



Renzo Saavedra Velazco<sup>(\*)</sup>

# Sobre **formantes, transplantes e irritaciones**

Apuntes acerca de las teorías del cambio jurídico y la comparación jurídica

*Podría morir en vida de saber que después de la muerte te tendría en mi vida  
Podría renunciar a la vida si tan solo tuviese la seguridad que vivirías por mí  
Por ti vivir, por mi morir  
Por ti viviría pensando eternamente que sin ti moriría*  
Verónica Vásquez C.

## 1. Premisa

Vivimos en un momento de la historia que conjuga grandes comodidades y, a su vez, exige enormes esfuerzos. Por un lado, como nunca antes, la comunicación con los rincones más insospechados del globo es posible gracias a que se pulsa un botón y lo más interesante es que ello ocurre a tiempo real, facilitando y acelerando el tránsito de información, lo cual no puede ser confundido con la capacidad o formación necesaria para emplearlo. Por otro lado, exige de nosotros un esfuerzo adicional, no solo en aras de superar cierta inercia causada por tales comodidades, sino también para analizar la avalancha de información que se nos brinda. Curiosamente, la información a la que se accede causa en nosotros la impresión de que tenemos una posición privilegiada, casi ignorando lo evidente: “el resto del mundo también tiene acceso a dicha información”; y como corolario de lo anterior se considera que, “los viejos lo creen todo; los adultos todo lo sospechan; mientras que los jóvenes todo lo saben”. Tal vez, precisamente, en atención a que los jóvenes son los que tienen un acceso más directo a las fuentes de información, pues crecieron con ellas, es que se considera que los viejos yerran, sea por ausencia de información o sencillamente porque sus visiones eran sesgadas, y de modo claro se puede cuestionar con facilidad sus posiciones y dejarlas a un lado.

En un contexto como el jurídico, por sorprendente que pueda parecer, también existen declaraciones de este tipo en las que un operador jurídico, o un sector de ellos, pretende comunicar, no sólo su inconformidad con

---

(\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Responsabilidad Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asociado de Payet, Rey, Cauvi Abogados. Especialización en el Programa Latinoamericano de *Law & Economics*.



## Sobre formantes, trasplantes e irritaciones

el *status quo*, lo cual nos parece en sí mismo encomiable, sino también su intento de deconstruir todo cuanto se desarrolló y analizó en los años precedentes (frente a lo que estamos de acuerdo una vez más) pero, y aquí radica nuestra discrepancia con tales aproximaciones, con la intención de efectuar una *tabula rasa* en los estudios jurídicos pues todos ellos, como el Derecho en general, tendrían un vicio *ab origine* a saber: son una construcción teórica generada con el propósito de alcanzar, cimentar o justificar el ejercicio del poder<sup>(1)</sup>. Tal forma de analizar el fenómeno jurídico se reforzaría en atención a aquellos discursos que han evidenciado, creemos que con razón, la existencia de culturas jurídicas débiles (*weak legal culture*)<sup>(2)</sup> que son particularmente receptivas, sea para bien o para mal, a la influencia de otras culturas jurídicas a través de fenómenos de importación.

Reconociendo la situación antes descrita es que el estudio de la comparación jurídica se torna en imperativo para la cabal comprensión de los fenómenos jurídicos, no solo por su vocación anti-formalista, sino, sobre todo, porque se revela como uno de los medios preferidos para la crítica del estado de las cosas. Un contexto al que se le acusa de los grandes males de nuestro tiempo, aspecto cuya veracidad no pondremos en duda, pero frente al cual, muchas veces, no se ofrece una alternativa viable, pues la crítica es la que absorbe nuestros esfuerzos.

Ontológicamente, la comparación parte de encontrar puntos en común entre dos entidades que si bien resultan plurales en su configuración comparten elementos, por llamarlos de alguna manera, universales o uniformes. En un mundo como el nuestro, en que ambos aspectos se conjugan con enorme dinamismo, se pierde de vista que, a pesar de lo diversas que resultan las culturas, ellas se comunican y se enriquecen de manera recíproca en una multiplicidad de aspectos. Los idiomas toman prestados de otros ciertas palabras que, por diversas razones, no son transferibles directamente a su idioma o, en la mayoría de casos, los adaptan a sus estándares (no por nada nuestra lengua se encuentra plagada de anglicismos y de galicismos). Las cocinas de nuestros países producen fenómenos de fusión. Celebraciones de países ajenos a los nuestros, con

componentes religiosos, históricos, etcétera, se trasplantan sea por influjo de la moda o del consumismo (en nuestro tiempo) o bien por el grado de participación en nuestra sociedad de miembros de tales culturas. Como es claro, los ejemplos y campos a los que se puede aludir son interminables.

