menos eficientes que los fundados en el derecho inglés ya había sido sugerido en una investigación dedicada a la tutela de los derechos y prerrogativas del inversor: el principal actor de un sistema de financiación de las actividades empresariales centrado en el mercado de capitales (y no en la institución bancaria), característico del capitalismo neoamericano y de las economías de mercado liberales. Los autores de dicha investigación formularon conclusiones centradas en el «origen legal» de los ordenamientos nacionales analizados, es decir, en los condicionamientos que se derivan del hecho de que se hubieran desarrollado a partir de la imitación del derecho de las potencias colonizadoras europeas; se trataría, por tanto, de una imitación inicialmente obligada, aunque atribuible después a decisiones autónomas o, en todo caso, no dictadas por actos impositivos explícitos.

La época del colonialismo se puso en marcha en el siglo XVI en virtud de las políticas expansionistas de los países europeos y formalmente concluyó sólo en la segunda mitad del siglo pasado. Uno de sus principales protagonistas,

---

24 *Ivi*, pp. 604 ss.

Inglaterra, contribuyó a la difusión del sistema de *common law* en la América septentrional, en la India y en Australia. Los otros colonizadores europeos, como Francia, Alemania, Holanda, Portugal y España, pertenecían en cambio a la tradición de *civil law* que, por ese camino, llegó a la América latina y a numerosos países africanos. A partir del origen legal de los ordenamientos nacionales analizados se concluye que que la imitación del derecho inglés ha llevado a desarrollar niveles elevados de protección de los inversores, más limitados en cambio en los casos en los que los modelos de referencia eran de *civil law*. Es, de nuevo, el efecto de las características de este segundo sistema, o sea, del favorecimiento de una excesiva injerencia de los poderes públicos en la definición de los derechos de los accionistas, de los titulares de intereses y de los acreedores en general, unido a la escasa efectividad de la tutela de esos derechos<sup>25</sup>.

La afirmación que del origen legal de un ordenamiento nacional puede derivarse su prestación económica no sólo se ha predicado del derecho mercantil y societario. Se ha dicho lo mismo al analizar la regulación del contrato de trabajo por cuenta ajena, de las relaciones industriales y del sistema de seguridad social. En esos ámbitos, los países de *common law* confían a la contratación (y a la conflictividad) privada la solución a los fallos del mercado, mientras que en los ordenamientos *civil law* el énfasis recae en la supervisión del orden económico por parte de los poderes públicos y en un notable recurso a la seguridad social. De esta manera, los ordenamientos cuyo origen legal es inglés obtendrían mejores niveles ocupacionales y salariales, mientras que los sistemas de matriz romanista se distinguirían por favorecer la ilegalidad y el desempleo, sobre todo juvenil y femenino<sup>26</sup>.

El origen legal no se limita a caracterizar los ordenamientos nacionales en relación a la prestación económica de las regulaciones existentes. La confianza en la capacidad de los mercados de producir una óptima redistribución de la riqueza, finalidad que no debe ser confiada, por tanto, al intervencionismo estatal, determina también una mayor adaptabilidad de los ordenamientos jurídicos a los cambios sociales, punto fuerte que hay que atribuir a los sistemas de *common law* frente a los de *civil law*<sup>27</sup>.

---

25 R. La Porta *et al.*, «Law and Finance», en *Journal of Political Economy*, 106 (1998), pp. 1113 ss.

26 J.C. Botero *et al.*, «The Regulation of Labor», en *The Quarterly Journal of Economics*, 119 (2004), pp. 1339 ss.

27 R. La Porta *et al.*, «The Economic Consequences of Legal Origins», en *Journal of Economic Literature*, 46 (2008), pp. 285 ss.

La inspiración ideológica de la teoría del origen legal es evidente, no requiere especiales reflexiones que la denuncien y prueben. Ni siquiera habría que esforzarse demasiado en comentar la supuesta razón de la superioridad del *common law*, fundada ante todo en la calidad de la reglamentación de los mercados financieros: la reciente crisis internacional constituye la confirmación evidente de la imprudencia de semejantes afirmaciones<sup>28</sup>.

Es más útil aludir a algunos presupuestos de la teoría y, sobre todo, a las modalidades elegidas para clasificar los diversos derechos nacionales analizados. Efectivamente, aunque en algunos casos esta operación resulta relativamente simple, en otros es decididamente problemática y controvertida, hasta al punto de hacer intolerables las simplificaciones y banalizaciones típicas de las clasificaciones utilizadas por los teóricos de la Nueva Economía Comparada: sobre todo, cuando se deducen de un excesivo énfasis en datos meramente formales, como el que lleva a referirse al origen legal alemán de la experiencia china, fundándose en la circunstancia de que ésta ha imitado algunos modelos legislativos de aquél<sup>29</sup>.

Aunque los fautores de la Nueva Economía Comparata afirmen valorar las normas sociales junto a las jurídicas, acaban realmente concentrando su atención en las segundas. Como hemos apuntado, es inevitable que la investigación resultante se vea afectada por los mismos vicios que denuncian quienes parten del valor subversivo de la comparación jurídica.

Pero eso no es todo: es igualmente criticable el enfoque cientificista que se desprende de las técnicas empleadas para el cotejo, que pretenden suministrar mediciones objetivas e incuestionables como son las producidas por una comparación numérica o cuantitativa. Tendremos ocasión de profundizar en este aspecto (*infra* III.1.5), también para ponerlo en relación con otro vicio verificable en la teoría del origen legal, que pasa por alto que la imitación de los modelos jurídicos nunca se reduce a su fiel reproducción y que, por tanto, no constituye en sí misma un indicio suficiente para probar la pertenencia a una familia de sistemas.

---

28 Véase A. Gambaro, «Common law e civil law», en F. Carpi (ed.), *Due iceberg a confronto: le derive del common law e civil law*, Giuffrè, Milán, 2009, p. 28.

29 M.M. Siems, «Legal Origins: Reconciling Law & Finance and Comparative Law», en *McGill Law Journal*, 52 (2007), pp. 65 s.

## 5. *Del derecho socialista al derecho occidental*

Antes e inmediatamente después de la caída del muro de Berlín, en todas las principales clasificaciones los países socialistas formaban un agrupamiento autónomo. Efectivamente, era común a esos países la adhesión a una visión del mundo respaldada por el marxismo-leninismo y el correspondiente materialismo histórico y dialéctico, según el cual el fundamento del orden social es de tipo económico y, por tanto, se ve condicionado por las relaciones de producción que el derecho, como superestructura, está llamado a reflejar. Desde esta perspectiva, la evolución del derecho constituiría el mero reflejo del cambio en las relaciones de fuerza que están en la base de las relaciones de producción, es decir, del orden social como orden económico: se explica así el paso del feudalismo al capitalismo, y de éste al socialismo que, sin embargo, no constituye todavía el último estadio del itinerario evolutivo. Para el marxismo-leninismo éste concluye con el advenimiento de la sociedad comunista: sociedad sin clases y, por tanto, orden carente de contrastes, en el que el derecho pierde su función. De ahí el carácter peculiar de los países socialistas: concebían el derecho como indisociable de la política o, pensando en la sociedad ideal, decretaban su fin inminente<sup>30</sup>.

Mientras identificaban las peculiaridades del derecho de los países socialistas, los comparatistas no dejaban de señalar que muchos de ellos habían sido parte de la tradición jurídica occidental antes de pertenecer al bloque soviético. Esto concernía especialmente a países como Checoslovaquia, Croacia, Polonia, Eslovenia y Hungría, cuyo derecho era deudor del austriaco, del francés o del alemán, aunque lo mismo podía decirse de los países balcánicos que, durante mucho tiempo, habían estado bajo la dominación turca pero habían establecido más tarde fuertes vínculos con la cultura jurídica occidental.

Sólo presentaba rasgos especiales la situación de Rusia, que tendría una tradición jurídica «débil», o sea, desvinculada de aquello que se considera que identifica el perímetro del derecho occidental. Se trataría de un país efectivamente «retrasado» desde el punto de vista técnico y, remontándonos a las causas, desde el punto de vista de la reivindicación de la autonomía del derecho respecto a la política: los juristas eran «los servidores del Zar y del Estado, más que del derecho», y además carecían de «espíritu de cuerpo»<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Por ejemplo, K. Zweigert, H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, vol. 1, Mohr, Tübingen, 1971, pp. 349 ss.

<sup>31</sup> R. David, C. Jauffret Spinosi, *I grandi sistemi giuridici contemporanei* (1978), Cedam, Padua, 1980<sup>3</sup>, pp. 139 ss.

Atendiendo al pluralismo jurídico y, en concreto, a las precisiones sobre las estratificaciones jurídicas (*supra* I.2.2), podemos comprender cómo el ascenso del socialismo y el correspondiente alejamiento de la tradición jurídica occidental, aunque fueran producidos por un acto revolucionario y, por tanto, rechazasen toda continuidad con el pasado, no podían impedir una especie de ultraactividad de todo lo que se consideraba típico de esa tradición. A pesar de que los estudiosos del derecho socialista defendieran que era incomparable con el derecho burgués, se ha documentado cómo en él podían identificarse trazas, no necesariamente secundarias, de este último.

Esos elementos (calificables como «sustratos» o «estratos culturales pre-existentes») han sido registrados sobre todo en el derecho privado, al que cabe considerar menos expuesto a los cambios políticos que el derecho público. Efectivamente, en el derecho privado de los países socialistas podían detectarse los signos indelebles de la circulación de los modelos occidentales y, por tanto, la persistencia de construcciones de matriz romanística. Es evidente que esto no afluía sólo del análisis de los códigos presocialistas, calcados, como hemos dicho, de los ejemplos austriaco, francés y alemán; también la ciencia jurídica, por regla general formada en la escuela pandectística, conservaba trazas inconfundibles del pasado aun cuando exhibiese su sintonía con el nuevo régimen<sup>32</sup>.

Nos podemos preguntar si todo ello implica una falta de sintonía con el experimento socialista; es decir, si la identificación de un sustrato romanista en la base del derecho socialista nos devuelve la imagen de un experimento frustrado, reducido incluso al nivel de la mera declamación<sup>33</sup>. No es en el terreno de las continuidades técnico-jurídicas donde podemos encontrar respuesta a estas cuestiones: la pandectística y, en general, la romanística, con su aspiración a suministrar instrumentos para ordenar las relaciones sociales al margen de sus coordenadas espaciotemporales, ha podido ponerse al servicio de las más disparatadas construcciones políticas (*infra* III.2.2). Las continuidades en el plano técnico pueden, por tanto, convivir con rupturas en el plano ideológico como, por otro lado, se deriva de la asunción de un punto de vista externo sobre el derecho (*supra* I.1.3).

Obviamente, de continuidad puede también hablarse (y se ha hablado) en

---

32 R. Sacco, «Il sustrato romanistico del diritto civile dei Paesi socialisti», en *Rivista di diritto civile*, 1 (1969), pp. 115 ss.

33 Por ejemplo, I. Markovits, *Sozialistisches und bürgerliches Zivilrechtsdenken in der DDR*, Wissenschaft und Politik, Colonia, 1969, especialmente pp. 105 ss.

relación a la fase posterior a la disolución del bloque soviético, en este caso en favor del derecho socialista. Aunque la disolución no ha sido llevada a cabo mediante sucesos especialmente cruentos, se ha visto determinada por los ritmos del hecho revolucionario y ha comportado reacciones típicas del hecho revolucionario: la voluntad de cancelar la continuidad con el pasado reciente. Y, sin embargo, no puede hablarse de verdadera discontinuidad, al menos si se observa el actual sistema de fuentes de los países exsocialistas: no son pocas las fuentes que provienen del período socialista (o, eventualmente, del período anterior) y que han sido adaptadas a la nueva realidad pero conservando, como mínimo, sus características formales<sup>34</sup>.

Discurso aparte merece la República Democrática Alemana, que ha dejado de existir para pasar a formar parte de la República Federal Alemana, cuyo sistema de reglas e instituciones jurídicas ha asumido en bloque. De su implementación se han encargado juristas formados en las universidades occidentales y transferidos al este, evitando así las continuidades provocadas, en otros países exsocialistas, por la imposibilidad material de substituir a toda la clase dirigente comprometida con el régimen caído en desgracia.

Volvamos, sin embargo, a las continuidades rastreables en el conjunto de los países del antiguo bloque soviético. Desde luego, al destacarlas no se pretende disminuir las notables transformaciones que en el campo jurídico han acompañado el tránsito al nuevo régimen y que sobre todo pueden deducirse de los textos dotados de un significado político más inmediato, como las Cartas constitucionales: transformaciones relativas al abandono del monopartidismo, a la reforma del sistema de derechos y deberes del ciudadano o a la superación de la economía planificada. Tampoco puede olvidarse el papel que en todo ello ha desempeñado el sistema crediticio internacional que, en cierto modo, ha actuado de catalizador de reformas obtenidas como contrapartida por los préstamos necesarios para financiar la transición, en el ámbito de la denominada asistencia legal.

Deben recordarse iniciativas como las emprendidas por el Banco Mundial y por el Fondo Monetario Internacional, al que inmediatamente después del derrumbamiento del bloque soviético se adhirieron los países exsocialistas para poder disfrutar de los llamados Planes de Ajuste Estructural. Hay que mencionar también la acción del Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo, instituido a principios de los años noventa del pasado siglo con el objetivo de financiar, precisamente, la transición del socialismo al capi-

---

34 G. Ajani, *Il modello post-socialista*, Giappichelli, Turín, 2008<sup>3</sup>, pp. 40 s.

talismo de los países de la Europa central y oriental y de Asia central (*infra* II.4.3)<sup>35</sup>.

Las reformas promovidas (especialmente en el caso del Fondo Monetario Internacional) han sido las típicas de los países en los que se han practicado formas de capitalismo de tipo neoamericano o, en todo caso, acordes con la economía de mercado liberal. De esta manera, la plena reintegración de los países exsocialistas a la tradición jurídica occidental no se ha traducido en el regreso a un pasado caracterizado por su impronta romanística sino que, por el contrario, se ha producido reflejando el actual reequilibrio de las relaciones de fuerzas entre los dos polos de la tradición (los modelos de *civil law* y *common law*).

Todo ello ha provocado (y está provocando) un desarrollo de la construcción europea según cánones que la alejan de la tradicional referencia al capitalismo renano o a la economía de mercado coordinada (*supra* II.2.5). Hablaremos de ello en breve, al tratar de la reestructuración de la deuda soberana que actualmente afecta a algunos países europeos y que, no por casualidad, es también programada y dirigida por el Fondo Monetario Internacional (*infra* II.4.5).

## 6. *El derecho latinoamericano como periferia del derecho occidental*

Si se excluyen algunas propuestas aisladas (aunque también notables), las habituales clasificaciones de los sistemas en familias descuidan el derecho latinoamericano como experiencia dotada de una identidad propia. Se muestra constante, y aún resistente, la idea de que ese derecho pertenece a la tradición jurídica occidental en la que ocupa, sin embargo, una posición periférica, la reservada a los malos imitadores del modelo arbitrariamente elegido como parámetro y medida de la centralidad.

Los privatistas han fundado y fundan esta conclusión en el análisis de la circulación de los modelos de código: muchos países latinoamericanos habrían tomado prestados los modelos franceses, impuestos en el área mediante la colonización, pero también por el prestigio que se les reconoce en la época de la descolonización<sup>36</sup>. De este modo se ha construido deliberadamente una

35 G. Ajani, *Diritto dell'Europa orientale*, Utet, Turín, 1996, pp. 115 ss.

36 P. Arminjon, B. Nolde, M. Wolff, *Traité de droit comparé*, vol. 1, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1950, p. 50. Siguiendo esa línea, por ejemplo, K.

suerte de jerarquía entre ordenamientos nacionales incluidos en el mismo reagrupamiento, destinada a reflejar las dinámicas referidas a la circulación del modelo considerado original y por tanto central. Si los países de América central y meridional se han inspirado concretamente en la codificación francesa, es porque eso mismo hicieron España y Portugal, o sea, los principales colonizadores de aquella porción del mundo. Y ello equivale a decir que, si Francia está colocada en el centro de la experiencia jurídica occidental, los países latinoamericanos representan su extrema periferia.

En el fondo es éste el concepto recientemente expresado por los teóricos del origen legal, que consideran que esos países están atrasados también y sobre todo porque están inspirados en el modelo de *civil law*. No habría sido así si, por el contrario, se hubiesen orientado hacia los países de *common law*, cuyo derecho les habría asegurado prosperidad (*supra* II.3.4). Idéntica habría sido, de todos modos, su constricción dentro de una relación jerárquica, su etiquetado como periferia de un centro del que tomar prestadas reglas e instituciones.

Hasta aquí el punto de vista de los privatistas sobre la clasificación de los países latinoamericanos, atraídos por la órbita del *civil law*. Quien utiliza el punto de vista del derecho público señala, por el contrario, que esos países son deudores del *common law*, en especial del estadounidense. Prueba de ello sería la opción de los países latinoamericanos por el federalismo y el presidencialismo, precisamente modelados sobre el ejemplo estadounidense<sup>37</sup>.

La calificación del derecho latinoamericano como periferia del centro occidental es superada sólo aparentemente por quienes clasifican los ordenamientos a partir de las modalidades de control o incentivación social (*supra* II.2.4). El derecho latinoamericano pierde la condición de periferia de la tradición jurídica occidental, aunque acaba siendo identificado mediante características que lo ponen, de todos modos, en posición subordinada respecto a aquella tradición. A ello conduce la inclusión de los países latinoamericanos entre los ordenamientos de hegemonía política, motivada por la circunstancia de que todavía no han completado el recorrido hacia la realización del que se considera carácter fundante de los sistemas de hegemonía profesional: el

---

Zweigert, H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Mohr, Tübingen, 1996<sup>3</sup>, pp. 112 ss.

<sup>37</sup> Por ejemplo, R.B. Schlesinger *et al.*, *Comparative Law*, Foundation Press, Nueva York, 1998, p. 291.

divorcio entre el circuito del derecho y el circuito de la política<sup>38</sup>. Y esto equivale a decir que, si bien el área latinoamericana no constituye la periferia de un modelo, representa sin embargo el centro de un modelo distinto considerado periférico en su conjunto, en la medida en que está atrasado respecto a cuanto identifica a las experiencias occidentales.

Tampoco escapan a este esquema las clasificaciones centradas en la cuestión de la tradición jurídica, pues no discuten la relación jerárquica entre el centro europeo y la periferia latinoamericana, esto es, el peso atribuido a los caracteres tradicionalmente invocados para sostener esa relación: el primero de ellos, el papel de la codificación civil como «expresión de una ideología», mitigada no obstante por las innovaciones ligadas al constitucionalismo, que se desarrolla en el área europea para ser luego recibida por el continente sudamericano<sup>39</sup>.

Esquemas similares se encuentran en otros teóricos de la tradición jurídica, que sacan a la luz el valor simbólico de la codificación francesa, su fuerza seductora como texto capaz de sintonizar con los sentimientos de quien acaba de liberarse de los colonizadores<sup>40</sup>. Invocando la valencia simbólica de una construcción jurídica como motor de su circulación, no se establece directamente una relación jerárquica con el ordenamiento importador, que puede perfectamente hacer que esa construcción exprese nuevos contenidos. Y, sin embargo, los contenidos son así devaluados o, en todo caso, puestos en un segundo plano respecto al continente, cuyo origen acaba determinando la clasificación del ordenamiento importador y, por tanto, sustentando su colocación en posición periférica.

Por lo demás, también el perfil de los contenidos nutre esta clasificación. Los comparatistas han fabricado agrupamientos de los derechos nacionales que, en conjunto, consideran occidentales los derechos orientados de algún modo hacia la construcción de sociedades capitalistas y democráticas. Se han elaborado así narraciones al servicio del carácter tendencialmente global de la modernidad, que elevan al área europea y estadounidense a centro productivo de modelos de convivencia social, destinados a ser imitados por las periferias del planeta. Desde esta perspectiva, el derecho latinoamericano ha

---

38 U. Mattei, «Three Patterns of Law. Taxonomy and Change in the World's Legal Systems», en *The American Journal of Comparative Law*, 45 (1997), p. 28.

39 J.H. Merryman, *La tradizione di civil law*, cit., pp. 40 ss.

40 M.A. Glendon, M.W. Gordon, P.G. Carozza, *Comparative Legal Traditions*, St. Paul (Minn.), 1999, p. 45.

terminado encontrándose «en el medio entre el mundo occidental, normalizado y hegemónico, y el oriental, exótico y subalterno». Es decir, ha acabado por ser entendido como «sombra algo pálida del derecho occidental» o, peor aún, como «lectura parcial y pobre de autores que sólo pueden ser bien conocidos en contextos interpretativos ricos»<sup>41</sup>.

Habíamos anunciado que no todas las clasificaciones calcaban este esquema, que había taxonomías pensadas para exaltar la identidad latinoamericana. Algunos lo hacen documentando las numerosas y peculiares iniciativas dirigidas a armonizar los derechos nacionales de la zona<sup>42</sup>. Otros subrayan, en cambio, datos relativos a la evolución histórica de esos derechos.

Entre estos últimos, Mario Losano insiste ante todo en las modalidades con las que se colonizó América latina, incluyendo la asimilación de la población indígena que sobrevivió al exterminio, puesta (por lo menos formalmente) al mismo nivel que la población de la madre patria<sup>43</sup>. Esto habría provocado el desarrollo de formas peculiares de pluralismo jurídico: aunque se trata de formas débiles, estarían siempre en la base de los rasgos identificativos de la identidad latinoamericana.

En otros términos, el derecho latinoamericano es peculiar respecto al derecho occidental en la medida en que se configura como conmixción de rasgos identificativos de este último con elementos de la tradición indígena. Para algunos, es precisamente esta característica la que autoriza a invocar el esquema de la relación entre centro y periferia: si la modernidad occidental se define esencialmente como superación del elemento tradicional o, en todo caso, premoderno, el componente indígena proporciona el nivel de atraso del derecho latinoamericano. Es, sin embargo, posible tumbar este esquema, hablar de modernidades en plural y considerar el cruce entre el derecho indígena y el desarrollo de la democracia y del capitalismo como el rasgo que distingue a la modernidad latinoamericana de la occidental.

Para profundizar en estos aspectos nos referiremos a la clasificación propuesta por el teórico de las tradiciones jurídicas y de la diversidad jurídica sostenible (*supra* II.2.4). Glenn no eleva el derecho latinoamericano a tradi-

---

41 D.E. López Medina, «La teoria impura del diritto: la trasformazione della cultura giuridica latino-americana», en *Rivista Critica del Diritto Privato*, 29 (2011), pp. 198 s., 213.

42 A. Diurni, «America latina», en Id. (ed.), *Percorsi mondiali di diritto privato e comparato*, Giuffrè, Milán, 2008, pp. 58 ss.

43 M. Losano, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Roma-Bari, 2000, pp. 176 s.

ción jurídica autónoma pero afirma que la tradición ctónica sobresale entre sus rasgos peculiares, evidenciados precisamente por cuanto se considera constitutivo de la identidad del derecho indígena: el culto por la armonía entre los componentes del grupo humano, así como entre éste y el hábitat natural. Glenn atiende también a la tradición del *civil law*, para sostener que su influencia en el mundo resulta inconfundible, pero que no se debe únicamente a una «sincera admiración». La tradición del *civil law*, como las religiones occidentales, está entregada al proselitismo y es, por tanto, retratable en asociación con la idea de dominación, hasta el punto de que cabe preguntarse si «los occidentales son esencialmente unos fundamentalistas, en el sentido de que sus modelos son tan verdaderos que deben ser seguidos también en otros lugares»<sup>44</sup>.

Estas observaciones parecen anunciar la imposibilidad de combinar las dos tradiciones, la de *civil law* y la latinoamericana, de manera que pueda delinearse una nueva forma de modernidad; la experiencia latinoamericana es simplemente percibida como poco moderna, cuando no premoderna o antimoderna. Pero las cosas no pueden ser representadas en los términos de una contraposición tan radical. Aunque la modernidad occidental pretenda presentarse como síntesis de democracia y capitalismo, también ha producido y produce construcciones desequilibradas hacia el segundo: lo veremos en breve, cuando tratemos el modo occidental de promover el desarrollo (*infra* II.4.3).

A esto hay que añadirle el hecho de que los intentos de invertir esta tendencia, es decir, de permitir que la democracia recupere terreno respecto al capitalismo y de centrar en este equilibrio diferente la renovación de la modernidad occidental, miren con interés, precisamente, a la tradición indígena. Como tradición ctónica, la tradición indígena está efectivamente animada por tensiones holísticas hacia la construcción de relaciones armónicas en el interior de la comunidad, y entre la comunidad y el orden de la naturaleza. Estas relaciones son un punto de referencia para superar el individualismo occidental en formas que no sean indicio de tensiones autoritarias, sino fundamento de una democratización del circuito de la economía. Reconstruida en estos términos, la fricción entre derecho indígena y modernidad no es entonces incurable: como tendremos ocasión de corroborar (*infra* II.4.2), es, por el contrario, presagio de maneras alternativas de entender la modernidad.

---

44 H.P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo* (2010), Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 290 s.

Llegamos así a rozar el tema de la modernidad como cuestión que hay que analizar en plural, para identificar otros centros desde los que toma cuerpo, quizás precisamente allí donde la posición tradicional quiere reconocer una simple periferia.

Para ello, los estudiosos recurren a los conceptos de «modernidades alternativas», «paralelas» o «múltiples». El primero ha sido elaborado para subrayar que la modernidad no identifica un recorrido evolutivo unitario y que, por tanto, no puede alimentar una teoría de la convergencia de las culturas: distintos puntos de partida para la transición hacia el capitalismo y la democracia no pueden sino anunciar resultados distintos. Quien habla de modernidades paralelas pone bajo los focos la esencia de una diversidad similar referida, en cierto modo, al modo en el que se manifiesta el pluralismo como coexistencia en el espacio y en el tiempo de «múltiples flujos económicos, culturales y religiosos». Y esto lleva a descubrir en la modernidad un fenómeno múltiple, esto es, el producto de la sucesión de «continuas constituciones y reconstituciones de una multiplicidad de programas culturales», cuyo resultado representa una variable que depende de las características de los contextos en los que se verifican dichas constituciones y reconstituciones: características concernientes al modo de ser de la convivencia social, pero también (y sobre todo) a la visión global del mundo<sup>45</sup>.

Desde esta perspectiva, la difusión de la modernidad, que algunos juzgan inevitable, deja de coincidir con la occidentalización de los contextos en los que se manifiesta. Serían contextos en los que no se verifican meras recepciones sino, cuanto menos, contaminaciones entre influencias externas y datos identitarios que, aunque en perenne transformación, no pueden ser eliminados.

---

45 A. Somma, *Le parole della modernizzazione latinoamericana: centro, periferia, individuo e ordine*, Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series, 2012-05, pp. 13 ss.

## Capítulo cuarto

### La mutación jurídica

#### 1. Comparación y perspectiva dinámica en el estudio de los sistemas

Como suele decirse, el derecho «muta desde siempre», y desde siempre muta «incesantemente»<sup>1</sup>. Es por esta razón por la que, observándolo con perspectiva histórica, es decir, en el transcurso del tiempo, estamos inevitablemente ante objetos que nunca son idénticos a sí mismos.

Al tema de la mutación jurídica hemos hecho referencia implícita al tratar la clasificación de los sistemas, atribuidos a familias en la medida en que presentan determinados rasgos peculiares. Si efectivamente el derecho cambia incesantemente, la pertenencia a una familia no puede constituir un dato inmutable: de ahí la formulación del principio de relatividad temporal como fundamento de las clasificaciones (*supra* II.2.2). Esto vale sobre todo para los ordenamientos que son considerados la periferia de una familia y que han experimentado cambios a menudo rápidos y tan radicales como para incidir en su clasificación: éste ha sido el caso, en concreto, de los países africanos y latinoamericanos. Sin embargo, puede valer también para los ordenamientos que son considerados hegemónicos dentro de una familia, aquellos de los que se extraen los rasgos identitarios de la misma: lo hemos visto al referirnos al nacimiento y disolución del grupo de países socialistas (*supra* II.3.5).

Si se atiende a las ciencias históricas y a lo que en ellas se dice a propósito de la comparación, da la impresión de que ésta no está bien equipada para sacar a la luz las mutaciones de las experiencias (jurídicas, en nuestro caso). La comparación tendría un horizonte limitado, se dedicaría a la identificación de las analogías y las diferencias entre los objetos cotejados y, por tanto, a su observación desde un punto de vista estático. Distinta es, en cambio, la perspectiva elegida por quien se ocupa de «historia de las relaciones» o «de las transferencias». Aquí interesa el aspecto dinámico, la relación de intercambio

---

1 A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Utet, Torino 2008<sup>3</sup>, p. 23.

entre experiencias y las maneras en las que se desarrolla, mientras que pasa a un segundo plano, y en ocasiones es suprimida, la valoración de las analogías y las diferencias entre esas experiencias<sup>2</sup>.

Una delimitación del campo de investigación confiado a la comparación se deriva también de la literatura dedicada a la llamada «historia global», una tendencia surgida a finales del pasado siglo para superar lo que se consideraba típico de quien se había ocupado de historia del mundo: cultivar un enfoque eurocéntrico o, en cualquier caso, etnocéntrico, en el estudio del pasado. La historia global es también una historia del mundo, pero observado éste desde una perspectiva liberada de la relación entre centro y periferia: concentra su atención en las interconexiones entre las comunidades humanas, más que en sus civilizaciones. Por ello algunos exponentes de la historia global quieren ignorar los cotejos orientados a establecer clasificaciones y acaso también jerarquías: de ahí que hayan considerado que es necesario evitar la comparación.

Entre los historiadores del derecho, Thomas Duve ha propuesto recientemente combinar la historia global y la historia del derecho (en especial europeo) para transformarla así en una historia afrontada desde una «perspectiva global»: a ésta se confía la tarea de superar el enfoque etnocéntrico, típico en particular de la época en la que la historia del derecho (como el propio derecho comparado) estaba puesta al servicio de los procesos de unificación europea, a los que debía suministrar una suerte de aglutinante cultural unificador. La perspectiva global provoca un cambio de perspectiva en la medida en que se concentra en los flujos normativos que atraviesan las experiencias jurídicas y asume, por tanto, un punto de vista dinámico. Y así coloca fuera de juego a la comparación, incapaz de captar esos flujos por estar irremediabilmente anclada a metodologías y criterios de clasificación sólo aptos para el punto de vista estático<sup>3</sup>.

Sin embargo, la calificación y delimitación del ámbito de investigación del derecho comparado trazadas por los fautores de la historia global no se ven confirmadas en los debates de los comparatistas. Ciertamente, muchos

---

2 H.-G. Haupt, J. Kocka, «Historischer Vergleich: Methoden, Aufgaben, Probleme», in Idd. (eds.), *Geschichte und Vergleich. Ansätze und Ergebnisse international vergleichender Geschichtsschreibung*, Campus, Frankfurt a.M.- Nueva York, 1996, pp. 9 s.

3 T. Duve, *Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive*, Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series, 2012-01, pp. 21 ss. y 56.

de ellos (no sólo en el pasado) han dado una imagen de la disciplina compatible con la que Duve estigmatiza; pero no por ello cabe considerar típica de la comparación jurídica la elección de un campo de acción limitado al estudio estático del fenómeno del derecho. Por el contrario, los comparatistas consideran que el análisis de la mutación jurídica forma parte y es incluso constitutivo de la investigación sistemológica. Si se recurre a cotejos y clasificaciones no es para limitarse a observar desde un punto de vista estático: éste se deriva del método utilizado para clasificar, pero no de la decisión de clasificar en sí.

En el fondo, lo mismo perciben los historiadores que, sensibles a las demandas de renovación de su disciplina, se dedican a abatir (y no a reforzar) las barreras que se querrían levantar entre comparación y análisis de las transferencias: señalan que el segundo no puede prescindir de la primera, al margen del hecho de que la transferencia sea impuesta o no. Efectivamente, si la transferencia es voluntaria, la experiencia importadora madurará el propósito de adoptar soluciones ajenas a partir de un juicio sobre la superioridad de la mismas, juicio que no puede sino derivarse de un cotejo previo; y lo mismo vale para el caso de la transferencia impuesta, también necesariamente precedida por un cotejo, que en este caso sería realizado por la experiencia exportadora<sup>4</sup>.

Añádase a ello que, si los historiadores del derecho sienten la necesidad de superar el enfoque comparatista, percibido como observación estática de los fenómenos estudiados, depende probablemente de un determinado uso de la comparación con el que entran en contacto más fácilmente: el análisis histórico-comparatista practicado por los neopandectistas, desde hace algún tiempo empeñados en la construcción de un derecho privado europeo extraído del derecho romano (*supra* II.1.1).

Este tipo de análisis es caracterizado como cotejo sincrónico de objetos observados en su evolución histórica, que necesariamente debe remontarse «al menos al derecho romano clásico» y dedicarse únicamente al derecho como «ciencia»: «nada está más alejado de la perspectiva histórico-comparatista que la perspectiva de una historia de las instituciones y los hechos sociales»<sup>5</sup>. Concebido de este modo, el cruce entre historia y comparación ju-

---

4 J. Osterhammel, «Transferanalyse und Vergleich im Fernverhältnis», en H. Kaelbe, J. Schriever (eds.), *Vergleich und Transfer. Komparatistik in den Sozial-, Geschichts- und Kulturwissenschaften*, Campus, Frankfurt a.M.-Nueva York, 2003, p. 463.

5 C.A. Cannata, «Il diritto romano e gli attuali problemi d'unificazione del diritto eu-

rídica incluiría el análisis del momento dinámico y de datos útiles, por tanto, para investigar la mutación jurídica. Sin embargo, se procede con el limitado propósito de confeccionar una historia de los dogmas, es decir, de identificar continuidades artificiales, útiles para ocultar las rupturas que resultan incompatibles con la invención de la tradición; se constriñe el estudio de las transferencias dentro de esquemas preconstituidos, pensados para documentar una conclusión apriorística: que todo deriva del derecho romano y que, por tanto, el estudio de la mutación jurídica puede agotarse en la reconstrucción de la cadena de estadios evolutivos de aquel derecho en el ámbito de una relación jerárquica entre ordenamientos exportadores y ordenamientos importadores de modelos.

No sólo se pone de manifiesto la parcialidad del enfoque histórico-comparatista defendido por la Neopandectística; sale también a la luz que la capacidad de explicar la mutación jurídica no es prerrogativa exclusiva de un campo concreto del saber sino que, por el contrario, se deriva del aparato metodológico usado en ese campo. A estos aspectos nos dedicaremos ahora, partiendo de una breve panorámica preliminar sobre los esquemas utilizados por los iuscomparatistas para reflexionar sobre las modalidades con las que cambia el derecho.

## 2. *Explicar la mutación jurídica: evolucionismo y difusionismo*

En un primer momento, los comparatistas explicaban la mutación jurídica a la luz de paradigmas evolucionistas, según los cuales el derecho está naturalmente destinado a desarrollarse en una sola línea, de acuerdo con un esquema en el que el progreso representa un valor universal y la tradición un indicio de atraso; y en conformidad con las retóricas de la modernidad, encaminadas a identificar al progreso con el desarrollo de capitalismo y democracia, aunque con particular énfasis en el primero de ambos términos.

De lo afirmado durante el Congreso parisino de derecho comparado de 1900 se deduce que el enfoque evolucionista ha acompañado, cuando no dado origen, a las primeras propuestas de clasificación de sistemas (*supra* II.1.2). Se pensaba por entonces que el derecho evolucionaba según «una concatenación regulada, uniforme e inevitable de fases sucesivas», de las que

---

ropeo», en *Studi in memoria di Giambattista Impallomeni*, Giuffrè, Milán, 1999, pp. 53 y 70.

el derecho comparado debía «trazar la trayectoria», recurriendo para ello a «clasificaciones naturales y, por tanto, racionales»: exactamente igual que las concernientes a la identificación de «familias de derechos». Se abría así camino a la búsqueda del más «avanzado» entre los diversos «tipos jurídicos», como tal destinado inevitablemente a ser imitado<sup>6</sup>.

El evolucionismo era, en suma, la modalidad a través de la cual la historia era doblegada a la función de constituir «un vector de sentido para el presente»<sup>7</sup>: un sentido de superioridad que llevaba a percibir las expresiones de la modernidad como marcadores del progreso y, por tanto, la evolución del derecho occidental como indicador de la dirección que tomar. Esto es lo que se escondía tras la idea de Henry Sumner Maine de que las sociedades progresarían siguiendo el «movimiento del *status* al contrato»: o sea, abandonando las concepciones por las cuales las relaciones sociales son de tipo familiar y asumiendo la concepción por la que las relaciones se originan en el libre acuerdo<sup>8</sup>. Idea fundamentalmente retomada por el materialismo histórico y dialéctico puesto como base del derecho de los países socialistas (*supra* II.3.5), que habían superado el feudalismo y el capitalismo y se preparaban para la inevitable transición hacia el comunismo.

Estas reconstrucciones tan viciadas hicieron surgir el paradigma difusionista como alternativa al evolucionista para explicar la mutación jurídica, considerada ahora un efecto del contacto entre culturas y no un efecto de la innovación original, natural o inexorablemente orientada de modo unidireccional. No hay duda de que el difusionismo ha tenido éxito entre los comparatistas, como prueba el hecho de que la noción de familia jurídica derive de un concepto difusionista como es el de círculo cultural o *Kulturkreis* (*supra* II.2.3).

Sin embargo, no basta con invocar la imitación como motor de la mutación jurídica para evitar los forzamientos propios de la adopción del credo evolucionista. Efectivamente, en el ámbito difusionista se afirma que la creación de un modelo original constituye un hecho raro: así se alimenta una visión de la mutación jurídica como esencialmente debida a la mera recepción del modelo exportado, sin aportación creativa por parte del ordenamiento importador. Es decir, se termina costrñiendo a la mutación jurídica dentro de una relación

---

6 G. Tarde, «Le droit comparé et la sociologie», en *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1900, pp. 529 ss.

7 N. Rouland, *Introduction historique au droit*, PUF, París, 1998, p. 184.

8 H. Sumner Maine, *Diritto antico* (1861), Giuffrè, Milán, 1998, pp. 129 s.

jerárquica entre un centro volcado en la exportación de modelos y una periferia destinada o, mejor dicho, condenada a su importación.

Pero esto no es todo. En la literatura suele decirse que la elección del modelo que imitar depende sobre todo de «una cualidad que no sabemos cómo llamar, si no es con el nombre de prestigio»<sup>9</sup>. El difusionismo oculta la recepción impuesta de modelos, dictada por relaciones de poder, como las originadas por el colonialismo, que han sido el principal motor de circulación del derecho occidental. Se acaba así alimentando, inevitablemente, un discurso de matriz evolucionista, que se hace explícito cuando se pone de relieve que el prestigio de un modelo deriva del hecho de haberse acreditado como capaz de edificar una «sociedad más avanzada en términos de civilización jurídica»<sup>10</sup>.

En suma, los modelos jurídicos circulan en virtud de su reputación, pero también (si no sobre todo) *ratione imperii*, circunstancia de la que la historia ofrece ejemplos notables. Piénsese en la colonización del Nuevo Mundo puesta en marcha con el denominado descubrimiento de América, en la penetración inglesa en la India y Australia o en la repartición europea y estadounidense del continente africano, entre los siglos XIX y XX. Piénsese también en la imposición del modelo socialista en la Europa del Este, desde el final del segundo conflicto mundial y durante todos los años de la Guerra Fría<sup>11</sup>. Por no hablar, finalmente, de la circulación de los modelos estadounidenses, inicialmente limitada, a partir de los años ochenta del pasado siglo, a los llamados países en vías de desarrollo, ahora extendida al área europea y, en concreto, a los países golpeados por la crisis de la deuda soberana (*infra* II.4.5).

Por otra parte, el enfoque difusionista no sólo parece criticable por ocultar la imposición como motor de la mutación jurídica. Tampoco convence la terminología que emplea para describir la imitación del derecho: el esquema de la circulación de los modelos, que (no casualmente) es utilizado para identificar el centro y la periferia de un agrupamiento de sistemas. En efecto, hablar de «circulación de modelos» significa imaginar una recepción fiel de los mismos, no mediada por una aportación creativa del sujeto imitador, lo que presupone una visión del derecho que lo disocia de su contexto.

Para ilustrar esta cuestión podemos regresar a la clasificación que identifica un derecho occidental compuesto por un centro, europeo o estadou-

9 R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Utet, Turín, 1992<sup>5</sup>, p. 147.

10 E. Grande, *Imitazione e diritto*, Giappichelli, Turín, 2000, pp. 44 s. y 149.

11 L. Pegoraro, A. Rinella, *Diritto costituzionale comparato*, Cedam, Padua, 2013, p. 92.

nidense, y una periferia, en concreto latinoamericana (*supra* II.3.6). No se pretende ahora criticar la idea de una occidentalización de aquella área, que en sí misma no constituye un indicio de enfoque jerárquico en la clasificación de ordenamientos: lo es, sin embargo, si con ello se quiere afirmar que la América latina, retrasada respecto a los ritmos del desarrollo occidental, ha recibido pasivamente modelos producidos en otros lugares. De este modo, se pasa por alto que la imitación implica ante todo una selección necesariamente arbitraria de lo que se considera oportuno imitar y que es consubstancial al proceso de imitación de los modelos la manipulación de éstos, que en nuestro caso puede ser considerada «una reinvención a nivel periférico del derecho del centro»<sup>12</sup>. Esta reinvención es la que el punto de vista difusionista (al igual que el evolucionista) acaba degradando a mala imitación, partiendo del presupuesto de que «el salvaje no copia nada sin desnaturalizarlo por torpeza, exactamente como suelen dibujar los niños»<sup>13</sup>.

En estos términos se expresaban hace más de un siglo. Con el tiempo el lenguaje ha cambiado y, en todo caso, huye de fórmulas que despierten una natural repulsión. Sin embargo, no ha cambiado la substancia del discurso difusionista, enredada demasiado a menudo en explicaciones de la mutación jurídica según esquemas jerárquicos y, por tanto, evolucionistas. Si se quiere superarlos, esto es, si finalmente se parte del carácter esencialmente creativo de la imitación de modelos jurídicos y de la complejidad, en definitiva, de los procesos de difusión del derecho, se debe entonces evitar, ante todo, el empleo de términos que aluden a un rol pasivo del sujeto imitador.

Sin duda, uno de esos términos es la locución «transplante jurídico», utilizada en especial por Alan Watson para explicar la mutación jurídica a lo largo de los siglos como cadena de imitaciones más o menos fieles de reglas e instituciones, todas esencialmente modeladas a partir del derecho romano. Dichas imitaciones habrían sido raramente obra del poder político, normalmente «poco interesado en producir derecho», y sí en cambio iniciativa autónoma de la clase de los juristas del ordenamiento imitador, en particular de los jueces y los estudiosos: los protagonistas de la tradición jurídica occidental (*supra* II.3.1). Éstos habrían actuado según criterios de orden meramente técnico, viéndose únicamente condicionados por su «cultura jurídica» específica a la que, por otra parte, se debe el reconocimiento de que determinado

---

12 G. Marini, «La costruzione delle tradizioni giuridiche e il diritto latinoamericano», en *Rivista Critica del Diritto Privato*, 29 (2011), p. 168.

13 G. Tarde, «Le droit comparé et la sociologie», cit., p. 536.

ordenamiento es prestigioso y autorizado y puede ser, por tanto, identificado como ordenamiento de referencia para el trasplante. De ahí la conclusión de que no hay ninguna conexión directa entre derecho y sociedad, sobre la que tendremos ocasión de volver (*infra* III.1.1)<sup>14</sup>.

Según los más vehementes críticos de la teoría de los trasplantes, ésta apunta a algo irreal, pues los modelos jurídicos poseen un patrimonio hermenéutico que no puede ser importado sin alteraciones: los textos pueden circular, sin duda, pero «el significado no se presta a ser transplantado»<sup>15</sup>. De manera semejante, hay quienes consideran que sólo puede hablarse de trasplante en las hipótesis en las que todo un grupo humano se desplaza, llevando consigo su propio derecho: circunstancia quizás concebible únicamente en las experiencias en las que se admite la actuación del principio de personalidad del derecho, o en los supuestos en los que el desplazamiento tiene lugar en una porción de territorio no sujeta a ninguna autoridad constituida<sup>16</sup>. En todas las hipótesis restantes no debería hablarse de trasplantes, que presuponen la muerte del organismo donante, sino de «injertos», que se concretan en la «fusión de las vidas de dos organismos», donante y receptor, o bien en la «superposición de uno sobre otro»<sup>17</sup>.