No queremos -ni podemos- ser exhaustivos en la transmisión de todas y cada una de las discusiones que se han generado a lo largo de los años con respecto a la mutación jurídica y/o sobre las teorías de la comparación jurídica. Sin embargo, si se aspira a brindar un cuadro global sobre tales materias a fin de que el operador jurídico se encuentre en capacidad de aprehender el contenido de dicho debate y pueda, en el supuesto que desee estudiarlo, una posición sobre el mismo. En ocasiones, cuando se participa en un debate, no se está muy consciente del alcance del mismo ni de lo que el contrario opina, en un campo tan amplio como el de la comparación el riesgo es aún más grande.

Inicialmente, la comparación nació con una vocación clara para el estudio de la legislación extranjera con el objeto de facilitar la producción normativa y, de ser ello posible, la uniformización de la misma. Esta aspiración aún permanece, pero comparte su lugar con otras finalidades o propósitos (en caso se considere que la comparación los tiene, si no en un sentido formal al menos sí en un sentido material). Es por ello que, cuando se habla de la comparación, podemos estar hablando de temáticas que no guardan necesariamente un mismo hilo conductor.

Cuando en nuestro medio se introdujo el debate sobre la comparación y/o sobre sus alcances se ha importado una materia no sólo útil, sino peligrosa (y no solo para el jurista

- (1) SCHLAG, Pierre. *Normativity and the politics of form*. En: *University of Pennsylvania Law Review*. Volumen CXXXIX. Número 4, 1991. pp. 801 y siguientes, *ivi* pp. 849-855.
- (2) MONATERI, Pier Giuseppe. *The weak law: Contaminations and Legal Cultures*. En: *Transnational Law & Contemporary Problems*. Volumen XIII, 2003, pp. 575 y siguientes.



## Renzo Saavedra Velazco

que no desea que sus errores sean denunciados, si es que no su propia agenda política). Decimos peligrosa puesto que la amplitud de la materia cuanto de los tópicos a los que se aplica y en los que se debate su método, puede generar que el operador jurídico no sólo pierda el rumbo sobre cuál es la tarea que debe asumir en virtud a su particular ubicación en el sistema jurídico, sino, sobre todo, a los esfuerzos a los que debe prestarle atención y los escasos recursos que se poseen en un contexto como el nuestro.

Al análisis breve de estas materias se encuentra dedicado el presente estudio.

### **2. Taxonomía de los sistemas y su vinculación con la mutación jurídica**

A pesar de la pésima publicidad que, con mayor o menor razón, en los últimos años ha recibido en nuestro medio la aplicación de categorías y ciertos métodos de las ciencias naturales al estudio de los fenómenos jurídicos, somos de la opinión que, ellos tienen algunos méritos que no pueden ser soslayados. Algunos de ellos nos permiten no sólo sistematizar la información a efectos de proceder a un análisis exhaustivo, sino que, también nos permiten ordenar nuestro discurso a fin de facilitar la trasmisión de la información. En efecto, y en cuanto a la materia que nos convoca, se ha criticado que la comparación jurídica no tiene un lenguaje propio<sup>(3)</sup> e incluso que, prácticamente, cada investigador sigue un propio método. Como es de esperar, esta manera de proceder complica no sólo el estudio de la comparación jurídica (sea como método o bien como rama del Derecho) sino que, dificulta la tarea de promover su difusión<sup>(4)</sup>.

Entre uno de esos métodos de las ciencias naturales que deseamos rescatar se encuentra la taxonomía o, en este caso, la clasificación de los sistemas jurídicos. De acuerdo con tal pretensión se podría encuadrar en algunas pocas categorías la gran multiplicidad de sistemas jurídicos, permitiéndonos con ello focalizar nuestra atención solo en los elementos que se presentan como definitorios, así como también explicar los cambios que los afectan o que los afectarán, sea producto de su interrelación con sistemas jurídicos semejantes, sea con sistemas del todo distintos.