Bien mirado, la teoría de los trasplantes jurídicos podría salvarse, considerando poco pertinentes las críticas hasta aquí resumidas, si se valorase la circunstancia de que Watson entiende la independencia del derecho respecto a la sociedad como inexistencia de una correspondencia biunívoca entre construcciones técnico-jurídicas y finalidades de su utilización. Lo que, por otro lado, no convence es el reducido papel que el esquema de los trasplantes concede al poder político, de quien no sólo se dice que está esencialmente desinteresado en producir derecho, sino también que cuando produce articulados destinados a perdurar, como los códigos, lo hace sin atribuirles «mensajes sociales específicos». Puesto que Watson reconoce que los trasplantes no se resuelven en una fiel transposición de reglas, las cuales de hecho ex-

---

14 A. Watson, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, Athens (Ga.), 1993<sup>2</sup>, pp. 107 ss.

15 P. Legrand, «What “Legal Transplants”?» en D. Nelken, J. Feest (eds.), *Adapting Legal Cultures*, Hart, Oxford-Portland (Oreg.), 2001, pp. 55 ss.

16 M. Rheinstein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, C.H. Beck, Munich, 1987<sup>2</sup>, p. 126.

17 E.A. Feldman, «Patients’ Rights, Citizens’ Movements and Japanese Legal Culture», en D. Nelken (eds.), *Comparing Legal Cultures*, Dartmouth, Aldershot, 1997, pp. 220 s.

perimentan «frecuentemente, si no siempre, transformaciones»<sup>18</sup>, se deduce que el rol asumido por los juristas se debe a una usurpación de poder político. Esto puede servir como observación general, referida a cualquiera que emplee el discurso jurídico en el conflicto social, pero no como circunstancia reservada a una categoría concreta de sujetos (*supra* I.1.3).

De la teoría de los trasplantes no convencen, finalmente, las modalidades mediante las cuales ha sido elaborada, sólo aparentemente atentas al dato empírico. Quienes la sostienen, más que dedicarse a articuladas reflexiones de carácter general, se concentran en la reconstrucción de numerosas y minuciosas vicisitudes conceptuales, considerándolas a todas ellas confirmaciones incontestables de la teoría. Sin embargo, se trata de confirmaciones dotadas de una débil fuerza probatoria: en su mayor parte, han sido extraídas de ámbitos disciplinarios irrelevantes para la sociedad, en los cuales «es importante tener una regla, pero no importa cuál sea: como hacer circular a los coches por la derecha o por la izquierda»<sup>19</sup>.

### 3. Promover la mutación jurídica: derecho y desarrollo

Que la imposición puede ser considerada la causa principal de la mutación jurídica por imitación viene siendo subrayado desde hace tiempo en el ámbito de la confrontación entre *common law* y *civil law*, incluyendo la fase en la que este cotejo tenía finalidades de orden predominantemente clasificatorio<sup>20</sup>. Es evidente que las cosas no han cambiado cuando ha prevalecido la voluntad de componer, a partir de las clasificaciones, jerarquías obtenidas con la medición de los parámetros ahora valorados por la Nueva Economía Comparada. La teoría del origen legal se basa explícitamente en el reconocimiento de que la actual prestación económica de los países extraeuropeos se deriva de su pasado colonial, cuando recibieron el derecho de los colonizadores, mantenido también tras la liberación (*supra* II.3.4). Ello equivale a decir que el derecho ha circulado por efecto de un acto impositivo que es básico para el éxito de los modelos de *common law* y *civil law*.

De todos modos, la relación entre derecho y desarrollo no siempre ha ido

18 A. Watson, *Legal Transplants*, cit., pp. 116 s.

19 P.G. Monateri, «Critica dell'ideologia e analisi antagonista: il pensiero di Marx e le strategie della comparazione», en *Rivista Critica del Diritto Privato*, 18 (2000), p. 709.

20 J.H. Merryman, *La tradizione di civil law* (1969), Giuffrè, Milán, 1973, p. 12.

acompañada de la voluntad de demostrar que los países de *common law* ofrecen los modelos más adecuados. Constante es, en cambio, la identificación más o menos explícita del desarrollo económico como desarrollo *tout court*, lo cual se deduce todavía hoy de la actividad de las instituciones creadas por los acuerdos de Bretton Woods: el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. Su actuación testimonia la persistencia de la convicción de que el desarrollo viene dado por el crecimiento económico y que éste deriva de la difusión del capitalismo, en especial del que parte de la experiencia estadounidense. Este capitalismo no presupone necesariamente democracia, hasta el punto de que ésta puede afirmarse como efecto de la expansión del capitalismo o, cuando lo requieren las circunstancias, sacrificándolo.

En otros términos, las instituciones de Bretton Woods han promovido y promueven los dos fundamentos de la tradición jurídica occidental, la democracia y el capitalismo, pero es en los benéficos efectos del segundo donde se ha puesto y continúa poniéndose el énfasis. Ello depende de la adhesión a visiones del desarrollo de matriz neoliberal, cuyo fomento ha influido también en el desarrollo de la democracia, aunque las competencias de esas instituciones estuvieran limitadas a asuntos de orden económico. Efectivamente, el Banco Mundial ha sobrepasado dichos límites en el momento en el que ha reivindicado un interés en la buena *governance* de los Estados, o sea, en el resultado de la acción gubernativa. Por esta vía ha incidido en el «proceso a través del cual es ejercida la autoridad en la gestión de los recursos económicos y sociales de un país», así como en la «capacidad de los gobiernos de definir, formular e implementar políticas»<sup>21</sup>.

De este modo, en la última década del pasado siglo el Banco condicionó sus préstamos a la realización de los denominados programas de ajuste estructural destinados a promover la difusión de la *rule of law*. Ésta era entendida como promoción de la democracia y de los derechos humanos, aunque también y sobre todo de las reformas políticas fundantes del capitalismo neoamericano: las que atañen a la tutela de los derechos subjetivos patrimoniales y su efectiva implementación a través de un sistema de tribunales independientes. Lo mismo ha hecho el Fondo Monetario Internacional, siguiendo esquemas utilizados ahora como punto de referencia para la reestructuración de la deuda soberana también en los llamados países desarrollados (lo veremos en breve, *infra* II.4.5).

---

<sup>21</sup> *Managing Development: The Governance Dimension*, The World Bank, Washington D.C., 1991, p. 23, nota 2.

Adviértase que esta práctica ha sido acogida e intensificada con la constitución del Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo, ente que tiene entre sus miembros a la Unión Europea, en posición dominante, y que ha surgido para asistir en la transición al capitalismo a los países antes pertenecientes al bloque soviético (*supra* II.3.5). También este organismo interviene únicamente cuando los países financiados se comprometen a practicar los principios de la democracia y, sobre todo, a «favorecer la transición de sus economías hacia la economía de mercado, y a promover en su ámbito la iniciativa privada y el espíritu empresarial»: más en concreto, si se comprometen precisamente a realizar las reformas «estructurales» necesarias «para el desmantelamiento de los monopolios, para la descentralización y la privatización» y, por tanto, a «ayudar a sus economías a integrarse plenamente en la economía internacional» (Arts. 1 y 2, Acuerdo de constitución del 29 de mayo de 1990).

Esa misma fe en el desarrollo del capitalismo como motor para la afirmación de la democracia fue el telón de fondo del nacimiento, entre los años cincuenta y sesenta del pasado siglo, del movimiento *Law and development*, dedicado a promover de manera explícita la difusión de los modelos jurídicos occidentales como los mejores catalizadores del desarrollo *tout court*. En el movimiento militaban juristas procedentes de los países colonizadores de los Estados que finalmente habían obtenido la independencia; pretendían prolongar así la condición de subordinación y dependencia de los segundos respecto a los primeros. La mayor implicación vino, sin embargo, de los juristas estadounidenses, cuyo ímpetu etnocéntrico estaba tal vez inspirado en un genuino espíritu misionero, no por ello menos expuesto a las críticas de quienes lo han considerado una forma de «imperialismo legal»<sup>22</sup>.

Parece inevitable llegar a estas conclusiones si se atiende a las fuentes de financiación del movimiento: han sido instituciones como la Agencia para el Desarrollo Internacional, ente gubernativo estadounidense, y la Fundación Ford, también estadounidense, las que han patrocinado programas de asistencia legal a los llamados países en vías de desarrollo. Lo hicieron en una fase en la que los países occidentales todavía promovían el compromiso keynesiano, promocionando ante todo la construcción de instituciones estatales capaces de impulsar un desarrollo capitalista ordenado, además de la formación de juristas aptos para hacerlas nacer y funcionar.

---

22 J.A. Gardner, *Legal Imperialism. American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*, University of Wisconsin Press, Madison (Wis.), 1980.

En su primera fase, el movimiento *Law and development* tenía especialmente en cuenta el aspecto de la formación. Efectivamente, el formalismo, que sería típico de la mentalidad jurídica de los países asistidos, era considerado el principal obstáculo para la difusión de una cultura jurídica sensible a la nueva orientación económico-política. Fueron precisamente la sobrevaloración de las reformas en el campo educativo, concebidas en la ignorancia (si no en el desprecio) del contexto cultural en el que eran promovidas, y la crisis del compromiso keynesiano las causas del fracaso de la primera fase del movimiento<sup>23</sup>.

Una segunda fase ocuparía los años ochenta del pasado siglo. En esa época se afirmó el modelo de capitalismo neoamericano, fautor de un decidido redimensionamiento del papel estatal en la disciplina del mercado y del desarrollo de instituciones privatísticas para la tutela de los derechos subjetivos patrimoniales, en perjuicio de las publicísticas a las que se había confiado antes la promoción del desarrollo económico. A esta fase le correspondieron esfuerzos en términos de asistencia legal mucho más consistentes que los de la primera fase: más consistentes y aún más centrados en la promoción en clave etnocéntrica del modelo de *common law*, identificado con el derecho estadounidense, como fundamento natural del capitalismo neoamericano.

Desde un punto de vista similar, la Nueva Economía Comparada no hace sino amplificar los esfuerzos de esa segunda fase del movimiento *Law and development*, combinándolos con un uso más explícito de prácticas dirigidas a imponer la circulación del modelo de *common law* y, al mismo tiempo, a contrarrestar a su tradicional competidor: el modelo de *civil law*, en especial en su versión francesa. Todo ello reproduce la creencia, cultivada en ambas fases del movimiento, en que el derecho constituye un poderoso instrumento de ingeniería social, cuya eficacia depende de la cualidad de las reglas adoptadas o, mejor, impuestas, y no del contexto en el que son aplicadas. Esta ingenua creencia es compartida también, por ejemplo, por quienes han asistido la transición al capitalismo de los países antes pertenecientes al bloque soviético, desde hace tiempo relacionada con un reducido conocimiento de las modalidades del estudio comparatista del derecho, como tal perjudicado por la escasa atención a las relaciones complejas y variables entre derecho y sociedad (*infra* III.1.1)<sup>24</sup>.

---

23 D.M. Trubek, M. Galanter, «Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development», en *Wisconsin Law Review*, 4 (1974), pp. 1062 ss.

24 J.H. Merryman, «Comparative Law and Social Change», en *The American Journal of Comparative Law*, 25 (1977), pp. 481 s.

Sorprende que esto ocurra después de que las Naciones Unidas hayan elaborado un criterio de medición del desarrollo (alternativo al que representa el Producto Interior Bruto) al que han definido significativamente como Índice de Desarrollo Humano: un indicador con el que valorar parámetros como el nivel de los servicios sociales o la difusión de la sensibilidad medioambiental. Sorprende también la escasa atención mostrada hacia el distanciamiento de algunos de los principales fautores del movimiento *Law and development* respecto a las convicciones de las que había partido la segunda fase, ahora desacreditada por ser el fruto de una premisa errónea: que el desarrollo depende únicamente de la liberación del mercado respecto a la injerencia de los poderes públicos y, por tanto, de la tutela de los derechos subjetivos patrimoniales. Esta convicción debe ser abandonada para valorar finalmente las acepciones del desarrollo que consideran su aspecto «humano», más allá del económico; para concebir el desarrollo como motor de emancipación, como «incremento de la posibilidad de los individuos de vivir la vida que han elegido vivir»<sup>25</sup>.

Propósitos similares han servido de trasfondo a las iniciativas emprendidas por el Banco Mundial para reaccionar a las críticas suscitadas por su apoyo a la circulación de modelos neoliberales en la última década del pasado siglo. El resultado ha sido la elaboración de un «enfoque holístico del desarrollo», resumido en el concepto de «desarrollo integral», que incluye sus facetas sociales y humanas. En este enfoque se habría inspirado el Banco para definir de manera participativa (y no simplemente imponer) los programas de ajuste estructural para los países asistidos, implicando en ello a la sociedad civil. Se dijo que así podía asegurarse la representación adecuada del punto de vista de los estratos pobres de la población y favorecer la adopción de medidas dirigidas a satisfacer los parámetros del mencionado Índice de desarrollo humano: en particular, un sistema de seguridad social orientado a garantizar el derecho a la salud y el derecho a la educación<sup>26</sup>.

Al escoger el modo participativo (y no impuesto) de definir las reformas requeridas para una intervención financiera, el Banco Mundial ha podido sobrepasar los límites de su actuación e incrementar, por tanto, su influencia sobre la acción gubernativa de los países asistidos. En todo caso, se evidenció

---

25 D.M. Trubek, A. Santos, «The Third Moment in Law and Development Theory», en Idd. (eds.), *The New Law and Development*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 6 ss.

26 N. Hanna, R. Agarwala, *Toward a Comprehensive Development Strategy*, The World Bank Operations Evaluation Department-Working Papers, 16-2000.

desde el principio que los programas de ajuste estructural acababan siendo acordados sólo con los gobiernos y que, en consecuencia, no contenían medidas suficientes para llevar a cabo sistemas de seguridad social<sup>27</sup>. Así se ha terminado alimentando la identificación del desarrollo económico con el desarrollo *tout court*.

#### 4. Los informes *Doing business del Banco Mundial*

El concepto de desarrollo integral, cuya elaboración debía señalar un cambio de paradigma, se ha revelado, en definitiva, un instrumento nacido para hablar sobre desarrollo social y humano pero realizando únicamente el desarrollo económico. La identificación de desarrollo económico con desarrollo *tout court* ha acabado por patrocinar inevitablemente el modelo de tutela de los derechos subjetivos patrimoniales concebido por el *common law*, fundamento del capitalismo de matriz neoliberal, como punto de referencia para las reformas estructurales incentivadas por el Banco Mundial. De este modo, la acción del Banco se ha desplegado en continuidad substancial con cuanto había practicado antes de la definición del concepto de desarrollo integral<sup>28</sup> que, a estas alturas, ha asumido un valor meramente simbólico.

En el mismo sentido militan otras iniciativas de éxito del Banco Mundial, también ideadas como motor de reformas obtenidas a través de la circulación, más o menos impuesta, de los modelos jurídicos elaborados por la variante estadounidense de capitalismo. Es el caso de los Informes *Doing business*, producidos anualmente por el Banco para medir los costes económicos de la regulación jurídica soportados por las empresas en los distintos ordenamientos nacionales, e identificar de ese modo modelos jurídicos virtuosos cuya circulación resulta deseable. No puede sorprendernos que estos Informes aspiren a promover el concepto neoliberal de desarrollo económico, identificado con el desarrollo *tout court*: han sido concebidos y son todavía coordinados por los creadores de la Nueva Economía Comparada (*supra* II.3.3), cuyas investigaciones son utilizadas como telón de fondo de esas jerarquías realizadas con los resultados obtenidos.

---

<sup>27</sup> R. Cameron Blake, «The World Bank's Draft Comprehensive Development Framework», en *Yale Human Rights & Development Law Journal*, 3(2000), pp. 159 ss.

<sup>28</sup> U. Mattei, L. Nader, *Il saccheggio. Regime di legalità e trasformazioni globali* (2008), Bruno Mondadori, Milán, 2010, pp. 56 ss.

El primer Informe fue publicado en 2004. Más de 130 países eran analizados en referencia a cinco aspectos ejemplificativos del ciclo de vida de una empresa: (i) los trámites exigidos para su constitución, (ii) la regulación de la relación laboral, (iii) la implementación de los contratos, (iv) el acceso al crédito y (v) la gestión de su crisis. Es obvio que la regulación de estos aspectos es valorada positivamente en la medida en que satisface los requisitos contemplados por la Nueva Economía Comparada y, antes que ella, por la Nueva Economía Institucional (*supra* II.3.3): es decir, si prueba una injerencia contenida de los poderes públicos que, sobre todo, deben dedicarse a tutelar los derechos subjetivos patrimoniales y a estimular su implementación. Es lo que pretenden sostener los Informes *Doing business* cuando argumentan la superioridad de los ordenamientos nacionales que: (i) requieren un número limitado de trámites necesarios para la constitución de la empresa, (ii) confían a la autonomía de las partes la definición de las principales cuestiones relativas al contenido de la relación laboral, incluyendo su inicio y cese, (iii) promueven la eficiencia del sistema judicial y, por tanto, la contención de costes y tiempos para la resolución de las controversias, (iv) facilitan el acceso al crédito y aseguran al mismo tiempo la tutela del acreedor, y (v) favorecen a los acreedores en general, no sólo a los trabajadores y al Erario público, en caso de quiebra de la empresa<sup>29</sup>.

Obviamente, todos estos datos llevan a los autores del Informe a ver confirmada la teoría del origen legal (*supra* II.3.4) y, por tanto, la superioridad del *common law* sobre el *civil law* en cuanto a su capacidad de crear un ambiente idóneo para el desarrollo de la actividad empresarial. En conclusión, los países de *common law* constituyen un punto de referencia en la medida en que «regulan el mínimo indispensable», mientras que los países modelados a partir del ejemplo francés no merecen ser tenidos en cuenta, pues «regulan el máximo posible»<sup>30</sup>.

Este mismo esquema es reproducido, unas veces con fórmulas perentorias, otras más prudentemente, en todos los posteriores informes *Doing business*. Se ha ido ampliando el número de países analizados, 185 en la última edición, y han ido aumentando también los aspectos utilizados como criterios para valorar la eficiencia de sus derechos; son ahora también contemplados: (vi) los trámites para obtener energía eléctrica y permisos de construcción, (vii) las modalidades de adquisición de la propiedad, (viii) la tutela de los inversores,

---

29 *Doing Business 2004*, The World Bank, Washington D.C., 2004, pp. 17 ss.

30 *Ivi*, p. xiv.

con especial referencia a los accionistas minoritarios, (ix) el sistema fiscal, y (x) la regulación del comercio transfronterizo. La valoración de estos aspectos es también realizada de acuerdo con las enseñanzas de la Nueva Economía Comparada, es decir, valorizando los ordenamientos en los que es menor la injerencia estatal en la vida económica: se premia a los ordenamientos que (vi) limitan los trámites requeridos para construir y obtener energía eléctrica, (vii) facilitan y aceleran la adquisición de la propiedad, (viii) imponen transparencia en las operaciones con partes vinculadas y prevén una amplia responsabilidad de los consejos de administración, (ix) limitan la presión fiscal y simplifican los procedimientos de recaudación, y (x) prevén costes y tiempos reducidos para organizar el transporte de mercancías por vía marítima<sup>31</sup>.

Como era de esperar, las conclusiones extraídas de estos datos están en la senda de lo que se quiere demostrar desde el primer informe, en 2004. Los ordenamientos con las características típicas de los países de *common law* son considerados más desarrollados en la medida en que logran (mejor que los países de *civil law*) un equilibrio óptimo entre desorden privado y dictadura: tutelando los derechos subjetivos patrimoniales y los derechos de los inversores, mostrándose en cambio discretos en las relaciones de trabajo dependiente. El desarrollo es, en suma, una prerrogativa del modelo de *common law*, cuya circulación cabe entonces esperar como referencia para las innumerables reformas que han sido efectivamente estimuladas y condicionadas por los informes *Doing business* en los últimos años<sup>32</sup>.

Es comprensible que todo esto haya suscitado reacciones de distinta naturaleza, siendo especialmente resentida la de los representantes de la cultura jurídica francesa, atareados en documentar los rasgos positivos de su ordenamiento y, en consecuencia, del modelo de *civil law*. Desde esta perspectiva, la codificación (para la Nueva Economía Comparada, una cesión en favor de instancias normativas ineficientes) es exaltada como instrumento de democratización y racionalización útil para «acercar al hombre a su derecho» y como instrumento flexible, constantemente manipulado por la actividad de los tribunales que se ven finalmente liberados de su papel de boca de la ley: la jurisprudencia ejerce oportunamente su rol de fuente del derecho dotada de «pragmatismo e imaginación». He aquí un elemento de superioridad del modelo de *civil law* respecto al de *common law*: «gracias a la audacia de los jueces que completan la ley, la adaptan e incluso en alguna ocasión la eluden, el

31 *Doing Business 2013*, The World Bank, Washington D.C, 2013, pp. 56 ss.

32 *Ivi*, p. v, refiere cerca de dos mil reformas en los últimos diez años.

derecho francés evoluciona, pese al inmovilismo del texto, sin la rigidez de la regla del precedente». Al mismo tiempo, es documentada la eficiencia económica del derecho francés, con especial referencia al derecho contractual, que expresa una «moral liberal e individualista» mediada por consideraciones de orden equitativo. También se trataría de un derecho eficiente porque, al estar contenido en reglas simples y claras, permite a las partes concluir contratos cuyo texto es decididamente menos complejo que el típico de los «fastidiosos contratos de inspiración anglosajona»<sup>33</sup>.

Otras reacciones a los Informes *Doing business* señalan su inspiración neoliberal, es decir, el sentido de la circulación de modelos jurídicos patrocinado por el Banco Mundial. Entre estas reacciones podemos incluso enumerar las de una comisión de expertos independientes nombrada por el propio Banco, después de que las muchas críticas suscitadas por los Informes le llevasen a oponerse a su plena identificación con la ideología que expresan.