Una de las clasificaciones más exitosas, si es que no la más importante, fue la propuesta por René David, quien dividió el mundo en cuatro grandes familias: (i) el *common law*; (ii) el *civil law*; (iii) el derecho de los países socialistas; y, como categoría residual, (iv) otras concepciones del Derecho.

Empero, contra esta clasificación, se ha elevado más de un autor en atención a que se la considera *euro-céntrica*, pues tiende a marginalizar aquellos sistemas que no se han *acoplado* a una de las grandes familias del mundo occidental<sup>(5)</sup>. Si a ello se le agrega que el mundo ha sufrido más de una modificación desde los tiempos en que el ilustre comparatista francés planteó su clasificación<sup>(6)</sup>, entonces la necesidad de

(3) En el trabajo de GERBER, David J. *System dynamics: Toward a language of comparative law?* En: *American Journal of Comparative Law*. Volumen XLVI, número 4, 1998, pp. 719 y siguientes, *ivi* p. 719, se afirma, con total claridad, que: “*Comparative law has no language! It can point to a small set of specialized nouns as its own, but nouns do not make a language*”.

Una evidencia del léxico breve de la comparación jurídica se observa en MERRYMAN, John Henry. *Comparative law scholarship*, en *Hastings International and Comparative Law Review*, Volumen XXI, n.º 4, 1998, pp. 771 y siguientes, *ivi* pp. 776-777, si bien no tiene una finalidad exhaustiva, sirve como un índice de lo denunciado por David Gerber.

(4) Comparten tal opinión: VALCKE, Catherine. *Comparative law as comparative jurisprudence: The comparability of legal systems*. En: *American Journal of Comparative Law*, Volumen LII, número 3, 2004, pp. 713 y siguientes, *ivi* pp. 713-720; y REITZ, John C. *How to do comparative law*. En: *American Journal of Comparative Law*, Volumen XLVI, número 4, 1998, pp. 617 y siguientes, *ivi* pp. 617-618.

(5) Cfr. MATTEI, Ugo. *Three patterns of law: Taxonomy and change in the world's legal systems*. En: *American Journal of Comparative Law*, Volumen XLV, número 1, 1997, pp. 5 y siguientes, *ivi* pp. 7-12.

(6) Pensamos, por ejemplo, en la transición sufrida por los países socialistas luego de la caída de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y del muro de Berlín. Al respecto, nos permitimos remitir a AJANI, Gianmaria. *By chance and prestige:*



## Sobre formantes, trasplantes e irritaciones

volver a prestar atención a tal tópico resulta fundamental. A tal efecto, nos parece sugerente la clasificación construida por Mattei<sup>(7)</sup>, la cual presta atención al rol del Derecho como herramienta de organización social.

Las normas, cuyo propósito son la regulación de las relaciones sociales o -si se quiere- la creación de incentivos para ciertas conductas, emanan básicamente de: (i) fuentes políticas; (ii) fuentes jurídicas; y, (iii) fuentes filosóficas o religiosas. Como es sencillo de aprehender, las clasificaciones tradicionales giran en torno a la concepción occidental de *Derecho*, negando con mayor o menor amplitud la trascendencia sea de la política o bien de las perspectivas filosófico-religiosas. Los operadores jurídicos de occidente no prestamos la atención debida a tales fuentes porque se nos entrena a ver el Derecho como un sistema creado por un organismo distinto a los individuos, sea el legislador o el juez, que se manifiesta en términos expresos sobre las materias de su interés o que se les pone a conocimiento; en cambio, las fuentes tácitas o mudas, las que no requieren de un organismo de este tipo, nos causan un rechazo o menosprecio pues la sociedad (o su sistema de creencias) tendrá que participar para la creación de las normas<sup>(8)</sup>, afectando con ello la percepción -consustancial a la perspectiva europea u occidental del mundo- sobre el carácter técnico del Derecho.

Por su parte, si uno observa como los operadores jurídicos interaccionan con las fuentes, caerá en la cuenta de que

puede identificar ciertos patrones entre los diversos sistemas jurídicos. Vale decir, podrá agruparlos dependiendo de cuál resulta ser la fuente preponderante de las normas, qué operador jurídico es el que cobra mayor protagonismo y cómo se construyen las normas. En un contexto como el descrito, los patrones<sup>(9)</sup> a los que se alude permiten concluir que existen sistemas<sup>(10)</sup> en los que impera: (i) el Derecho generado por los profesionales; (ii) el Derecho inspirado por la intervención política; y, (iii) el Derecho basado en la tradición.