Esa comisión ha reconocido que los Informes «han sido muy eficaces para llamar la atención sobre los gravámenes derivados de la regulación de la actividad empresarial», pero ha afirmado también que pasan por alto los efectos globales de dicha regulación: «lo que es positivo para una sola empresa, no lo es necesariamente para la economía o la sociedad». En concreto, los Informes ignorarían los beneficios sociales y medioambientales que, junto a los costes privados, genera la regulación de la actividad empresarial; es decir, ocultan lo que constituye el motivo inspirador de las políticas atentas a las implicaciones sociales y humanas del progreso. Y ello contrasta con el derecho internacional, con el espíritu, por ejemplo, de importantes convenios elaborados en el seno de la Organización Internacional del Trabajo, en la que la protección del trabajo dependiente, que inevitablemente implica injerencias sin duda molestas en la actividad empresarial, es tenida en alta consideración y concebida como algo positivo<sup>34</sup>.

La comisión de expertos se ha fijado también en la tesis del origen legal, de la que se derivaba la superioridad de los ordenamientos en los que se ha recibido el modelo de *common law*. Significativamente, su crítica se basa en los parámetros seleccionados por los informes *Doing business* y utilizados para llegar a aquella conclusión: si en los Informes se penaliza a los países de *civil*

---

33 Association Henri Capitant, *Les droits de la tradition civiliste en question*, Société de législation comparée, París, 2006, pp. 79 ss.

34 *Doing Business: An Independent Evaluation*, The World Bank Independent Evaluation Group, Washington D.C., 2008, pp. xi, xvi s.

*law* por las características de sus sistemas fiscales y por sus regulaciones del trabajo dependiente, es porque los criterios de medición perjudican a los ordenamientos con un elevado nivel de protección social<sup>35</sup>. Es decir, la tesis de la superioridad del *common law* está orientada ideológicamente, constituye el fruto de una selección premeditada de los datos de los que pretende extraer su fundamento: carece de objetividad.

##### 5. *Mutación jurídica y crisis de la deuda soberana*

Como anunciábamos, todo ello no ha impedido que los informes *Doing business* hayan tenido éxito como catalizadores de reformas acordes con su inspiración de fondo. Esta conclusión no es sólo cierta en el caso de los llamados países en vía de desarrollo: recientemente, también los países europeos han empezado a reformarse en el sentido de la ideología que sirve de base a los informes *Doing business*, debido al modo en el que se está afrontando la actual crisis de la deuda soberana, cuya reestructuración pasa por la participación del Fondo Monetario Internacional y del Mecanismo Europeo de Estabilidad.

Para reconstruir el planteamiento de fondo que inspira la actividad de estas dos instituciones, hay que hacer referencia a las previsiones del derecho de la Unión Europea sobre el endeudamiento público, es decir, sobre la modalidad utilizada para cubrir el gasto público no cubierto por los ingresos tributarios, sobre todo cuando no se quiere o no se puede afrontar la situación mediante la emisión de nueva moneda. En los años en los que estaban en auge las políticas keynesianas, el gasto público era considerado un motor de crecimiento económico y, por tanto, no se ponían límites especiales ni a la emisión de moneda ni al endeudamiento estatal: eran indispensables para realizar políticas anticíclicas y financiar los servicios sociales. Con estas condiciones, el endeudamiento, aun sin constituir una característica del capitalismo renano o de la economía de mercado coordinada, era una de sus posibles implicaciones y, como tal, no era particularmente demonizado.

Las cosas cambiaron en el momento en el que la convergencia entre modelos de capitalismo tuvo lugar en el terreno del capitalismo neoamericano o de las economías de mercado liberales. El control de la deuda soberana no constituye una preocupación de las experiencias en las que estos modelos han sido puestos a punto: como es notorio, los Estados Unidos son el país más

---

35 *Ivi*, pp. 69 s.

endeudado del mundo. Distinta ha sido, en cambio, la reacción de las experiencias que han importado el capitalismo neoamericano, después de décadas dedicadas a edificar y decantar el capitalismo renano, como es el caso de los países de la Unión Europea. El Pacto de estabilidad y crecimiento adoptado en 1997, basado en disposiciones contenidas en el Tratado de Funcionamiento de la UE (actuales arts. 121 y 126), había establecido que el déficit y la deuda pública de los Estados Miembros no podía superar, respectivamente, el 3% y el 60% del Producto Interior Bruto. El Pacto fiscal europeo, el llamado *Fiscal compact*, entrado en vigor en 2013, ha exasperado estos criterios, obligando ahora a los países a contener el déficit dentro del 0,5% del PIB (art. 3).

Para contribuir al saneamiento de los balances estatales que no respetan esos parámetros, en 2010 se instituyeron el Fondo europeo de estabilidad financiera y el Mecanismo europeo de estabilidad financiera: el primero dedicado a los países de la Unión Europea en general, el segundo a los de la llamada Eurozona. Inicialmente, la Unión no podía subordinar la concesión de créditos a la realización de reformas estructurales específicas: el derecho europeo no ofrecía una base normativa para imponer semejante acuerdo y, sobre todo, para supervisar su ejecución y sancionar su violación. Con esa finalidad, el Fondo y el Mecanismo han actuado implicando al Fondo Monetario Internacional, sirviéndose de la práctica seguida por éste de imponer para la concesión de un préstamo condiciones que, tradicionalmente, se refieren a la edificación de un sistema económico de inspiración neoliberal.

Tal y como precisan las líneas maestras del Fondo Monetario Internacional sobre el empleo de recursos en el ámbito de programas de ajuste estructural, éstos deben enumerar las reformas que se consideran indispensables para superar de manera definitiva el problema del endeudamiento soberano: deben indicar las vías de transición hacia un modelo de capitalismo centrado en la defensa de los derechos subjetivos patrimoniales y en su implementación eficiente. Todo debe estar detallado en un Memorándum de Políticas Económicas y Financieras dirigido a las autoridades del Fondo Monetario Internacional por parte del Estado solicitante de la ayuda financiera.

En Europa este procedimiento afectó inicialmente a Hungría e Islandia, que han recibido la asistencia del Fondo a partir de finales de 2008. De 2010 son los primeros acuerdos referidos a Grecia e Irlanda, mientras que el turno de Portugal llegó inmediatamente después, en 2011. Todos los correspondientes Memorandos incluyen medidas dirigidas a disminuir los egresos, que comprometen al Estado solicitante a contener el gasto en pensiones y el gasto

social, incluyendo obviamente sanidad y educación, a congelar o reducir la retribución de los empleados públicos y, en general, a redimensionar la Administración pública. A las medidas de contención de egresos se añaden las indicaciones sobre las vías de incremento de ingresos, sobre todo mediante planes de privatizaciones y liberalizaciones, en especial en sectores como el de la energía, las telecomunicaciones y los seguros.

Del contenido típico de los Memorandos forman también parte los compromisos de reformar el mercado de trabajo, con el fin de restablecer niveles más elevados de libertad contractual, útiles para eliminar obstáculos a la flexibilización y precarización de la relación. Al mismo tiempo, se incentiva el desarrollo de relaciones industriales en las que se limita el poder de los sindicatos de los trabajadores: promoviendo, por ejemplo, la posibilidad de convenios a nivel de empresa (donde más fuerte es el poder contractual del empleador), que derogarían los convenios acordados a nivel central (donde es más fácil contrarrestar aquel poder). Finalmente, hay que mencionar la simpatía con la que se mira la participación de los trabajadores en los beneficios de la empresa, incentivada como medida capaz de estimular la cooperación y la colaboración con los empleadores<sup>36</sup>.

Hasta aquí, las condiciones a las concesiones de préstamos puestas por el Fondo Monetario Internacional, a las que se unen las exigencias del Mecanismo de estabilidad europea, llamado Fondo salva-Estados, que interviene junto al FMI o, eventualmente, sin el concurso de éste. El Mecanismo puede ahora imponer condiciones para el préstamo también en conformidad con el derecho europeo, en virtud de una modificación del Tratado sobre el funcionamiento de la UE, decidida en coincidencia con la aprobación del Pacto fiscal europeo: el Tratado ya contiene el inciso según el cual «la concesión de toda ayuda financiera necesaria con arreglo al mecanismo se supeditará a condiciones estrictas» (art. 136).

La condicionalidad relacionada con la intervención de las instituciones europeas impone reformas estructurales semejantes a las que prevé el FMI; aunque la fuente del préstamo difiere, es sustancialmente idéntica su utilización como catalizador de reformas en sentido neoliberal<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Los *Memorandum of financial and economic policies* son publicados en la website del FMI, en el espacio dedicado a cada uno de los países: [www.imf.org/external/country/index.htm](http://www.imf.org/external/country/index.htm).

<sup>37</sup> Véanse las condiciones previstas por el Mecanismo en [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/assistance\\_eu\\_ms/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/economy_finance/assistance_eu_ms/index_en.htm)

## III

### ¿CÓMO COMPARAR?

LOS MÉTODOS DE LA COMPARACIÓN JURÍDICA



## Capítulo primero

### El derecho comparado, entre ciencia y método

#### 1. *La comparación en las ciencias sociales*

Entre los estudiosos solía decirse (y en parte se repite todavía hoy) que la comparación jurídica constituye una variante del conocimiento histórico del derecho que no está restringida a un determinado derecho, sino abierta a «manifestaciones jurídicas paralelas»: al «surgimiento, desarrollo, decadencia y resistencia de cada institución en los diversos pueblos». En este sentido, el derecho comparado no sería una ciencia autónoma sino un método o, mejor, un método particular al que puede recurrir la historia jurídica<sup>1</sup>.

Otros, en cambio, han relacionado la comparación, también entendida como método, con el estudio sociológico, más que histórico, del derecho. Y han evidenciado que debe conducir al conocimiento de las soluciones efectivamente adoptadas por los derechos vigentes, no a la individualización de las soluciones practicables a partir de las reglas y principios de esos derechos<sup>2</sup>. Está aquí implícita la referencia a las diferencias entre un punto de vista interno y un punto de vista externo sobre el derecho, el primero típico del estudioso que se expresa en términos prescriptivos, reproduciendo el propósito de la fuente formal de producción de las reglas; el segundo, elegido en cambio por quien pretende valorar la eficacia de los preceptos: de todos los preceptos que presiden la distribución imperativa de bienes y valores, pertenezcan formalmente o no al sistema de fuentes (*supra* I.2.1).

También en estas páginas hemos reivindicado la matriz común del derecho comparado, por una parte, y de la historia y de la sociología jurídicas,

---

1 F. Messineo, «L'indagine comparativa negli studi giuridici», en *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 1931, pp. 14 s.

2 T. Ascarelli, «La funzione del diritto comparato e il nostro sistema di diritto privato» (1949), en Id., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1952, pp. 41 s.

por otra. Y hemos mostrado cómo el terreno compartido por estos campos del saber incluye la superación del enfoque según el cual el estudioso sólo se interesa por la validez de los preceptos, dirigiendo su atención, como acabamos de recordar, al aspecto de la eficacia. Por otra parte, el interés por este aspecto no puede ser reducido a simple perspectiva metodológica, pues no lo es para la historia o la sociología del derecho: consideradas ambas ciencias y no métodos, ciencias que de hecho recurren a múltiples métodos.

Lo mismo debe valer entonces para el derecho comparado que, como sabemos, es una ciencia autónoma al menos desde principios del siglo XX, cuando se acreditó como campo del saber crítico respecto al positivismo legislativo (*supra* II.1.2). Para combatirlo, la comparación ha suministrado indicaciones de orden metodológico relativas a la oportunidad de ensanchar el concepto de derecho y de considerar el dato jurídico a la luz del dato extrajurídico. Ciertamente, esas indicaciones no eran patrimonio exclusivo del derecho comparado, pues las compartía con todas las ciencias jurídicas que se posicionaban críticamente frente al fenómeno del derecho. No es así en el caso de otras indicaciones metodológicas que encuentran, en cambio, su equivalente en las ciencias comparatistas: la economía, la política, la lingüística o la historia comparadas.

También en las ciencias sociales distintas al derecho se ha defendido (y en parte se defiende todavía) que la comparación es un método<sup>3</sup>. Sin embargo, esta observación no siempre implica la creencia de que exista una sola manera de comparar, y debe ser relativizada. Efectivamente, está extendido el convencimiento de que la comparación en los diversos ámbitos del saber social, aunque no sea elevada al nivel de una ciencia, «no ocupa el mismo lugar que otros métodos»: es una «estrategia de investigación» que, como tal, plantea los mismos problemas que la investigación social en general y no es, por tanto, posible dar indicaciones unívocas sobre el modo de llevarla a cabo. De hecho, comparar significa asumir un punto de vista que impone una ampliación de la dimensión espacio-temporal y evidencia así una multiplicidad de aspectos problemáticos que de, otra manera, serían escasamente visibles, ocultos por la dimensión provinciana de la investigación<sup>4</sup>.

Que la comparación es simplemente un método es defendido en el ámbito de las ciencias sociales que la contemplan como un sustituto de la experi-

---

3 Véase L. Pegoraro, A. Rinella, *Diritto costituzionale comparato*, CEDAM, Padua, 2013, pp. 13 ss.

4 C. Vigour, *La comparaison dans les sciences sociales*, La Découverte, París, 2005, pp. 16 ss.

mentación, una manera de verificar, a través del cotejo de objetos considerados asimilables, las hipótesis formuladas por el estudioso. En el fondo, esto mismo se dijo a principios del siglo XX, cuando los legisladores nacionales analizaban el derecho extranjero con el fin de obtener indicios sobre el funcionamiento concreto de las reformas que deseaban adoptar (*supra* II.1.3). Mas ya antes se pensaba en la comparación como actividad llamada a reemplazar a la experimentación: era éste el enfoque de la lingüística comparada, que surgió a lo largo del siglo XIX para cotejar las lenguas indoeuropeas y sacar a la luz los nexos existentes a nivel léxico, gramatical y morfológico. De este modo se empezó a reconstruir la protolengua indoeuropea de las lenguas indoeuropeas, lengua prehistórica extinguida sin dejar testimonio.

Si la comparación constituye un simple sustituto de la experimentación, como en los casos que acabamos de referir, puede perfectamente ser degradada a método. Esto implica, por otra parte, un enfoque cientificista de la comparación que, en efecto, ha caracterizado las ciencias sociales en el pasado pero que ya no es sostenible, como no lo es la tesis evolucionista de la que partía la lingüística comparada (*supra* II.2.3). Ésta continúa admitiendo el uso de la comparación como sustituto de la experimentación pero exige, sin embargo, que se diferencie el método comparativo de la interpretación de los resultados adquiridos a través de él. Y precisa que la interpretación debe proteger de los vicios producidos por la visión distorsionada de la mutación lingüística que ofrece el método comparativo<sup>5</sup>. Ello equivale a admitir que este método está destinado a combinarse con otros enfoques, a generar, por tanto, una pluralidad de métodos extraídos, todos ellos, de la práctica del cotejo, pero irreductibles a un esquema único.

Esta última conclusión aparece explicitada en otras ciencias sociales que utilizan la comparación. En la ciencia política, por ejemplo, el método comparativo es analizado en su combinación con otros métodos, dando así vida a una suerte de catálogo de métodos comparativos ligados a otros tantos enfoques de la materia<sup>6</sup>: en su mayor parte, los mismos que encontraremos al analizar los métodos de la comparación jurídica.

En síntesis, si la comparación es degradada a método éste termina identificándose inevitablemente con una concreta opción cultural, aunque raramen-

---

5 A. Fox, *Linguistic Reconstruction*, Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 137 ss.

6 Véase, por ejemplo, D.-L. Seiler, *La méthode comparative en science politique*, Colin, París, 2004, pp. 45 ss.

te explicitada<sup>7</sup>, de la que extraer las indicaciones para llevar a cabo el cotejo: así ha sido, por ejemplo, en el caso de la opción evolucionista privilegiada por la lingüística. Por otra parte, si bien existen paradigmas científicos identificativos de un campo del saber, se trata de paradigmas que, por muy resistentes que sean, están en constante transformación y destinados, por tanto, a ser superados: el paradigma evolucionista, por ejemplo, está hoy desacreditado entre los estudiosos del derecho y ha sido substituido por un enfoque difusionista del estudio de la mutación jurídica (*supra* II.4.2).

Se confirma así, una vez más, la circunstancia de que la comparación en las diversas ciencias sociales identifica campos del saber dotados de autonomía, en la medida en que analizan sus objetos recurriendo a métodos diferentes: acordes unos con los paradigmas científicos predominantes en esos campos del saber, otros en cambio distantes de ellos y, por tanto, minoritarios. Se deduce de ello que los métodos de la comparación no pueden ser valorados como más o menos apropiados en términos absolutos. Si puede hacerse una valoración, aparte de la que está ligada al planteamiento dominante de quienes cultivan una ciencia comparada, deberá ir dirigida a las finalidades que se propone el comparatista: en particular, la de exaltar las diferencias o, por el contrario, subrayar las analogías de los objetos cotejados. Precisamente en relación con estas finalidades, existen métodos aptos para realizar una comparación que divide y métodos más acordes, en cambio, con una comparación que une.

Semejante conclusión parece pacífica para las ciencias históricas, en las que tienen escasa relevancia estos debates sobre la esencia de la comparación. Efectivamente, en la historia comparada se asume que puede ser llevada a cabo mediante varias modalidades que, en el fondo, se relacionan con el propósito de obtener reconstrucciones «generalizadoras» o, por el contrario, «individualizadoras»<sup>8</sup>. No se explicita lo mismo en el derecho comparado, no al menos fuera del círculo de quienes subrayan que la comparación, al igual que cualquier discurso en torno al derecho, expresa inevitablemente la orientación cultural de su autor: «aunque la tarea del comparatista no es juzgar, comparar es siempre juzgar»<sup>9</sup>.

---

7 E. Örücü, «Developing Comparative Law», en Id., D. Nelken (eds.), *Comparative Law*, Hart, Oxford-Portland (Oreg.), 2007, pp. 47 ss.

8 Por ejemplo, H. Kaelble, *Der historische Vergleich*, Campus, Frankfurt a.M.- Nueva York, 1999, pp. 25 ss.

9 P. Legrand, *Le droit comparé*, Puf, París, 1999, pp. 56 s. Véanse también las contribuciones recogidas en Id. (ed.), *Comparer les droits, résolument*, Puf, París, 2009.

Para documentar la oportunidad de discutir sobre los métodos de la comparación en conexión con sus finalidades y, en concreto, con el propósito de promover la asimilación o la diferenciación de los objetos del cotejo, podemos partir de la literatura que ha profundizado en estos aspectos en términos generales, esto es, en referencia a la comparación como tal. Es decir, podemos inspirarnos en los autores que analizan la estructura lógica de la comparación, entendida como «confrontación de los estados de dos objetos sobre una propiedad»<sup>10</sup>: como acercamiento del que extraer identidades y diferencias a partir de características específicas relativas a un determinado aspecto común a los objetos.

Ahora bien, exaltando el perfil de las propiedades se obtendrá fácilmente una comparación que une: se dirá, por ejemplo, que Ticio y Cayo (objetos) son similares en la medida en que sus alturas (propiedades) se diferencian en pocos centímetros (estado). Si, en cambio, se concentra la atención en el perfil de los objetos, es más probable que se produzca una comparación que divide: se dirá todavía que Ticio y Cayo son similares en cuanto a la altura, pero se observará que, no obstante, son diferentes porque uno es un comediante eclesiástico y el otro un disoluto músico de rock. Todo ello teniendo presente que la atención por el contexto en el que están los objetos no debe llevar a hacerlos incomparables: hemos visto que esta conclusión no tiene razón de ser, que podrá hablarse, sin duda, de una comparación más o menos capaz de incrementar nuestro conocimiento o de reforzar nuestras tesis, pero nada más (*supra* II.1.7).

Entre los métodos que inducen a una comparación que une, acorde con la tradicional inspiración de fondo de la materia (*supra* II.1.1), nos ocuparemos del método estructuralista y del funcionalista. En cuanto a la comparación que divide, retomaremos las reflexiones en torno a la comparación postmoderna, para referirnos luego a la disociación entre técnicas y valores.

## 2. El estructuralismo y la teoría de los formantes

Hemos observado cómo la comparación jurídica se afirma como ciencia crítica contra los dogmas alimentados por el iuspositivismo y, en particular, contra el principio de unicidad de la regla jurídica (*supra* I.1.1). En Italia esto

---

<sup>10</sup> A. Marradi, «Introduzione all'edizione italiana», en N.J. Smelser, *La comparazione nelle scienze sociali* (1976), Il Mulino, Bologna, 1982, p. 13.

se obtuvo en gran medida recurriendo a la teoría de los formantes, elaborada por Rodolfo Sacco a partir de la lingüística que recurre al método estructuralista.

El término «formante» procede de la fonética acústica, el estudio de la consistencia física de los sonidos vocales y de su difusión a través de un medio como, por ejemplo, el aire. En este ámbito, el formante indica la frecuencia de resonancia de los sonidos que tienen lugar en la cavidad oral y que caracterizan su timbre: permite descomponer esos sonidos y, sobre todo, poner de manifiesto e identificar sus distintos componentes.

De manera similar, entre los iuscomparatistas el formante indica los componentes del derecho, potencialmente incoherentes en la medida en que no se refieren a un sistema carente de lagunas y antinomias, motivo por el cual se habla de su disociación. En este sentido, se identifican, entre otros, un formante legal, para referirse a las reglas producidas por el legislador, un formante doctrinal, compuesto por los preceptos formulados por los estudiosos, y un formante jurisprudencial, que coincide con las indicaciones provenientes de los tribunales<sup>11</sup>. Cuando el comparatista actúa como sistemólogo, debe clasificar reconstruyendo para cada ordenamiento el nivel de disociación entre formantes. Si, en cambio, está cotejando construcciones jurídicas específicas, debe identificar primero el contenido de los correspondientes formantes para utilizarlos después como punto de referencia en sus análisis.

Es evidente la ruptura producida por la teoría de los formantes respecto al fundamento ideal del positivismo jurídico. Éste toma en consideración únicamente las fuentes de producción formal del derecho y no valora, por tanto, la jurisprudencia y la doctrina, a menos que se trate de analizar un ordenamiento de *common law* o un derecho religioso, respectivamente. Típicamente positivista es también la actitud de quien no admite la incoherencia en el modo de entender las palabras de las fuentes formales del derecho, imputada a un error de interpretación: es éste el sentido del principio de unicidad de la regla jurídica.

La teoría de los formantes está además ligada al afianzamiento de la comparación jurídica dentro del panorama académico italiano. Por todo ello, ha obtenido un amplio y merecido reconocimiento<sup>12</sup>. Sin embargo, no puede quedar exenta de críticas, en la medida en que cultiva un enfoque cientificista

---

11 R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Utet, Turín, 1992<sup>5</sup>, pp. 44 ss.

12 Véase, por ejemplo, R. Scarciglia, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Il Mulino, Bolonia, 2006, pp. 56 ss.

típico de las corrientes de pensamiento que pretende combatir (ante todo, el positivismo legislativo). Efectivamente, aunque la teoría de los formantes va acompañada del reconocimiento de la importancia que reviste la historia para la comparación jurídica, acaba finalmente ignorándola y devaluando, por tanto, el contexto en el que están insertos los objetos del cotejo: es decir, termina siendo un vehículo para la comparación unificadora.

Para comprender mejor el sentido de estas críticas, hay que acudir al estructuralismo y, en particular, a la lingüística, que lo usa desde principios del siglo XX. En aquellos años, se elaboró una teoría destinada a subvertir la orientación empirista de quienes contemplaban al individuo como una *tabula rasa* y, por tanto, consideraban que el aprendizaje de la lengua materna deriva de la mera escucha de sus hablantes. Por el contrario, empezó a decirse que el aprendizaje se debe a la presencia en el niño de un sistema preexistente, capaz de recibir y utilizar la información suministrada por los sentidos: las estructuras. En síntesis, esta tesis (todavía hoy extendida y defendida, por ejemplo, por Noam Chomsky) lleva a afirmar que el niño es capaz de organizar los datos empíricos a través de una «dotación innata de la mente», un «bagaje biológico» implantado por la «mano original de la naturaleza»<sup>13</sup>.

La teoría de los formantes, valiéndose de su inspiración estructuralista, sugiere que también los ordenamientos jurídicos están animados por estructuras que, si no pueden llamarse innatas, al menos se muestran constantes a lo largo del tiempo: lo que evidentemente viene a ser lo mismo. En definitiva, las estructuras lo son en la medida en que atraviesan indemnes diversos contextos históricos; éstos son tomados en consideración, aunque sólo en su fase inicial, para afirmar después que, «si estructuras fundamentales sobreviven en condiciones económicas, sociales y políticas muy diferentes, ello significa que muy difícilmente pueden reflejar de modo adecuado el sistema de poder o el sistema económico subyacentes»<sup>14</sup>.

En síntesis, los comparatistas de fe estructuralista hablan de un derecho apolítico, calificación que sólo resultaría aceptable si simplemente implicase que no hay correspondencia biunívoca entre las técnicas jurídicas y los valores que con ellas pretenden alcanzarse. Pero no se formula en este sentido la

---

13 N. Chomsky, *Nuovi orizzonti nello studio del linguaggio e della mente* (2000), Il Saggiatore, Milán, 2005, pp. 57 s.

14 A. Watson, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, Athens (Ga.), 1993<sup>2</sup>, p. 107.

idea de un derecho apolítico, sino en el sentido de que el derecho constituye un asunto efectivamente dissociado de las estrategias del poder político (*supra* II.4.2) y de las estrategias del propio comparatista, que sería incluso capaz de «escoger entre ciencia y política», o entre «comparación imparcial» y «comparación comprometida»<sup>15</sup>.

Por tanto, no es sólo la devaluación del contexto la que hace problemático el método estructuralista. Es también criticable el cientificismo que desprende, ejemplificado en la convicción de que, al identificar las estructuras de los ordenamientos y confirmar así su impermeabilidad respecto al contexto, el estudioso puede suministrar indicaciones precisas sobre el estado de los objetos acerca de una determinada propiedad: puede «medir» sin recurrir al dato «proveniente de una ciencia de tipo politológico, ético, o de algún modo ajeno al estudio de los datos lingüísticos»<sup>16</sup>.

Cientificista es también la referencia implícita a la posibilidad de reconstruir fielmente el contenido de los diversos formantes, que lleva a ver en el estructuralismo un modo de multiplicar (más que de superar) los defectos del positivismo. Los estructuralistas no creen en la unicidad de la regla jurídica, pero creen que pueden identificar la pluralidad de las reglas anunciada por la disociación entre formantes, cuya coherencia interna sostienen. Haciéndolo, se comportan como los fautores de la hermenéutica tradicional: acaban edificando una teoría de la multiplicidad de los esquemas conceptuales (*supra* I.1.3). A ello conduce la afirmación según la cual «nosotros, tras haber descompuesto todo sistema jurídico y haberlo reducido a una serie de distintos formantes, podemos establecer cuál es el grado de disociación de los formantes y, sobre todo, en qué medida las fuentes formales de un país, el derecho allí aplicado y el conocimiento que los juristas tienen de sus sistemas se encuentran en concordancia»<sup>17</sup>.

A estas alturas, no debe sorprendernos que Hans Kelsen pueda ser considerado un estructuralista *ante litteram*. En efecto, Kelsen establece que precisamente la comparación permite identificar «la naturaleza del derecho», «determinar su estructura y sus formas típicas independientemente del contenido variable que presenta en distintas épocas y entre pueblos distintos». Y es esto lo que integra el núcleo de la teoría pura del derecho, la que «respon-

---

15 Cita de R. Sacco, en P. Legrand, «Questions à Rodolfo Sacco», en *Revue internationale de droit comparé*, 47.4 (1995), pp. 949, 959.

16 Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 12.

17 *Ivi*, p. 49.

de a la pregunta de qué es el derecho, no ya a la pregunta de qué debe ser el derecho»<sup>18</sup>.

Enumerados los defectos y virtudes del método estructuralista, no debemos olvidar, en todo caso, que ninguno de los métodos de la comparación puede ser valorado en términos absolutos: es siempre fundamental ponerlos en relación con las estrategias del estudioso que los practica, con la finalidad de su investigación. La disociación entre formantes es entonces útil en muchos casos, no sólo para mostrar la falacia del enfoque combatido por el estructuralismo, el enfoque iuspositivista.

Para concretar una aplicación provechosa de la disociación entre formantes, analizaremos brevemente la noción de contrato en los ordenamientos alemán e italiano. En el primero falta una definición codificada y, en consecuencia, ante el silencio del formante legal, la doctrina afirma que el contrato es un negocio jurídico bilateral, retomando así el esquema hecho célebre por Savigny, según el cual los hechos jurídicos pueden ser circunstancias casuales o actos voluntarios, que son denominados declaraciones de voluntad o negocios jurídicos si están destinados inmediatamente al nacimiento o a la extinción de una relación jurídica, y contratos o negocios jurídicos bilaterales si son efectuados por más de una parte para llevar a cabo una pretensión común<sup>19</sup>.

Esta definición de contrato se combina con la observación de que la figura comparece o, mejor dicho, debe comparecer como institución autónoma en todos los sectores del ordenamiento civil. Junto a los contratos del derecho de obligaciones, y en ausencia del principio consensualista, por el que el acuerdo determina la transmisión de la propiedad, hay también contratos relevantes para los derechos reales: los que precisamente registran el consenso en torno a la mera transmisión de la propiedad, efecto que se produce con la entrega o con la inscripción en el registro según se trate, respectivamente, de bienes muebles o inmuebles. Pero hay más: el derecho civil alemán conoce también los contratos considerados típicos del derecho de familia, como el matrimonio y los pactos matrimoniales, y los contratos del derecho de sucesiones, admitidos en ausencia de una prohibición absoluta de los pactos sucesorios.

Reconstruida en estos términos, la noción de contrato parece muy distinta

---

18 H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Einaudi, Turín, 1952, p. 173.

19 F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. 3, Veit, Berlín, 1840, pp. 5 ss.

de la del derecho civil italiano, al menos si nos atenemos a las indicaciones del formante legal: el Código civil italiano limita la figura a la materia de obligaciones, requiriendo ante todo la patrimonialidad de la relación jurídica que las partes pretenden constituir, regular o extinguir (art. 1321). Distinta es, en cambio, la conclusión a la que llega en Alemania el formante jurisprudencial en lo que se refiere a la distinción entre vínculos relevantes en el plano jurídico y vínculos relevantes en el plano meramente social, en relación, por ejemplo, con la difusión gratuita de información o el llamado préstamo de cortesía. En estos casos, los tribunales alemanes llamados a resolver controversias en torno a los daños producidos por informaciones erróneas o sufridos por el bien concedido gratuitamente en comodato, aplican el derecho de contratos, y no el del hecho ilícito extracontractual, cuando el vínculo satisface un interés patrimonial a la prestación<sup>20</sup>.

Dicho de otro modo, la disociación entre formantes permite poner de manifiesto que, a pesar del silencio de la ley y de cuanto ha defendido la doctrina, los tribunales exigen para la identificación del contrato requisitos aún más restrictivos que los mencionados por el formante legal italiano que requiere la patrimonialidad de la relación jurídica, pero no la del interés a la prestación. Evidentemente, al comparatista que registra este estado de la cuestión no le interesa (a diferencia de la civilística tradicional) remediar la incoherencia del sistema identificando la noción de contrato que ha de ser juzgada correcta, y la que en cambio debe ser rechazada por errónea. Quien practica la disociación entre formantes no persigue tales objetivos; simplemente pretende reconstruir la organización de un cierto ámbito disciplinar en clave descriptiva, o sea, dejando de lado el punto de vista prescriptivo que asumen típicamente quienes cultivan el iuspositivismo.

De este modo, sin embargo, se descuida el contexto en el que actúan las construcciones jurídicas y acaba produciéndose a menudo una comparación que une.

### 3. *El funcionalismo y el método funcional*

Si en el contexto italiano la comparación se ha servido del estructuralismo para desmontar el enfoque tradicional del estudio del derecho, en otras ex-

---

<sup>20</sup> A. Somma, «La nozione di Vertrag e la patrimonialità del rapporto», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 50 (1996), pp. 1239 ss.

perencias ese papel ha sido desempeñado por el método funcional. En concreto, es lo que ha ocurrido en las áreas alemana y estadounidense: en ésta última, debido al éxito de Ernst Rabel, obligado a abandonar la Alemania nazi por su origen judío.

Como estudioso de derecho internacional privado, Rabel se ocupó, entre otras cosas, de la calificación, es decir, de la interpretación de los conceptos que en las normas de conflicto identifican el ámbito material de aplicación, determinando el derecho aplicable al supuesto que tiene elementos de internacionalidad. Si los tribunales internacionales entendieran esos conceptos según los cánones típicos del ordenamiento en el que operan, llegarían a resultados erróneos desde el punto de vista del ordenamiento extranjero al que remite la norma de conflicto. Por ello, según Rabel, la calificación no debe seguir el conceptualismo típico de un derecho nacional, sino el sentido al que remite la situación fáctica a la que se refiere la norma de conflicto<sup>21</sup>.

La teoría de Rabel no ha sido aceptada, pues ha prevalecido la tesis de que la calificación debe efectuarse según los cánones del ordenamiento al que pertenece la norma de conflicto. Sin embargo, aquella teoría, como decíamos, tuvo un éxito notable en el origen de la elaboración del método funcional, cuya formulación más difundida se debe a Konrad Zweigert y Hein Kötz.

Estos dos comparatistas alemanes observan que, aunque en todas las sociedades se recurre al derecho para resolver problemas análogos, las soluciones adoptadas a nivel técnico-jurídico son a menudo divergentes. Por ello, el comparatista debe iniciar su investigación partiendo de preguntas planteadas en términos factuales y no conceptuales. Si, por ejemplo, proviene de un ordenamiento en el que la conclusión precipitada de un contrato está tutelada por requisitos formales, no comparará su ordenamiento con el ordenamiento extranjero buscando en éste la regulación de la forma del contrato. Por el contrario, deberá preocuparse de individuar las soluciones técnico-jurídicas adoptadas para tutelar a los contratantes, que pueden ser diferentes de las contempladas por el «sistema conceptual típico del sistema de derecho propio». Advierten Zweigert y Kötz que de este modo el cotejo podría incluir soluciones que, desde el punto de vista del ordenamiento de procedencia del comparatista, no son soluciones técnico-jurídicas: debe dirigir su atención a

---

21 E. Rabel, *The Conflict of Laws*, vol. 1, University of Michigan Press, Ann Arbor (Mich.), 1945, pp. 49 s.

las «mismas fuentes de las que se sirve el jurista del ordenamiento extranjero y atribuirles el mismo valor y el mismo peso que aquél les atribuye»<sup>22</sup>.

De todos modos, la referencia al punto de vista del operador del derecho extranjero es una indicación poco acorde con el propósito de acreditar el método funcional como instrumento de superación del conceptualismo (*supra* I.1.2). Realmente, como afirman los estructuralistas, para combatir los vicios que denuncian los comparatistas hay que superar precisamente el punto de vista del operador del derecho estudiado, que permitiría identificar los for-mantes verbalizados o, de algún modo, explicitados, pero no los «modelos implícitos» o «criptotipos»: los preceptos que presiden la distribución imperativa de valores y bienes, sin que sus destinatarios tengan plena conciencia de ellos<sup>23</sup>.

Los preceptos en cuestión pueden no pertenecer al campo jurídico en sentido estricto, o al menos, a lo que el operador del derecho estudiado entiende por campo jurídico. En suma, resulta útil la puntualización de Zweigert y Kötz de que el comparatista no debe dejarse influir por el ordenamiento propio a la hora de identificar los confines del derecho, aunque está desencaminado su desinterés por los condicionamientos que derivan del ordenamiento extranjero estudiado.

Pero no es éste el vicio más evidente del método funcional, sino el de la observación de que, aunque presenten «diferencias en el desarrollo histórico, en su estructura sistemático-teórica y en el estilo de las aplicaciones prácticas», ordenamientos jurídicos diversos adoptan «soluciones idénticas hasta en los mínimos detalles, o muy similares». Hasta el punto de que el comparatista, pese a constatar diferencias notables a nivel técnico-jurídico, puede partir de una «presunción de similitudes de las soluciones prácticas», válida por lo menos en todos los ámbitos no «comprometidos por juicios de valor e imperativos morales». Y de ahí se concluye que, fuera del derecho de familia, de personas y de sucesiones, existe un «derecho privado apolítico» que en sustancia coincide con el derecho patrimonial o del mercado<sup>24</sup>.

Estas afirmaciones pueden ser rebatidas recordando, por ejemplo, las grandes diferencias que caracterizan a los ordenamientos jurídicos según el

---

22 K. Zweigert, H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato* (1984), vol. 1, Giuffrè, Milán, 1998, pp. 37 ss.

23 A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Utet, Turín, 2008<sup>3</sup>, pp. 6 s.

24 K. Zweigert, «Des solutions identiques par des voies différentes», en *Revue internationale de droit comparé*, 18 (1966), pp. 5 ss.

modelo de capitalismo que estén llamados a implementar, de acuerdo con los análisis de la Nueva Economía Institucional y de la Nueva Economía Comparada (*supra* II.2.5). En cambio, desde otro punto de vista podemos subrayar las convergencias espontáneas que en muchos ordenamientos se registran en relación con temas decididamente ligados a opciones culturales fuertes, como es el caso reciente de la regulación de la convivencia homosexual.

No convence, sobre todo, la idea de un derecho apolítico, que recuerda la idea de un derecho producido autónomamente por una clase profesional de juristas, idea básica en el esquema dibujado en el ámbito difusionista (*supra* II.4.2), así como la identificación de la tradición jurídica occidental centrada en el divorcio del derecho respecto a la política y a la religión (*supra* II.3.1). La disociación entre derecho y sociedad que introduce este planteamiento no es aquella que cabría entender cuando se afirma la ausencia de una correspondencia biunívoca entre el discurso técnico-jurídico y la distribución imperativa de valores y bienes que ese discurso pretende promover. Desde nuestro punto de vista, el empleo del discurso jurídico para ejercer poder constituye la prerrogativa de quienquiera que tenga el control sobre él y, por tanto, no sólo, desde luego, de la clase compuesta por los profesionales del derecho (*supra* II.4.2): en cambio, es esto es lo que parecen afirmar los fautores del método funcional cuando invocan la categoría, no menos indefinida, del derecho apolítico.

Otro aspecto crítico del método se descubre al considerar los límites que Zweigert y Kötz ponen a la actividad del comparatista: cotejar «solamente aquello que cumple con el mismo cometido, con la misma función»<sup>25</sup>. Ahora bien, es precisamente esta limitación la que permite que los dos autores alemanes logren lo que ya aparece como una verdad autorreferencial y (sólo en este sentido) elemental e incontrovertible: aunque los derechos nacionales son diferentes, las soluciones concretas, o sus funciones, son asimilables<sup>26</sup>. En sustancia, se eliminan así los problemas planteados habitualmente por la medición de los estados de los objetos cotejados en relación a una determinada propiedad.

El método funcional está concebido para producir una comparación unificadora y para decretar como ajeno al trabajo del comparatista todo aquello

---

<sup>25</sup> Zweigert, Kötz, *Introduzione al diritto comparato* cit., p. 37.

<sup>26</sup> M. Graziadei, «The Functionalist Heritage», en P. Legrand, R. Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 102.

que pueda desmentir la imagen de un derecho apolítico y, como tal, universal: ante todo, la investigación en sectores del ordenamiento que son considerados prisioneros de opciones culturales o ideológicas. Por otra parte, como decíamos, no hay ámbitos que estén privados de esta característica, partiendo precisamente del derecho apolítico por excelencia: el derecho del mercado. Y tampoco existen sectores del ordenamiento en los que las soluciones propuestas terminen siendo competencia exclusiva de una fuente específica, pues son fuentes todos los que son capaces de controlar la producción del discurso jurídico.

La comparación efectuada según el método funcional parece incluso ir más allá, parece llevar a creer que no existen categorías de sujetos en condición de controlar el discurso jurídico, ni siquiera la clase profesional de los juristas. Éstos estarían efectivamente condenados a producir y reproducir las reglas capaces de mantener en equilibrio el sistema dado, y sólo esas reglas, y a ocultar los conflictos en clave conservadora, en nombre de la cohesión social y del desarrollo del sistema<sup>27</sup>. Esto serviría, en particular, para el comparatista, llamado a sostener la conservación de lo existente mediante referencias a experiencias extranjeras que, con la complicidad de los límites dentro de los cuales se aplica el método funcional, están destinadas inevitablemente a mostrar la solución adoptada por el derecho interno como decididamente extendida y consolidada.

En otras palabras, el método funcional se relaciona estrechamente con el funcionalismo clásico, que ve en la sociedad un conjunto holístico en el que se disuelven las individualidades, condenadas a actuar para alimentar el orden constituido que se erige en individualidad autónoma que trasciende a cada una de sus partes. Con este esquema como telón de fondo, podemos entender el nexo entre derecho y sociedad tal y como es expuesto por los fautores del método funcional. En cierto sentido, este nexo es afirmado, aunque desde un punto de vista fáctico y no desde el punto de vista de las construcciones conceptuales. Por otra parte, eso no implica una capacidad de dirección de la sociedad por parte de quienes producen discursos sobre el derecho; o, mejor dicho, la implica, pero sólo en la medida en que secunda las necesidades de equilibrio y desarrollo del sistema dado: el método funcional podría también ser utilizado para «ver cómo una sociedad no funciona» y valorar los términos de un «cambio del sistema», pero sus vínculos con el funcionalismo

---

<sup>27</sup> Sobre ello, V. Ferrari, *Funzioni del diritto. Saggio critico-ricostruttivo*, Laterza, Roma-Bari, 1997, pp. 5 ss.

lo condenan a «ver cómo una sociedad funciona» y, por tanto, a preservar el equilibrio del sistema<sup>28</sup>. De ahí la ambigüedad de fondo que caracteriza al método funcional, en cuanto al encuadre de la relación entre derecho y sociedad; es, por otra parte, una característica que se considera extendida a muchos otros aspectos de este método<sup>29</sup>.

En cualquier caso, sirve para el método funcional cuanto hemos dicho sobre la disociación entre formantes. Aunque esté referido a orientaciones culturales precisas y, por tanto, sea defectuoso desde el punto de vista de las opciones alternativas, puede resultar perfectamente útil para sostener las investigaciones comparatistas dirigidas a promover determinados resultados: como el subrayado de los puntos comunes en detrimento de las diferencias, es decir, de las convergencias ocultadas por las divergencias registradas en el plano de las construcciones técnico-jurídicas.

Para probar esta conclusión, podemos detenernos en el tema de la responsabilidad civil objetiva por actividad peligrosa, en relación con el cual hay que formular la cuestión en términos funcionales y sin recurrir a conceptualismos provincianos: por ejemplo, cómo se protege a la víctima de un daño causado por una actividad peligrosa en el derecho italiano y en el derecho alemán. La comparación deberá producirse sólo entre disposiciones que cumplen el cometido indicado y tendrá entonces en cuenta, por lo que respecta al derecho italiano, lo que en términos generales establece su Código civil: que el daño ocasionado en el ejercicio de actividades peligrosas debe ser resarcido en virtud de la responsabilidad sin culpa (art. 2050).

Diferente es el caso del derecho alemán, que no conoce una regla general sobre la cuestión, sino una regulación al detalle que establece la responsabilidad sin culpa por actividades específicas: entre otras, la circulación ferroviaria, la producción de energía atómica, la fabricación de medicamentos o el uso de la ingeniería genética. Sería erróneo considerar, sin embargo, que las leyes especiales que regulan estas actividades, interpretadas por los tribunales de manera restrictiva, impiden vislumbrar en el derecho alemán un principio general similar al formulado por el legislador italiano. Los tribunales alemanes, en efecto, han elaborado, partiendo de la regulación general de la

---

28 N. Bobbio, «Intorno all'analisi funzionale del diritto», en *Sociologia del diritto*, 1 (1975), pp. 9 s.

29 R. Michaels, «The Functional Method of Comparative Law», en M. Reimann, R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 360 ss.

responsabilidad por culpa, auténticos supuestos abusivos de responsabilidad sin culpa: los dos ordenamientos han adoptado soluciones técnico-jurídicas diferentes, mas no por ello puede decirse que también las soluciones prácticas sean diferentes<sup>30</sup>.