Sin perjuicio de lo anterior, cuando se reconoce la existencia de una hegemonía de alguna de las fuentes, no por ello se debe interpretar una ausencia de interacción o de vigencia de las otras. A manera de ejemplo, se puede recordar la historia reciente de nuestro propio país, el cual se encuentra enmarcado entre los sistemas en los que impera el Derecho generado por los profesionales, a pesar de ello, existen casos en los que luego de haberse tomado determinada decisión, sea a nivel judicial y/o legislativo, el Estado ha intervenido de manera política para enmendar o alterar dicha decisión, en atención a lo que considera adecuado o atendiendo algún pedido de la *sociedad*<sup>(11)</sup>.

*Legal transplants in Russia and eastern Europe*. En: *American Journal of Comparative Law*, Volumen XLIII, número 1, 1995, pp. 93 y siguientes, *ivi* pp. 95-98.

En el caso del Derecho chino, el razonamiento resulta del todo semejante debido al progresivo -y decisivo- avance del capitalismo. Para un análisis de esta circunstancia nos remitimos a LUBMAN, Stanley B. *Studying contemporary Chinese law: Limits, possibilities and strategies*. En: *American Journal of Comparative Law*. Volumen XXXIX, número 2, 1991, pp. 293 y siguientes.

(7) MATTEI, Ugo, *Op. cit.*; p. 12.

(8) SACCO, Rodolfo. *Mute law*. En: *American Journal of Comparative Law*, Volumen. XLIII, n.º 3, 1995, pp. 455 y siguientes, *ivi* pp. 456 y 465-467.

(9) MATTEI, Ugo, *Op. cit.*; p. 19.

(10) Si bien la propia noción de sistema ha sido objeto de cuestionamiento, al respecto véase: NELKEN, David. *Towards a sociology of legal adaptation*, en Autores varios. *Adapting legal cultures*. Edición a cargo de David Nelken y Johannes de Feest. Oxford: Hart Publishing, 2001, pp. 7 y siguientes, *ivi* pp. 24 y siguientes.

(11) No sugerimos un caso específico pues lo interesante de dejarlo en términos generales es que deja a la memoria individual el recordar algunos de estos recientes hechos (que no son tan esporádicos o eventuales como se pudiera pensar inicialmente).

Al no citar expresamente un ejemplo apelamos al denominado sesgo de disponibilidad (*availability bias*), sin mencionar a la propia escala de valores del lector quien elegirá tal recuerdo en función a su propia percepción de aspectos que le generaron



## Renzo Saavedra Velazco

Ahora bien, es momento de dar un poco más de contenido a la clasificación que se ha sugerido. En este punto debemos manifestar las siguientes características de los patrones en cuestión<sup>(12)</sup>:

- a) En los sistemas donde existe hegemonía profesional o, en otras palabras, en los que impera el Derecho generado por los profesionales se diferencia con claridad el campo jurídico del político; y, el proceso de creación jurídico se encuentra profundamente secularizado. El sentido de esta diferenciación tiene como intención, fundada en aspiraciones racionalistas, de encontrar legitimidad en el tecnicismo y no en justificaciones *externas* al Derecho (así como en el individualismo<sup>(13)</sup>); por lo que, en general, tiene una estrecha relación con la democracia (al menos a nivel de retórica expresa).

A ello cabría agregar una ulterior sub-clasificación, que acaso echaría por tierra una discusión ya institucional en la comparación jurídica occidental<sup>(14)</sup>, puesto que al interior de este patrón se observarían tres familias jurídicas más conocidas para la mayoría de personas. Nos referimos al *common law*, al *civil law* y a los *mixed legal systems*.