Es evidente que se obtendría el mismo resultado, es decir, un cotejo que desplace los dogmas iuspositivistas, recurriendo a la teoría de los formantes. Efectivamente, puede decirse que en el derecho alemán el formante legal no expresa un principio general en tema de responsabilidad sin culpa por el ejercicio de actividades peligrosas, mientras que el mismo principio se encuentra en el formante jurisprudencial. Cabría añadir que el formante doctrinal, favorable desde hace tiempo a una regulación modelada sobre la actuación de los tribunales, apoya la obra de estos y, por tanto, se diferencia también de cuanto cabe deducir del formante legal.

#### 4. *Análisis económico del derecho y comparación cuantitativa*

Partiendo de la función subversiva de la comparación jurídica, de su propensión natural a combatir el iuspositivismo, algunos autores han propuesto combinarla con el análisis económico del derecho, una disciplina que en el área estadounidense ha sido concebida y utilizada con esas mismas finalidades. Semejante combinación comportaría ventajas para el derecho comparado, que adquiriría nueva inspiración para confrontar derechos a partir de su función, desarrollando así el método funcional. El análisis económico del derecho, añaden esos autores, elabora modelos que pueden ser utilizados como base homogénea para los cotejos permitiendo de este modo recurrir a instrumentos fiables para medir las analogías y diferencias entre los objetos cotejados<sup>31</sup>.

Dicho de otro modo, si la comparación consiste en el cotejo de los estados de dos objetos sobre una propiedad, el análisis económico permite describir esos estados de manera precisa, es decir, medir de modo fiable las identidades y diferencias entre construcciones jurídicas en relación a una caracterís-

---

30 A. Somma, «Le fonti di notevole pericolo nelle esperienze italiana e tedesca», en L. Cabella Pisu, L. Nanni (eds.), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni Novanta*, Cedam, Padua, 1998, pp. 435 ss.

31 U. Mattei, P.G. Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padua, 1997, p. 99.

tica específica: la función que cumplen. Sería ésta la característica destacada de una disciplina llamada análisis económico-jurídico-comparado, a la que nos dedicaremos después de detenernos brevemente en el análisis económico del derecho.

Éste puede ser definido, en pocas palabras, como el uso de los cánones elaborados por la ciencia económica para reflexionar sobre el fenómeno del derecho. Si nos referimos a las materias en las que es usual la interacción entre derecho y economía, su práctica es ya antigua, extendida tanto en las experiencias capitalistas como en las socialistas. Más reciente es, en cambio, el empleo de esa práctica en el tratamiento de otras materias: se afirmó en el área estadounidense como programa específico de un movimiento surgido en los años setenta del siglo pasado<sup>32</sup>. Y se entiende que así sea: es la época en la que se consume la crisis de las teorías tradicionales sobre el derecho, cuyos vicios son los mismos que los que en Europa reviste el enfoque positivista y el culto de sus secuelas. En el área estadounidense quisieron enfrentarse a ellos recurriendo precisamente al análisis económico.

En una suerte de manifiesto del nuevo movimiento, Richard Posner reflexionaba sobre la extensión a la ciencia jurídica del punto de vista de la ciencia económica, sobre todo de aquel según el cual los individuos, como seres racionales, reaccionan a incentivos y a desincentivaciones. Ello induce a concebir el derecho, más que como conjunto de obligaciones y prohibiciones, como el instrumento para atribuir un precio a las conductas humanas: de la racionalidad humana y de la entidad de premios y sanciones deriva la capacidad del derecho de incentivar o desincentivar los comportamientos individuales. A fin de que este esquema pueda operar, es decir, para que haya individuos capaces de reaccionar a los incentivos es, sin embargo, necesario un régimen de libre mercado: sólo si se permite el intercambio voluntario podrán secundar los individuos «la tendencia de los recursos a gravitar hacia sus usos más provechosos»<sup>33</sup>.

Todo ello puede ser sintetizado invocando un concepto central en el análisis económico del derecho: el concepto de eficiencia. Puede entonces decirse que la posibilidad de que los individuos reaccionen libremente a los incentivos, es decir, el régimen de libre mercado, constituye una condición de efi-

---

32 Valga como ejemplo R. Pardolesi, *Voz «Analisi economica del diritto»*, en *Digesto civ.*, vol. 1, Utet, Turín, 1987, p. 310.

33 R. Posner, «L'economia e il giurista» (1977), en G. Alpa *et al.* (eds.), *Interpretazione giuridica e analisi economica*, Giuffrè, Milán, 1982, pp. 66 s.

ciencia del derecho entendido como sistema de incentivos y desincentivaciones que efectivamente funciona.

Definir el concepto de eficiencia no es empresa fácil, teniendo en cuenta que los elementos pertinentes no son poco etéreos y contradictorios. Entre las definiciones (en parte) pacíficas podemos mencionar las que sacan a la luz la valencia neutral del concepto, en la medida en que expresa un parámetro estable, capaz de medir de manera satisfactoria los valores de personas diversas. Si el concepto tradicionalmente utilizado por los estudiosos del derecho, el concepto de justicia, es arbitrario y subjetivo, el de eficiencia es, en cambio, técnico y universal, el único idóneo para «fundar un discurso científico sobre la organización social»<sup>34</sup>. En efecto, se considera eficiente una situación muy concreta, aquella en la que el bienestar es maximizado: una situación que no puede ser modificada en el sentido de incrementar el bienestar de un individuo sin disminuir el de otros individuos, es decir, sin compensar el número de quienes pierden con el de quienes ganan.

El jurista que, tomando prestado el método de trabajo del economista, razona en términos de eficiencia, no cree que no exista un momento valorativo, pero éste queda simplemente confinado a una fase previa a su intervención: la fase de la decisión política. El análisis económico del derecho interviene posteriormente para identificar las mejores soluciones, o sea, las más eficientes, entre las diversas soluciones justas: llevaría a «maximizar la medida del pastel», después de que otros hayan asumido «la decisión de cómo dividirlo»<sup>35</sup>.

Se deduce de estas afirmaciones un primer aspecto problemático del análisis económico del derecho, que acaba alimentando un punto de vista interno sobre el derecho, en todo similar al de los fautores del iuspositivismo (*supra* I.1.2). Es un punto de vista preceptivo, según el cual el jurista puede identificar el intento del legislador como dato cognoscible de modo cierto y fiel, para compartirlo luego y amplificarlo a través de la interpretación, con la única diferencia de que se trata ahora de una interpretación reconstruida a partir de la función económica de las reglas.

Desde luego, tampoco carece de condicionamientos el momento valorativo, el que está confiado a la fuente de producción de la regla justa: a fin de que pueda ser concebido como un sistema de incentivos y desincentivaciones, el

34 Mattei, Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato* cit., p. 86.

35 A.M. Polinsky, *Una introduzione all'analisi economica del diritto* (1983), Il Mulino, Bologna, 1986, p. 7.

derecho debe ante todo edificar el libre mercado, esto es, avalar el modelo de capitalismo del *common law* (*supra* II.3.3). También la visión del individuo como persona capaz de autodeterminarse de manera racional está relacionada con esquemas ideológicos concretos: como sabemos, no es una visión compartida por quienes ponen el acento en los condicionamientos procedentes del entorno, por quienes consideran que el tipo humano de referencia para las construcciones técnico-jurídicas debe ser el *homo sociologicus* y no, desde luego, el *homo oeconomicus* (*supra* I.1.3).

A lo largo de los años, el análisis económico del derecho se ha desarrollado como una ciencia más compleja y menos trivial de lo que cabría deducir a partir de los rasgos mínimos que acabamos de enumerar, típicos de su primera fase. Hace tiempo que muchos de sus fautores han relativizado el papel del criterio de eficiencia y aceptado además la idea de una racionalidad limitada del individuo llamado a reaccionar a los incentivos y desincentivaciones, es decir, a mantener comportamientos eficientes. No obstante, el análisis económico-jurídico-comparado está inexorablemente destinado a sostener determinadas opciones de orden político: por ejemplo, las opciones que últimamente prefiere la Nueva Economía Comparada. Efectivamente, de ella podemos obtener múltiples aplicaciones concretas y, sobre todo, puntuales aclaraciones sobre las características de este método surgido de la combinación de la comparación jurídica con el análisis económico del derecho.

Volvamos entonces a los informes *Doing business* y analicemos la investigación dedicada al tema en el que se centraba el estudio que ha hecho célebre a la Nueva Economía Comparada, el tema del que los Informes derivan su metodología: las modalidades de constitución de una empresa (*supra* II.3.3). Los diversos ordenamientos nacionales han sido cotejados a partir de cuatro parámetros: el número de trámites requeridos, los costes correspondientes, el tiempo necesario y la cuantía del eventual capital de garantía. Es evidente que estos parámetros han sido elegidos en función del principio básico del estudio, elaborado en el seno de la teoría de la elección pública y adoptado por la Nueva Economía Comparada: el principio según el cual a una menor injerencia pública en la actividad económica privada le corresponden beneficios para los mercados y, en consecuencia, un bienestar social superior. Se trata de parámetros dirigidos a premiar a los ordenamientos que regulan la constitución de empresas requiriendo un corto número de procedimientos poco costosos, también en términos de tiempo, y que preferiblemente no requieren

el desembolso de un capital de garantía: típicamente, los ordenamientos de *common law*<sup>36</sup>.

Es asimismo pertinente el estudio sobre la regulación de las relaciones laborales, que premia a los ordenamientos de *common law* en la medida en que confían a la autonomía de las partes la definición del contenido de la relación, incluyendo su inicio y cese. También este estudio está visiblemente confeccionado para mortificar a los ordenamientos de *civil law*, que se centran en formas de redistribución de riqueza confiadas, en particular, al sistema de seguridad social y tutelan a la parte débil de la relación laboral tanto en su inicio como en su cese. Es innegable que la celebración del modelo de *common law* no puede ser considerado un resultado del estudio sino, por el contrario, un presupuesto del mismo que determina la elección de sus parámetros y metodología<sup>37</sup>.

En confirmación de cuanto acabamos de decir, podemos imaginar un uso del método promovido por el análisis económico-jurídico-comparado que esté al margen de sus presupuestos de orden ideológicos, que sirva a una finalidad opuesta a la perseguida por la Nueva Economía Comparada: la valorización de los beneficios sociales derivados de los costes privados. Podría llegarse a esta conclusión mediante estudios diferentes o, en cualquier caso, eligiendo los parámetros adecuados: por ejemplo, el nivel de pacificación producido por el intervencionismo estatal, o su idoneidad para prevenir desestabilizadoras quiebras del mercado, o su capacidad para obtener amplios niveles de instrucción de los que evidentemente pueden beneficiarse también los operadores económicos. Habría bastado con esto para acreditar al modelo de *civil law* como productor de bienestar social; es, de hecho, el camino emprendido por algunos críticos de los informes *Doing business*, que no han atacado la credibilidad del método empleado sino el resultado del estudio: éste debía llegar a la conclusión de la mayor eficiencia del *civil law* respecto al *common law*<sup>38</sup>.

En efecto, era posible obtener ese resultado, pues la comparación cuantitativa es totalmente incapaz de ofrecer instrumentos creíbles para medir las analogías y diferencias de los ordenamientos cotejados. La comparación cuantitativa (a la que recurre el análisis económico-jurídico-comparado)

---

36 *Doing Business 2013*, The World Bank, Washington D.C., 2013, pp. 56 ss.

37 *Ivi*, pp. 98 ss.

38 R. Michaels, «Comparative Law by Numbers?», en *American Journal of Comparative Law*, 57 (2009), p. 778.

exaspera los motivos de convergencia entre los derechos nacionales, como era de esperar: es una comparación centrada, por definición, en el perfil de las propiedades, en perjuicio del de los objetos, o en la medición de los estados de los objetos según parámetros numéricos, incapaces como tales de expresar la identidad de los objetos. Y es una comparación que no tiene en cuenta cómo incluso las mediciones cuantitativas pueden secundar sensibilidades en absoluto homogéneas en lo que se refiere a la posibilidad de traducir en números aquello a lo que se dirige la investigación comparatista: también la cultura de los números, como cultura, es incapaz de expresar parámetros homogéneos<sup>39</sup>.

En otras palabras, aun partiendo de opciones teóricas diametralmente opuestas, quien sostiene la impracticabilidad de la comparación (*supra* II.1.7) acaba obteniendo resultados idénticos a quien practica el análisis jurídico-económico-comparado: inutiliza los cotejos o, lo que es lo mismo, los hace tan poco fiables que acaban pareciendo igualmente inútiles.

##### 5. Los métodos del derecho comparado en la globalización

Muchos consideran que el término «globalización» resume los rasgos fundamentales de nuestra época, caracterizada por fuertes interconexiones, a nivel planetario, de las esferas política, económica y cultural. Efectivamente, todas estas esferas están cada vez más confundidas dentro de un indefinido espacio global desprovisto de fronteras ciertas o, en todo caso, conformado por la continua ruptura de las fronteras alimentada por un acuciante progreso tecnológico.

Con la intención de identificar los principales cambios experimentados por el derecho<sup>40</sup>, los estudiosos han sacado a la luz, ante todo, la crisis de la soberanía estatal inducida por los procesos de globalización, y han subrayado la irrupción en escena de nuevos actores, dispuestos a erosionar los espacios abandonados por los viejos actores. Dominan ahora las organizaciones internacionales y supranacionales, cada vez más liberadas de los límites impuestos por la esfera estatal, aunque a menudo empeñadas en potenciar la acción de algunos Estados: es lo que veíamos que ocurría con la difusión del capitalismo neoamericano, extraído de las características del modelo económico típi-

39 B. Grossfeld, *Kernfragen der Rechtsvergleichung*, Mohr, Tübingen, 1996, p. 233.

40 M.R. Ferrarese, *Prima lezione di diritto globale*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

co de ordenamientos nacionales bien identificados, inducida por la acción del Banco Mundial (*supra* II.4.4) y, sobre todo, del Fondo Monetario Internacional (*supra* II.4.5). También crece constantemente el espacio conquistado por los actores privados, empresas multinacionales y operadores financieros mundiales a la cabeza, cada vez más capacitados para producir derecho transnacional<sup>41</sup> y condicionar así las decisiones de Estados y organizaciones de Estados y, en definitiva, los comportamientos individuales.

Ciertamente, la actuación de los nuevos actores, o de los viejos actores en el desempeño de las nuevas tareas, podría producir resultados menos criticables que los que promueve la Nueva Economía Comparada. La globalización, motor de un «constitucionalismo transnacional»<sup>42</sup>, ha permitido ampliar el radio de acción de iniciativas dirigidas a difundir valores como la democracia o la sensibilización ambiental, aunque difícilmente podrá decirse que estos aspectos positivos superen los negativos: entre otras razones, porque con demasiada frecuencia esos efectos positivos componen la cortina de humo con la que se esconden graves violaciones del derecho internacional, como manifiesta la alusión a un auténtico imperialismo de los derechos humanos. Sea cual sea su resultado, es innegable que la globalización jurídica tiene lugar mediante procedimientos y formas que se alejan de los previstos por el régimen de la soberanía estatal y que reconstruiremos brevemente antes de valorar su impacto sobre el método de la comparación.

En cuanto a los procedimientos, se asiste a la progresiva superación del *government* en favor de la *governance*, relativa ésta a la situación en la que los destinatarios de los preceptos se ven implicados en su formulación e implementación. Hemos visto ya un posible motivo inspirador de este esquema: ni había competencia para regular la materia a la que se refieren tales preceptos ni se compartían los resultados obtenidos por el *government*. Por eso la *governance* ha sido ampliamente aplicada en las instituciones económicas internacionales que se ocupan de cuestiones (como el modo de ser de las instituciones democráticas) normalmente reservadas a los Estados nacionales (*supra* II.4.3) o que, en todo caso, deben ser cribadas por asambleas electas investidas de la representación general de los electores (y no por grupos de representantes de intereses específicos), colocadas en un plano de mera pa-

---

41 Véase, por ejemplo, P. Zumbansen, *Defining the Space of Transnational Law*, Osgoode Hall Law School Comparative Research in Law & Political Economy Research Paper Series, 21 (2011).

42 Pegoraro, Rinella, *Diritto costituzionale comparato* cit., pp. 185 ss.

ridad formal: son entonces capaces de tomar parte en las decisiones, pero no de incidir efectivamente en su contenido.

También las formas asumidas por la globalización jurídica son, como los procedimientos, distintos de las que caracterizan los contextos plasmados por la estatalidad. El llamado sistema de fuentes se parece cada vez menos a una pirámide y cada vez más a una red que, evidentemente, posee nudos duros pero también (y sobre todo) elementos blandos, funcionales para permitir la ruptura de las fronteras típica del espacio global. Los elementos blandos lo son en la medida en que conciernen a la producción de reglas mediante la implicación de sus destinatarios, reglas formuladas para incentivar y no para imponer comportamientos: es éste el sentido de la *soft law* (típica de la *governance*), contrapuesta a la tradicional *hard law* (típica del *government*). Por tanto, se trata de una blandura (o una suavidad) sólo aparente, que sin duda puede anunciar intervenciones particularmente eficaces e incisivas, sobre todo cuando amenazan el correcto funcionamiento del mecanismo democrático (*supra* II.4.5)<sup>43</sup>.

Planteada en estos términos, que no pretenden agotar la descripción de asuntos notoriamente complejos y carentes de contornos definidos, la globalización se manifiesta como un fenómeno capaz de provocar una notable homologación a nivel planetario de las esferas en las que se verifican las típicas rupturas de fronteras, las esferas política, económica y cultural. Quizás por esta razón, la comparación ha reaccionado asumiendo el punto de vista de la doctrina postmoderna, que ha erigido la tutela de la identidad en su motivo inspirador.

Sabemos que la comparación postmoderna ha asumido entre sus principales tareas la de exaltar las diferencias entre los objetos del cotejo, para así denunciar y combatir la actitud etnocéntrica que es considerada, no sin razón, típica del modo tradicional de comparar (*supra* II.1.6). Llegados a este punto podemos observar, sin embargo, que la comparación postmoderna, más que un método específico de la comparación, constituye una indicación preventiva acerca de la identificación de las finalidades y los objetos del cotejo. Éste debe entonces exaltar las diferencias y hacerlo con especial referencia al escenario del derecho global, con su carácter transnacional (además de nacional y supranacional).

Están de acuerdo con el punto de vista postmoderno todos los métodos

---

43 A. Somma, «Some like it soft», en Id. (ed.), *Soft law e hard law nelle società post-moderne*, Giappichelli, Turín, 2009, pp. 153 ss.

que, en relación con la investigación específica en la que son utilizados, permiten sacar a la luz las diferencias y, eventualmente, evidenciar críticamente las maneras en las que esas diferencias pueden ser ocultadas en clave unificadora o, por el contrario, promovidas en términos también abiertamente preceptivos. Puede suceder con métodos que normalmente están destinados a producir una comparación que une, pero que también son ocasionalmente empleados en estrategias argumentativas orientadas a realizar una comparación que divide.

No debe pasarse por alto que en el punto de mira de una comparación volcada en denunciar las estrategias de ocultación de las diferencias podría colocarse a la propia cultura postmoderna. Efectivamente, para algunos constituye el fundamento cultural del actual modelo de desarrollo, el llamado modelo postfordista o toyotista, centrado en la producción y el consumo de bienes diversificados para corresponder a necesidades a menudo artificiales, mas en todo caso constantemente cambiantes. Ello llevaría a demostrar que el postfordismo, aunque ha cambiado los términos de la estandarización de masas típica del fordismo, lo ha hecho para adaptarla a las características del nuevo modelo de desarrollo: para actualizar las estrategias de racionalización coercitiva de la existencia, que ahora han de ampliarse al terreno de la diversidad<sup>44</sup>.

Esta lectura de la cultura postmoderna presenta puntos de contacto con la orientación de quienes rechazan la idea de que la globalización identifica una época significativamente distinta de las precedentes: sería realmente una nueva fase en el despliegue de la modernización capitalista y del correspondiente conflicto entre esfera política y esfera económica, y entre los derechos nacionales por la conquista de posiciones hegemónicas. En favor de esta orientación, que en todo caso no descuida las novedades características de la fase histórica presente, militaría la reconstrucción del actual enfrentamiento entre modelos de capitalismo y entre los fundamentos de la tradición jurídica occidental: la democracia y el capitalismo (*supra* II.4.5).

Desde este punto de vista parece entonces útil salvar la cultura postmoderna, si no por la capacidad que se le supone de secundar siempre y en todo caso proyectos identitarios, por su tendencia a enfocar el fenómeno del derecho en su esencia de práctica discursiva. Se pone así de manifiesto la circunstancia de que el derecho es manipulable y manipulado por quienquiera que asuma el

---

44 Véase, por ejemplo, V. Codeluppi, *Il biocapitalismo*, Bollati Boringhieri, Turín, 2008, pp. 21 ss.

rol de fuente substancial de producción de preceptos: se accede a ese punto de vista externo sobre el derecho que se muestra indispensable para evidenciar, entre otras cosas, la complejidad del derecho global<sup>45</sup>. Y se hace recurriendo al enfoque metodológico útil para perseguir en cada caso visiones pluralistas tanto del objeto como del modo de llevar a cabo su estudio.

---

45 W. Twining, «Globalisation and Comparative Law», en Örüci, Nelken, *Comparative Law* cit., pp. 69 ss.

## Capítulo segundo

### La disociación entre técnicas y valores

#### 1. *Comparación jurídica, derecho y sociedad*

Hemos hablado de cómo comparar, valorando los distintos métodos desde el punto de vista del resultado del cotejo: si les es congenial la exaltación de las analogías o, por el contrario, la de las diferencias. Será éste el punto de referencia para seleccionar el método más idóneo para secundar las finalidades perseguidas en cada ocasión por el comparatista, su respuesta a la pregunta de por qué comparar.

En cuanto a la pregunta de qué comparar, se ha defendido la oportunidad de tomar en consideración todos los preceptos que presiden la distribución imperativa de bienes y valores: los preceptos eficaces, más allá de los preceptos simplemente válidos, tanto si son puestos por fuentes formales del derecho o por quien tiene el poder de orientar el comportamiento individual. Ello ha permitido identificar un hilo conductor en esta introducción, un tema siempre presente, al menos entre líneas: la reflexión sobre la mayor o menor idoneidad del derecho, en el sentido amplio que acabamos de recordar, para condicionar el comportamiento individual o, en cualquier caso, para expresar una implantación específica del poder. También debe recordarse que esto no significa una correspondencia biunívoca entre construcciones técnico-jurídicas y modalidades concretas del ejercicio del poder: no significa considerar que la sociedad es el espejo del poder. Efectivamente, varias construcciones pueden expresar una modalidad, mientras que una determinada construcción puede coordinarse con varias modalidades.

Analizando los objetivos de la comparación, se han encontrado enfoques que expresan o, como mínimo, presuponen la convicción de que el derecho es un eficaz instrumento de dirección de las conductas humanas. Éste es el caso, en concreto, de los enfoques obtenidos de la Nueva Economía Institucional, nacida precisamente para profundizar en los condicionamientos que el dere-

cho ejerce sobre los comportamientos relevantes para el funcionamiento del mercado (*supra* II.3.3). La relación entre derecho y sociedad es, en cambio, discutida, cuando no negada, por quien reconstruye la tradición jurídica occidental como producto de una clase profesional que actúa de acuerdo con los dictados de una cultura desarrollada autónomamente dentro del círculo de sus adeptos. Lo mismo hacen los comparatistas que, en clave difusionista, explican la mutación jurídica como concatenación de transplantes, fruto también éstos de decisiones adoptadas y controladas por el grupo de los juristas (*supra* II.4.2).

La comparación desarrollada en el ámbito de la Nueva Economía Institucional, o sea, la investigación a la que ahora se dedica la Nueva Economía Comparada, no se limita a retomar la idea, aceptable, de un nexo directo entre derecho y sociedad: muestra también su creencia en la correspondencia biunívoca entre construcciones técnico-jurídicas y modalidades concretas de redistribución imperativa de bienes y valores. Y no parece defendible, al menos si se quieren superar planteamientos anticuados, como los inspirados por el iuspositivismo, hace tiempo rechazados por quienes cultivan el derecho comparado.

En el ámbito económico todo esto ha sido sacado a la luz por quienes distinguen entre el modelo de crecimiento alimentado por las diversas variedades de capitalismo y la correspondiente arquitectura institucional: entre esquemas de producción y consumo estables en el tiempo, y la regulación de las relaciones de mercado y sociales que es considerada necesaria en cada caso para estabilizar y pacificar aquellos esquemas<sup>1</sup>.

Teniendo en cuenta esta distinción puede señalarse, por ejemplo, que el fordismo, el modelo de crecimiento centrado en la producción y el consumo de masas que entró en crisis en los años setenta del pasado siglo, estaba alimentado por varios modelos de capitalismo que, por tanto, se diferencian de manera significativa sólo desde el punto de vista de la arquitectura institucional juzgada más adecuada en cada ocasión. En concreto, esto se deduce de la comparación de las experiencias estadounidense y francesa después del segundo conflicto mundial: se trataba de experiencias radicalmente diferentes en cuanto a la extensión de la injerencia estatal en el orden económico y, sin embargo, ambas se volcaron en apoyar una producción y un consumo masificados. Cabe decir lo mismo sobre el régimen de acumulación que se impuso tras la crisis del fordismo, fundado en producciones y consumos flexibles y

---

1 Véase, por ejemplo, R. Boyer, Y. Saillard, «A Summary of Regulation Theory», en Idd. (eds.), *Regulation Theory* (1995), Routledge, Londres-Nueva York, 2001, pp. 36 ss.

diferenciados, a menudo descrito en términos de postfordismo o toyotismo (*supra* II.1.5). También aquí la retirada de los poderes públicos y la expansión del mercado pueden presentarse de manera más o menos señalada y, por tanto, dar vida a diferentes arquitecturas institucionales, todas ellas dirigidas a la defensa del nuevo modelo de crecimiento.

Un planteamiento cercano al que acabamos de describir para el plano económico, es decir, orientado a documentar la ausencia de una correspondencia biunívoca entre derecho y sociedad, caracteriza a muchos iuscomparatistas. Piénsese en la distinción entre el plano técnico y el plano ideológico, coincidente éste con las opciones de orden político y cultural dominantes en un determinado contexto, que es puesta como fundamento de una de las más populares clasificaciones de sistemas (*supra* II.2.1). Piénsese también en el énfasis en las diferencias entre conceptos y soluciones, o entre «la estructura de un instituto y su función real»<sup>2</sup>, de donde parten, precisamente, los fautores del método funcionalista.

En el fondo es ésta la principal indicación de orden metodológico que hay que tener en cuenta, tanto si se quiere promover una comparación unificadora como si se pretende en cambio cotejar para hacer surgir las identidades: la indicación de que debe procederse a una disociación entre las técnicas jurídicas y los valores a cuya implementación van dirigidas esas técnicas. Y deducir de ello que un nexo entre sociedad y derecho se puede identificar en el plano discursivo como relación esencialmente inestable entre las técnicas utilizadas por el poder (y el derecho es sólo una de ellas) y los valores que el poder pretende promover (también a través del control sobre el discurso jurídico) para afirmarse primero y perpetuarse después.

Evidentemente, esto sirve para la comparación sincrónica, es decir, la efectuada entre objetos colocados en el mismo contexto temporal. Pero sirve también y sobre todo para la comparación diacrónica, que ataca la dimensión histórica. En este ámbito se mide con conceptos que aparecen sin tiempo y que, sin embargo, pese a la continuidad terminológica, presentan rupturas a nivel semántico. Estas rupturas son a menudo ocultadas deliberadamente (como entre los neopandectistas) para acreditar la existencia de tradiciones allí donde se trata simplemente de legitimar poderes mediante su enraizamiento en la experiencia histórica (*supra* I.2.3).

---

<sup>2</sup> T. Ascarelli, «La funzione del diritto comparato e il nostro sistema di diritto privato» (1949), en Id., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1952, pp. 57 s.

Proponiendo disociar técnicas y valores no se pretende defender que así se obtenga una más fiel reconstrucción de las rupturas y continuidades históricas. Unas y otras serán más o menos acentuadas o difuminadas según las finalidades de cada investigación comparatista: las mismas finalidades que determinarán la exaltación de las diferencias o de las semejanzas entre los objetos cotejados. Simplemente, la disociación entre técnicas y valores quiere subrayar la potencialidad de los análisis centrados en la dimensión discursiva del derecho, poner de manifiesto la complejidad que caracteriza a la evolución de los significados o, mejor aún, del control sobre los significados atribuidos al lenguaje jurídico.

La transición de un significado a otro conoce fases en las que el segundo, antes de prevalecer y de ser eventualmente percibido como autoevidente, convive con el primero. Son éstas las fases en las que se pone de manifiesto la lucha por la distribución imperativa de valores y bienes, en las que emergen las continuidades y las rupturas en la sucesión de los poderes, en las que el derecho exhibe su esencia de técnica puesta al servicio de los valores en torno a los cuales se consuma el conflicto social. Es ésta la orientación que el comparatista debe valorar en sus investigaciones si quiere enfocar la dimensión discursiva del derecho y mostrar que posee nexos no biunívocos con los poderes que pretenden alimentarse del derecho.

Parece más asequible analizar la disociación entre técnicas y valores en presencia de conceptos especialmente amplios, a los que quizás se alude a través de referencias a un ordenamiento en su conjunto, sea vigente o perteneciente al pasado: como el derecho romano, utilizado para apoyar las más dispares distribuciones de poder (además de la anunciada por la Neopandectística, *supra* II.1.1). De todos modos, la sucesión de posicionamientos culturales encerrados en los tecnicismos jurídicos puede emerger también del empleo de conceptos específicos: como muestra, nos referiremos a los utilizados para describir la estructura del consenso contractual.

En cualquier caso, no hay que olvidar que el estudio efectuado por el comparatista es íntimamente subjetivo: «no es sino la respuesta a una pregunta que él mismo se ha formulado en un contexto en el que su interrogante deja en la sombra aspectos enteros»<sup>3</sup>. De ahí la naturaleza constructivista de la comparación, que puede producir investigaciones dirigidas a exaltar analogías o diferencias, además de continuidades o rupturas, sin que tales finalidades puedan ser valoradas apriorísticamente como apropiadas o inapropiadas: lo serán sólo los métodos utilizados en función del resultado perseguido.

---

3 P. Legrand, *Le droit comparé*, Puf, París, 1999, pp. 15 s.

## 2. *El uso del derecho romano*

El análisis del poder y de sus estrategias de legitimación tiene como punto básico de referencia la distinción weberiana entre poder racional y poder tradicional: fundado el primero en la validez formal de sus mandatos y el segundo, en la reproducción de prácticas que hunden sus raíces en el tiempo. Para ambas formas de poder, la referencia al derecho romano ha asumido y asume un rol de primer nivel: implica la remisión a un ordenamiento que ha inspirado la edificación de una sistemática apta para cualquier coordinada espacio-temporal y que, al mismo tiempo, está dotado de una tradición larga y prestigiosa. En esta doble condición, con énfasis variable en uno u otro aspecto, el derecho romano ha sido utilizado para conferir prestigio a las operaciones políticas y culturales más dispares.

Aquí nos referiremos sólo a algunos casos emblemáticos, partiendo de lo ocurrido en la época ilustrada, cuando fueron superadas las antiguas certezas holísticas, consideradas irracionales, y reemplazadas por criterios científicos dirigidos a definir la colocación del hombre en el orden natural (*supra* I.1.1). Serían notables sus consecuencias sobre la disciplina de los comportamientos económicamente relevantes, en la medida en que eran los comportamientos que mejor expresaban la potencialidad del individuo. Éste era el sentido del llamamiento a dejar atrás las clasificaciones arbitrarias de matriz medieval y a implantar el orden sintetizado en el famoso lema adoptado de Séneca: asegurar la concentración del imperio en manos del soberano y la concentración de la propiedad en manos del individuo (*supra* I.2.5).

El nuevo orden fue resumido en uno de los más célebres frutos de la cultura ilustrada: el Código civil francés de 1804. El éxito que obtendría se derivaba también del énfasis en su continuidad ideal con el derecho romano, tanto en forma como en contenido; contribuía así a legitimar el poder que lo había generado, fuera por su arraigo en el pasado, fuera por su validez formal. Se dijo, en efecto, que el texto retomaba la tradición que Justiniano había fundado «rebuscando, mutilando y recomponiendo viejos materiales extraños a la sociedad de su tiempo», y que constituía el incólume punto de referencia para realizar «la heroica obra de un código único»<sup>4</sup>. El articulado era además considerado la síntesis de los contenidos expresados por las disposiciones ro-

---

4 G.B.M. Toullier, *Il diritto civile francese secondo l'ordine del codice*, Stamperia dentro la Pietà de' Turchini, Nápoles, 1837, p. 2.

manas, celebradas como fuente de «razón escrita» y de «reglas elementales de equidad»<sup>5</sup>.

El carácter racional y tradicional al mismo tiempo del derecho francés codificado se convirtió entonces en el medio para validar la erección como canon universal de normas sensibles a las instancias socioeconómicas de la época. En esta perspectiva, los romanistas acabaron patrocinando la formación de una disciplina de las relaciones privatistas centrada en la creencia en la capacidad de autodeterminación individual. Por otra parte, este mismo posicionamiento caracterizó la reacción historicista al racionalismo ilustrado y, en concreto, la reflexión madurada en el seno de la Escuela Histórica fundada por Friedrich Carl von Savigny. También está fue respaldada por articuladas referencias al derecho romano, disueltas en prácticas discursivas que llevarían a desarrollar un contradictorio enfoque racionalista del estudio del derecho.

En la fase en la que prevaleció el posicionamiento nacional liberal, el historicismo alemán describió el derecho como fenómeno arraigado, al igual que la lengua, en las tradiciones locales: producto del «espíritu popular», brotado «de la esencia de la nación y de su historia»<sup>6</sup>. Se quería combatir el positivismo legislativo, instrumento revolucionario mediante el cual se alimentaba la convicción, considerada nefasta, de que las leyes nuevas eran preferibles a las heredadas del pasado.

Con el afianzamiento de las tendencias cristianas conservadoras, en el ámbito historicista la crítica al derecho emanado del soberano fue redimensionada y se abrió el camino hacia la codificación del derecho civil alemán (*supra* I.1.1). Se hicieron estudios sobre el «derecho romano actual», dirigidos a depurar «la obra efectuada por nuestros predecesores» y «asegurar su verdadera y duradera posesión». De ahí la recuperación de un enfoque racionalista, con el derecho romano reconstruido en términos de sistema y el sistema percibido como construcción «natural»: precisamente como «exposición del íntimo ligamen o de la afinidad por los cuales cada uno de los conceptos jurídicos y cada una de las reglas están conectados en una gran unidad»<sup>7</sup>.

---

5 A.R. Bousquet, *Explication du Code civil*, vol. 3, Fomtenay-Picot, Montpellier, 1805, p. 183.

6 F.C. von Savigny, «Ueber den Zweck dieser Zeitschrift», in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, I (1815), p. 6.

7 Id., *Sistema del diritto romano attuale* (1840-49), vol. 1, Utet, Turín, 1886, pp. 5, 21.

El valor racionalizador de las referencias al derecho romano fue exasperado por quienes desarrollaron estas reflexiones para dar vida a la Pandectística. Entre ellos, Georg Friedrich Puchta exaltó el espíritu del pueblo como manifestación unánime separada del contexto real, productora de construcciones normativas coherentes, susceptibles de ser recogidas exclusivamente por la ciencia jurídica. Estamos, sin embargo, en vísperas de la unidad política alemana y, por tanto, cerca de la promulgación del Código civil alemán de 1896. En estas circunstancias, las referencias al derecho romano no pretendían deslegitimar, evidentemente, la producción de derecho por parte del soberano. Querían solamente asegurar espacios no secundarios a la doctrina, esto es, evitar que ésta se viese reducida al mismo rol que le había reservado la ilustración: el de mortecino exégeta de las palabras del legislador (*supra* I.1.1).

Según una orientación extendida en la época de su promulgación, el Código civil alemán constituye el último fruto del siglo XIX, más que el preludio del XX: representa el estatuto de una sociedad ya en declive. Este aspecto centraría la polémica que rodeó la redacción del articulado alemán, y que se desarrolló a partir del choque entre las dos almas presentes en la Escuela histórica: los romanistas y los germanistas.

En un primer momento, las diferencias se referían simplemente al objeto de estudio, esto es, al ordenamiento que cabía considerar como expresión del espíritu popular: para los romanistas, el derecho romano justiniano, para los germanistas, las costumbres del derecho germánico. Con el paso del tiempo, la división del trabajo científico se transformó en contraposición ideológica sobre el modo de ser del derecho privado, siendo utilizado el derecho romano para patrocinar construcciones de impronta individualista, y el derecho germánico esquemas centrados en la preeminencia del interés colectivo. A finales de los años 80 del siglo XIX, cuando quedó listo el primer proyecto de Código civil alemán, los germanistas lo consideraron el producto de «una oficina intelectual romanística no atacada por el espíritu germánico». Un articulado que, por tanto, «no es alemán, no es popular, no es creativo», y que además descuidaba, entre los intereses de la colectividad, los que respondían a las crecientes exigencias sociales de la época: «el cometido social de un nuevo ordenamiento privatista parece no pertenecer a su horizonte»<sup>8</sup>.

La ecuación que identifica al derecho romano con el individualismo, junto

---

8 O. Gierke, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, Dunker & Humblot, Leipzig, 1899, pp. 2 s.

a la connotación negativa de ambos, se convirtió así en una constante en el discurso de los fautores de un derecho privado alemán sensible a las exigencias sociales. Esa ecuación permitía también poner al descubierto la discrepancia entre los esquemas romanistas y los que eran necesarios para secundar formas de desarrollo económico acordes con la evolución de las teorías liberales de finales del siglo XIX. Éstas mostraron realmente su creciente intolerancia a las máximas individualistas, consideradas el fundamento de reglas inadecuadas para promover la racionalización coercitiva de la existencia típica de la modernización capitalista (*supra* II.1.6). Para reconstituir la sintonía entre derecho y sociedad había que combinar entonces instancias liberadoras e instancias ordenadoras, estas últimas incompatibles con el uso tradicional del derecho romano.

Las referencias al derecho romano adquirieron también cierta importancia en los contextos francés e italiano, dentro del movimiento de relectura del derecho civil a la luz de las tendencias sociales. Éstas inspiraron la crítica a los modelos individualistas, que «habían encontrado su revestimiento jurídico en el derecho romano clásico» y habían dejado de lado el valor supraindividual de los comportamientos humanos: en particular, su «función social»<sup>9</sup>. Estaba ya extendida la convicción de que el derecho romano era inapropiado para «cimentar por todas partes el acuerdo entre el interés individual y el interés general y social»<sup>10</sup>.

Esta situación se consolidó con la caótica producción normativa que fue necesaria para hacer frente a las emergencias derivadas del primer conflicto mundial. Normativa caótica pero capaz de reflejar tendencias sociales irreversibles que también en esa fase se manifestaron: tal y como resume la literatura de la época, los acontecimientos bélicos habían abatido definitivamente al individualismo, del mismo modo en que la revolución francesa había derribado el feudalismo. La vía de escape fue la elaboración de una alternativa al liberalismo tradicional y al socialismo que se había empezado a experimentar con la Revolución de Octubre, iniciada precisamente durante el primer conflicto mundial.

Las experiencias italiana y alemana se distinguieron por la identificación de una particular alternativa a liberalismo y socialismo, que en la época fue

---

9 L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Alcan, París, 1920<sup>2</sup>, pp. 16, 147 ss.

10 B. Brugi, *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, Società Editrice Libreria, Milán, 1907<sup>4</sup>, p. 227.

definida como tercera vía: el fascismo, configurado como reforma del liberalismo económico obtenida a cambio de la supresión del liberalismo político. En ambos casos, el nuevo camino estuvo patrocinado por la invocación del derecho romano, si bien con diferencias en su alcance, en gran medida debidas a la distinta construcción de la identidad nacional que se llevó a cabo en cada una de las dictaduras. Esas diferencias concernían al empleo del derecho romano como instrumento para identificar el fundamento de formas de poder tradicionales, como fue en muchos aspectos el poder fascista.

En Alemania los nacionalsocialistas se ocuparon del derecho romano incluso en el programa de su partido, redactado a principios de 1920: lo veían «sometido al orden mundial materialista» y pretendían «su substitución por el derecho germánico» (punto 19<sup>o</sup>). Se precisó luego que el ataque iba dirigido contra el derecho romano en la forma y los contenidos asumidos en su recepción en el área alemana; lo juzgaban víctima de interpolaciones orientales (por tanto, no arias), instrumento para convalidar la utilización del Estado contra el pueblo, con la complicidad de una ciencia volcada en el estudio apolítico y avalorativo del derecho. Apreciaciones muy diferentes le estaban reservadas al derecho romano «de los primeros trescientos años», considerado un monumento del pasado al que había que honrar como ordenamiento «racista» de un «pueblo nórdico»<sup>11</sup>: refiriéndose a este ordenamiento, el nacionalsocialismo podía legitimarse perfectamente como poder tradicional.

Evidentemente, las referencias que el fascismo italiano hizo al derecho romano eran de otro tenor, especialmente apto para evocar una tradición que era considerada un componente esencial de toda la historia nacional, y no acontecimientos culturales exclusivamente relativos a determinadas fases de esa historia. La dictadura italiana, a diferencia de la alemana, podía además invocar su continuidad con la época inmediatamente precedente: el Estado prefascista era expresión de una cultura autoritaria, lo opuesto a cuanto había querido encarnar (y había encarnado) la experiencia weimariana. Para la Italia del *ventennio* era fácil (y retóricamente potente) repetir que el derecho era «originario de Roma»<sup>12</sup>, y que la revolución fascista representaba «el regreso a la grandeza romana»<sup>13</sup>.

No sorprende entonces el especial énfasis puesto en el origen romano del

---

11 H. Frank, «Die Zeit des Rechts», in *Deutsches Recht*, 6 (1936), pp. 1 ss.

12 Así, Mussolini en el Primer Congreso jurídico italiano, en *Rivista penale*, 1932, pp. 1299 ss.

13 P. De Francisci, «Ai giuristi italiani», en *Lo Stato*, 19-20 (1932), p. 674.

Código civil de 1942. A pesar de las numerosas crisis anunciadas por quienes lo habían considerado inapropiado para edificar un ordenamiento no individualista, el derecho romano fue celebrado como el fundamento del código, que «se entrelaza directamente con la tradición del derecho romano itálico, derecho nuestro, que todas las naciones han saqueado y con el que a menudo han traficado como si se tratase de algo propio»<sup>14</sup>.

Resulta curioso que, tras el segundo conflicto mundial, fuera la insistencia en los vínculos con la cultura liberal la que determinase el éxito italiano de las referencias al derecho romano, aunque exaltado ahora como instrumento de tutela frente a la deriva fascista. Se volvió a subrayar la raíz romana de la codificación civil, capaz de promover un nuevo individualismo que podía renacer de las cenizas del Estado totalitario. Se dijo entonces que el Código de 1942 no poseía «impronta fascista», en la medida en que había sido modelado sobre textos y doctrina precedentes. Por ello sería fácil «defascistizarlo», es decir, recuperar la tradición liberal de la antigua planta eliminando simplemente los «nuevos brotes»<sup>15</sup>.

Por este motivo, muchos juristas del régimen, que quizás habían empleado referencias al derecho romano para elogiar la dictadura, pudieron mantener su instrumentario técnico-jurídico y plegarlo a nuevos significados, los que resultasen útiles para atravesar indemnes el proceso de depuración de la clase dirigente comprometida con el fascismo. A menudo los propios juristas habían celebrado durante el *ventennio* la que consideraban principal característica del «derecho romano actual»: su «método sistemático», fundado en principios que «resisten cualquier nueva codificación» y que, por tanto, «se adaptan de maravilla a las nuevas exigencias», permitiendo expresar también los contenidos de la «nueva legislación» fascista<sup>16</sup>.

Aunque la utilización del derecho romano para promover un régimen totalitario puede parecer el riesgo más alto, no son poco arriesgados los otros usos del derecho romano, empezando por el que quiere acreditarlo como experiencia de la que extrae su fundamento el proceso de profesionalización del derecho y, en consecuencia, la tradición jurídica occidental en su conjunto (*supra* II.3.1). Y lo mismo vale para quien promueve ahora el proceso de

---

14 A. Putzolu, «Panorama del Codice civile fascista», en *Rivista di diritto civile*, 34 (1941), p. 396.

15 B. Biondi, *Il diritto romano cristiano*, vol. 1, Giuffrè, Milán, 1952, p. 55.

16 F.S. Azzariti, G. Martinez, G. Azzariti, *Diritto civile italiano*, vol. 1, Cedam, Padua, 1943, p.V.

construcción del derecho privado europeo partiendo de la antigua y común base romanista de los derechos nacionales implicados (*supra* II.1.1), también para asegurar a la doctrina improbables posiciones de ventaja en la competición con el poder político y con el poder económico: «el derecho romano antiguo puede no resucitar como *norma iuris*, pero sí reproponer nuevamente su actualidad» como «supremacía de la ciencia sobre la legislación», y como «participación de los juristas en la jurisdicción»<sup>17</sup>.

La idea de que el recurso a modelos romanistas constituye una defensa contra las derivas fascistas, exactamente igual que la creencia opuesta en que el fascismo ha encarnado y desarrollado la tradición del derecho romano, muestra con total evidencia cómo el establecimiento de nexos entre técnicas y valores es el fruto del mero arbitrio: el fruto del control sobre el discurso jurídico, de opciones retóricas adoptadas por el poder vencedor. Por otra parte, no debe replicarse intentando identificar la auténtica matriz del derecho romano, su pretendida esencia o naturaleza, entendida como identidad reconstruible objetivamente. Las reconstrucciones se fundan, en efecto, sobre textos cuya comprensión choca con los mismos problemas con los que se encuentra la interpretación de una fuente del derecho: produce nuevos textos, en los que no es posible distinguir el contenido originario y la adición del intérprete o, en cualquier caso, trazar una línea de separación cierta entre el primero y la segunda (*supra* I.2.1). En suma, se puede considerar que un determinado texto ha sido compuesto para expresar un contenido definido y, sin embargo, éste no es verificable, pues es prisionero de las ambigüedades de fondo que caracterizan al acto de su desciframiento.

Quien asegura poder identificar la naturaleza o la esencia del derecho romano está también obligado a negar, al menos implícitamente, la existencia de un nexo entre derecho y sociedad: si no fuese así, no podría proponerlo como instrumento de gobierno de contextos tan dispares. Por otra parte, sabemos que la relación entre técnicas jurídicas y valores, aunque inestable, expresa la capacidad del derecho de condicionar el comportamiento individual. Ciertamente, esto implica una noción de derecho que abarca todos los preceptos que efectivamente condicionan las conductas humanas, producidos por todos los que de hecho toman parte en la distribución imperativa de bienes y valores. Éste es el único enfoque compatible con el punto de vista externo sobre el derecho, alternativo al que el iuspositivismo impuso al estudioso del derecho para inducirle a ser cómplice del legislador (imagen, por

---

17 F. Casavola, «Diritto romano e diritto europeo», en *Labeo*, 40 (1994), p. 168.

otro lado, aceptada de buen grado por el jurista, que sobre ella funda la legitimación de su poder).

### 3. *La estructura del consenso contractual*

Tras haber valorado la disociación entre técnicas y valores en relación a las referencias a un ordenamiento en su conjunto, cuestión similar a los casos en los que se efectúan reenvíos a conceptos especialmente amplios, podemos analizar la misma disociación en relación a conceptos específicos con los que el comparatista puede encontrarse en sus análisis.

Entre los conceptos más conocidos, los relacionados con la elaboración de una teoría general del contrato revisten sin duda una importancia de primer nivel. La teoría nace en el momento en el que se desarrolla la creencia ilustrada en el carácter racional de la naturaleza humana, motivo por el que coincide con la descripción del procedimiento, finalmente unitario, a través del cual se forma el acto. El enfoque voluntarista de la materia contractual, al tiempo que permite elaborar abstracciones conceptuales, evidencia la circunstancia por la cual la relevancia jurídica del acuerdo se funda en la intención de las partes, en un acto de autodeterminación de éstas.

Este enfoque ha caracterizado durante mucho tiempo la reflexión de los juristas. Todavía está extendido, si bien se le viene acusando de ser incompatible con reconstrucciones que, aunque no partan de una crítica radical del punto de vista interno sobre el derecho, subrayan al menos la oportunidad de diferenciar entre el contrato observado en su fase constitutiva y el vínculo que de allí deriva: la primera aún dominada por las partes, el segundo modelado en cambio por el ordenamiento. Sin duda, han contribuido a ello los comparatistas, en su papel de profanadores de la ortodoxia tantas veces cultivada por los estudiosos del derecho interno.

Ha sido especialmente relevante el análisis de las diversas «manifestaciones empíricas» de lo que habitualmente es presentado como «noción inspiradora única» del contrato. Así se ha identificado, en primer lugar, el «contrato acuerdo» como noción deducible de los códigos civiles francés e italiano, entre otros, que asimilan el contrato al consenso, aun cuando requieren luego otros elementos constitutivos. Diferente es el esquema elaborado en el *common law*, donde prevalece el «contrato intercambio», en el que el acuerdo es relevante para el derecho sólo si contempla un sacrificio a cargo del acreedor de la

prestación y de la contraprestación. También es diferente la concepción hoy considerada predominante, la del «contrato confianza», en la que el acuerdo resulta vinculante, o incluso es reconstruido a partir de comportamientos no negociales, en la medida en que genera una expectativa razonable<sup>18</sup>.

Otros comparatistas han afirmado que el esquema más coherente con el enfoque voluntarista, el que contempla el contrato como un simple negocio jurídico bilateral (*supra* III.1.2), no resiste una verificación que tenga en cuenta las funciones de la institución. En efecto, se dice que sólo el contrato obligatorio constituye un ejercicio efectivo de la autonomía privada, es decir, va acompañado del reconocimiento de la libertad de plasmar los múltiples aspectos de la relación negocial. No sucede así, en cambio, en los contratos típicos de otros sectores del derecho civil, como el contrato matrimonial o el contrato de derecho real (*supra* III.1.2), que constituyen «la puerta de entrada para adquirir un nuevo estatus»: respectivamente, el estatus de cónyuge y el estatus de propietario<sup>19</sup>.

Por otro lado, también los análisis de los comparatistas a los que acabamos de aludir producen descripciones unificadoras de la materia contractual, en la medida en que prestan poca atención al contexto en el que se sitúan las construcciones técnico-jurídicas. Será distinto el resultado de un análisis que disocie estas construcciones de los valores que pretenden implementar: resultará idóneo para captar, partiendo del plano discursivo, las modalidades e implicaciones referidas a una específica construcción conceptual (en particular, cuando ésta se afirma o cede terreno en favor de otras construcciones y, en consecuencia, de otros valores).

En la reflexión sobre el contrato se han concretado tres modelos útiles para describir la estructura del consenso, referidos a tres fases de elaboración de una teoría general del contrato y a tres modos de diferenciar los compromisos relevantes para el derecho de los meros vínculos sociales: el modelo traslativo, elaborado por los seguidores del derecho natural racional, el modelo pandectista de la segunda mitad del siglo XIX y el modelo actual<sup>20</sup>.

El modelo traslativo describe el contrato como la transmisión de una pro-

---

18 R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, t. 1, Utet, Turín, 2004, pp. 51 ss.

19 K. Zweigert, H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato* (1984), vol. 2, Giuffrè, Milán, 1995, p. 7.

20 B. Schmidlin, «La causa del contratto nel codice civile francese», en L. Vacca (ed.), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Giappichelli, Turín, 1997, pp. 287 s.

mesa o, mejor, del derecho a pretender el cumplimiento de una promesa. En esta fórmula hay dos aspectos que muestran puntos de contacto con dos diferentes planteamientos de la materia: la referencia a la promesa y la idea de la transmisión de un derecho.

El primer aspecto, la referencia a la promesa, remite a las construcciones que hunden sus raíces en la Segunda Escolástica, o sea, en la escuela española del derecho natural del siglo XVI, expresión de un credo en el que se enfatizan, en clave holística, los vínculos del individuo con la colectividad. Es éste el sentido de las remisiones, frecuentes, como decíamos, entre los autores de la Segunda Escolástica, a la cuestión aristotélica de la justicia conmutativa y, por tanto, a la idea de que el intercambio debe ser tendencialmente paritario.

Evidentemente, se trata de una idea contrapuesta al enfoque voluntarista de la materia contractual, que es irreconciliable con la exigencia de condicionamientos de la autonomía privada, más allá de los necesarios y suficientes para reconocer la intención de los contrayentes como fuente del vínculo jurídico. Sin embargo, al enfoque voluntarista remite la imagen del promitente, que lo es en la medida en que ha transferido al promisorio el derecho a pretender lo prometido<sup>21</sup>: imagen obviamente centrada en una ficción, útil para promover en clave retórica la erección de la voluntad individual como motor de los efectos jurídicos del acto.

Precisamente el voluntarismo será celebrado en la regulación del contrato de las primeras codificaciones modernas del derecho civil, en particular la francesa. No obstante, algunos conceptos utilizados son todavía los típicos de la época en la que la materia contractual se reconstruía a partir de la promesa, en la senda de los valores concernientes a la concreción de un equilibrio equitativo entre las prestaciones, y no tanto a la exaltación de la autodeterminación individual. Así se deduce, por ejemplo, de la mención entre los elementos esenciales del contrato del consenso de la parte que se obliga, en lugar del acuerdo de las partes (art. 1108), o de la regulación de la lesión enorme, aún concebida como mera desigualdad matemática entre prestación y contraprestación (art. 1674).

Plenamente coherente con el enfoque voluntarista es, en cambio, el modelo pandectista, para el cual la estructura del consenso contractual es la del negocio jurídico bilateral (*supra* III.1.2). En ese ámbito, se olvidan definitivamente las referencias a la promesa y, en consecuencia, a conceptos que no permiten entender el contrato como supuesto en el que se funden las volun-

---

21 H. Grotius, *De iure belli ac pacis libri tres*, Buon, París, 1625, Lib. 2, Cap. 11, n. 4.

tades de las partes, tuteladas por el ordenamiento únicamente desde el punto de vista de su libre formación.

Este modo de describir la estructura del consenso contractual deriva de las enseñanzas kantianas, básicas para una concepción de la materia en la que se valora la perspectiva de la acción individual, cuyo único límite reconocido es la esfera del otro. Curiosamente, en las páginas que Kant dedica al contrato todo esto convive aún con el empleo de fórmulas relacionadas con el modelo traslativo<sup>22</sup>. No es así, en cambio, en la mencionada ecuación entre contrato y negocio jurídico bilateral que, como sabemos, elabora Savigny para subrayar su consideración como instrumento de autonomía ilimitada. Desde esta perspectiva, la regulación de la lesión enorme continúa estando presente, pero sólo como expediente para prevenir «abusos de la libertad de otros»<sup>23</sup>.

Sin embargo, no es ésta exactamente la noción de contrato a la que remite el Código civil alemán. Aunque se basa ampliamente en la teoría del negocio jurídico, reformulando en el sentido que acabamos de indicar, entre otras cosas, la regulación de la lesión enorme (par. 138), contiene reenvíos a la buena fe como punto de referencia para interpretar el contrato (par. 157) y valorar la ejecución de la prestación por parte del deudor (par. 242). Y precisamente a partir de la buena fe, concepto con el que se reprime la autodeterminación individual en favor de un control heterónimo sobre los actos de la autonomía privada, se ha desarrollado el modo actual de concebir el contrato como «suma de promesas que producen confianza»<sup>24</sup>.

La mención de la confianza remite en muchos sentidos a lo que antes se quería expresar mediante la referencia a la promesa: una valoración de la relación contractual que no está únicamente confiada a las partes, cuya voluntad no es, por tanto, el único motor de su relevancia jurídica. Se explica así que este nuevo planteamiento, al erosionar el espacio de las concepciones voluntarísticas, acabe desplazando la atención desde la fase de formación a la fase de ejecución del vínculo: del acto a la relación. Si la exaltación de la primera fase sirve para alimentar el principio de autodeterminación, el realce de la segunda fase permite, en cambio, concentrarse en las excepciones: desde

22 I. Kant, *La metafísica dei costumi* (1797), Laterza, Roma-Bari, 1991, pp. 88 s.

23 F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale attuale* (1840-49), vol. 4, Utet, Turín, 1889, p. 5.

24 A. Gambaro, «Sintesi conclusiva in tema di causa e contratto», en Vacca (ed.), *Causa e contratto* cit., pp. 562 s.

las previstas directamente por el legislador a las que elaboran los tribunales, mucho más numerosas.

Ciertamente, todo ello puede ser puesto de manifiesto mediante diversos enfoques metodológicos, siempre y cuando atiendan a las relaciones entre las construcciones técnico-jurídicas y las implicaciones correspondientes, observables desde un punto de vista externo sobre el derecho. En cualquier caso, la disociación entre técnicas y valores permitirá subrayar el carácter inestable de esas relaciones, especialmente evidente allá donde el análisis de los conceptos jurídicos implica a otros ordenamientos.



## Bibliografia esencial

- E. Agostini, *Droit comparé*, PUF, París, 1988.
- G. Ajani, *Il modello post-socialista*, Giappichelli, Turín, 2008<sup>3</sup>.
- G. Alpa et al. (eds.), *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Laterza, Roma-Bari, 2012.
- H.J. Berman, *Diritto e rivoluzione* (1983), Il Mulino, Bologna, 1998.
- P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (eds.), *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2009.
- L.-J. Constantinesco, *La scienza dei diritti comparati* (1983), Giappichelli, Turín, 2003.
- R. David, C. Jauffret Spinosi, *I grandi sistemi giuridici contemporanei* (2002), Cedam, Padua, 2004<sup>5</sup>.
- A. Diurni (ed.), *Percorsi mondiali di diritto privato e comparato*, Giuffrè, Milán, 2008.
- A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Utet, Turín, 2008<sup>3</sup>.
- H.P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo* (2010), Il Mulino, Bologna, 2011.
- M.A. Glenn, M.W. Gordon, P.G. Carozza, *Comparative Legal Traditions*, West, St. Paul (Minn.), 2008<sup>3</sup>.
- E. Grande, *Imitazione e diritto*, Giappichelli, Turín, 2000.
- B. Grossfeld, *Kernfragen der Rechtsvergleichung*, Mohr, Tübingen, 1996.
- A. Guarneri, *Lineamenti di diritto comparato*, Cedam, Padua, 2012<sup>4</sup>.
- P. Legrand, *Le droit comparé*, PUF, París, 1999.
- P. Legrand (ed.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, París 2009.
- P. Legrand, R. Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

- M. G. Losano, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Roma-Bari, 2000.
- B. Markesinis, *Il metodo della comparazione* (2003), Giuffrè, Milán, 2004.
- U. Mattei, *Il modello di common law*, Giappichelli, Turín, 2010<sup>3</sup>.
- U. Mattei, P.G. Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padua, 1997.
- U. Mattei, T. Ruskola, A. Gidi, *Schlesinger's Comparative Law*, Reuters-Foundation, Nueva York, 2009<sup>7</sup>.
- L. Moccia, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Giuffrè, Milán, 2005.
- P.G. Monateri, *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Laterza, Roma-Bari, 2013.
- P.G. Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law*, Elgar, Cheltenham-Northampton (Mass.), 2012.
- P.G. Monateri, T. Giaro, A. Somma, *Le radici comuni del diritto europeo*, Carocci, Roma, 2005.
- P.G. Monateri, A. Somma, *Il modello di civil law*, Giappichelli, Turín, 2009<sup>3</sup>.
- G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Reposo, M. Volpi, *Diritto pubblico comparato*, Giappichelli, Turín, 2012<sup>4</sup>.
- D. Nelken (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Dartmouth, Aldeshot, 1997.
- D. Nelken, J. Feest (eds.), *Adapting Legal Cultures*, Hart, Oxford-Portland (Oreg.), 2001.
- E. Örüciü, D. Nelken (eds.), *Comparative Law*, Hart, Oxford-Portland (Oreg.), 2007.
- L. Pegoraro, A. Rinella, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Cedam, Padua, 2002.
- A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Giuffrè, Milán, 1998<sup>2</sup>.
- M. Reimann, R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- M. Rheinstein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, C.H. Beck, Munich, 1987<sup>2</sup>.

- N. Rouland, *Introduction historique au droit*, PUF, París, 1998.
- R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Utet, Turín, 1992<sup>5</sup>.
- R. Sacco, *Che cos'è il diritto comparato*, Giuffrè, Milán, 1992.
- R. Scarciglia, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Il Mulino, Bologna, 2006.
- A. Somma, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Giuffrè, Milán, 2001.
- A. Somma, *Tecniche e valori nella ricerca comparatistica*, Giappichelli, Turín, 2005.
- D.M. Trubek, A. Santos (eds.), *The New Law and Development*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- J. Vanderlinden, *Comparer les droits*, Story-Scientia, Diegem, 1995.
- V. Varano, V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, vol. 1, Giappichelli, Turín, 2010<sup>4</sup>.
- A. Watson, *Legal Transplants*, University of Georgia Press, Athens (Ga.), 1993.
- K. Zweigert, H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato*, 2 vols., Giuffrè, Milán, 1998-2011.



PROGRAMA HISTORIA DEL DERECHO  
PUBLICACIONES

1. Luis Grau, *Origenes del constitucionalismo americano. Corpus documental bilingüe / Selected Documents Illustrative of the American Constitutionalism. Bilingual edition*, 3 vols., Madrid 2009, 653+671+607 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/5669>
2. Luis Grau, *Nosotros el pueblo de los Estados Unidos. La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas. 1787-1992. Edición bilingüe / We the People of the United States. The U.S. Constitution and its Amendments. 1787-1992. Bilingual edition*, Madrid 2010, 338 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/8517>
3. Carlos Petit, *Fiesta y contrato. Negocios taurinos en protocolos sevillanos (1777-1847)*, Madrid 2011, 182 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/10145>
4. Pablo Mijangos y González, *El nuevo pasado jurídico mexicano. Una revisión de la historiografía jurídica mexicana durante los últimos 20 años*, Madrid 2011, 110 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/10488>
5. Luis Grau, *El constitucionalismo americano. Materiales para un curso de historia de las constituciones*, Madrid 2011, xxii+282 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/11865>
6. Víctor Tau Anzoátegui, *El taller del jurista. Sobre la Colección Documental de Benito de la Mata Linares, oidor, regente y consejero de Indias*, Madrid 2011, 175 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/12735>
7. Ramon Llull, *Arte de Derecho*, estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción y notas de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid 2011, 178 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/12762>

8. Consuelo Carrasco García, *¿Legado de deuda? A vueltas con la Pandectística*, Madrid 2011, 158 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/12823>
9. Pio Caroni, *Escritos sobre la codificación*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid 2012, xxvi + 374 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/13028>
10. Esteban Conde Naranjo (ed.), *Vidas por el Derecho*, Madrid 2012, 569 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/13565>
11. Pierangelo Schiera, *El constitucionalismo como discurso político*, Madrid 2012, 144 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/13962>
12. Rafael Ramis Barceló, *Derecho natural, historia y razones para actuar. La contribución de Alasdair MacIntyre al pensamiento jurídico*, Madrid 2012, 480 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/13983>
13. Paola Miceli, *Derecho consuetudinario y memoria. Práctica jurídica y costumbre en Castilla y León (siglos XI-XIV)*, Madrid 2012, 298 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/14294>
14. Ricardo Marcelo Fonseca, *Introducción teórica a la historia del derecho*, prefacio de Paolo Cappellini, Madrid 2012, 168 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/14913>
15. Alessandra Giuliani, *Derecho dominical y tanteo comunal en la Castilla moderna*, Madrid 2012, 134 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/15436>
16. Luis Grau, *An American Constitutional History Course for Non-American Students*, Madrid 2012, xx + 318 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/16023>

17. Antonio Ruiz Ballón, *Pedro Gómez de la Serna (1806-1871). Apuntes para una biografía jurídica*, Madrid 2013, 353 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/16392>
18. Tamara El Khoury, *Constitución mixta y modernización en Líbano*, prólogo de Maurizio Fioravanti, Madrid 2013, 377 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/16543>
19. María Paz Alonso Romero/Carlos Garriga Acosta, *El régimen jurídico de la abogacía en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Madrid 2013, 337 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/16884>
20. Pio Caroni, *Lecciones de historia de la codificación*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid 2013, 213 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/17310>
21. Julián Gómez de Maya, *Culebras de cascabel. Restricciones penales de la libertad ambulatoria en el Derecho codificado español*, Madrid 2013, 821 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/17322>
22. François Hotman, *Antitriboniano, o discurso sobre el estudio de las leyes*, estudio preliminar de Manuel Martínez Neira, traducción de Adela Mora Cañada, Madrid 2013, 211 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/17855>
23. Jesús Vallejo, *Maneras y motivos en Historia del Derecho*, Madrid 2014, 184 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/18090>
24. María José María e Izquierdo, *Los proyectos recopiladores castellanos del siglo XVI en los códigos del Monasterio de El Escorial*, Madrid 2014, 248 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/18295>
25. Regina Polo Martín, *Centralización, descentralización y autonomía en la España constitucional. Su gestación y evolución conceptual entre 1808 y 1936*, Madrid 2014, 393 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/18340>

26. Massimo Meccarelli/Paolo Palchetti/Carlo Sotis (eds.), *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid 2014, 390 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/18380>
27. María López de Ramón, *La construcción histórica de la libertad de prensa: Ley de policía e imprenta de 1883*, Madrid 2014, 143 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/19296>
28. José María Coma Fort, *Codex Theodosianus: historia de un texto*, Madrid 2014, 536 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/19297>
29. Jorge Alberto Núñez, *Fernando Cadalso y la reforma penitenciaria en España (1883-1939)*, Madrid 2014, 487 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/19662>
30. Carlos Petit, *Discurso sobre el discurso. Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal*, Madrid 2014, 185 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/19670>
31. Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil*, Madrid 2014, 53 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/19797>
32. Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid 2015, 87 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/20199>
33. Massimo Meccarelli y Paolo Palchetti (eds.), *Derecho en movimiento: personas, derechos y derecho en la dinámica global*, Madrid 2015, 256 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/20251>
34. Alessandro Somma, *Introducción al derecho comparado*, traducción de Esteban Conde Naranjo, Madrid 2015, 193 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/20259>