- b) En los sistemas donde existe hegemonía política o, en otros términos, en los que impera el Derecho inspirado por la intervención política no existe *per se* una diferencia entre el campo jurídico y el político. En este contexto, los procesos de creación normativa (o de decisiones jurídicas)

se encuentran influenciadas a menudo por las relaciones políticas, por lo que no existe un carácter eventual o esporádico de tales intervenciones (participación más bien patológica), sino que, es lo regular (sobre todo, en las interrelaciones del Estado con los particulares). Es por esta razón que, el concepto de límites al poder gubernamental<sup>(15)</sup> no se encuentra claramente incorporado en dichos sistemas jurídicos. Como corolario de todo lo anterior, la legitimidad de los sistemas que siguen este patrón se da en función a las necesidades del momento en el que se deberá tomar la decisión específica (lo mismo se da en el caso de la legitimidad del gobierno y de las conductas desplegadas).

Por su parte, dentro de este patrón, los sistemas jurídicos son susceptibles de ser sub-clasificados en dos, a saber: i) sistemas en transición (piénsese en las ex repúblicas socialistas soviéticas); y, ii) sistemas en desarrollo.

- c) En los sistemas donde existe hegemonía filosófico-religiosa (o, si se quiere, en los que impera la tradición) no existe,

---

un impacto particular. Sobre los efectos (así como los defectos) que la percepción y procesamiento de información tienen en los individuos. Nos permitimos sugerir la consulta de una breve nota que publicáramos recientemente, nos referimos a SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E. *Behavioral law and economics*. En: *Enfoque Derecho*, Referencia de 18 de enero de 2010, Disponible en web: <http://www.enfoquederecho.com/?q=node/203>, disponible también, con las necesarias referencias bibliográficas, en web: [http://works.bepresiguientes.com/renzo\\_saavedra/1/](http://works.bepresiguientes.com/renzo_saavedra/1/).

(12) MATTEI, Ugo. *Op. cit.*; pp. 23-40.

(13) VAN HOECKE, Mark y Mark WARRINGTON. *Legal cultures, legal paradigms and legal doctrine: Towards a new model for comparative law*. En *International and Comparative Law Quarterly*, Volumen XLVII, número 3, pp. 503-505.

(14) La referencia es a los debates a la *convergencia* entre el *civil law* y el *common law*, pues si ambas familias forman parte del mismo patrón no tendría mayor sentido discutir este aspecto. Empero, de ello no se debe extraer la consecuencia de que no podrían existir fenómenos de trasplantes entre ellas. Ello será materia de análisis más adelante.

La negación sobre la convergencia entre ambas familias ha sido duramente criticada, si bien por razones del todo distintas, por LEGRAND, Pierre. *European legal systems are not converging*. En: *International and Comparative Law Quarterly*, Volumen XLV, número 1, 1996, pp. 52 y siguientes.

(15) Aspectos que se pueden observar en el desarrollo efectuado por FOSTER, Frances H. *Information and the problem of democracy: The Russian experience*. En: *American Journal of Comparative Law*, Volumen XLIV, número 2, 1996, pp. 243 y siguientes.



en cambio, una diferencia entre el campo jurídico y el filosófico-religioso, por lo que la dimensión individual y la social se encuentran vinculadas entre sí. A pesar de ello, existen figuras y/o instituciones jurídicas al interior de estos sistemas, la única diferencia entre este patrón respecto de los anteriores se centra en que su legitimidad no se construye a través de una retórica técnica o bien de la satisfacción de las necesidades de un momento específico, sino de un orden sobrenatural.

Los sistemas jurídicos que se insertan en este patrón se subclasifican en sistemas orientales<sup>(16)</sup> y sistemas islámicos<sup>(17)</sup>.

Cabe destacar, como en toda tarea taxonómica, que puede continuarse con la labor de clasificación, ello con el propósito de identificar elementos diferenciales en los sistemas jurídicos que siguen determinado patrón. En efecto, en el *civil law* se podría sugerir dividir entre sistemas de influencia germánica o francesa<sup>(18)</sup>; en el *common law* se haría lo propio con el sistema norteamericano y los que tienen influencia inglesa; y en los *mixed legal systems* se tendría, por un lado, a los sistemas escandinavos y, por otro lado, a los sistemas jurídicos mixtos tradicionales (Escocia, Sudáfrica, Lousiana, etcétera). Sin embargo, como el propósito del presente artículo es básicamente expositivo tendremos que dejar en este punto el desarrollo de esta materia.

Teniendo en cuenta el desarrollo precedente resultará más sencillo comprender cómo los sistemas jurídicos mutan o cambian. Nuevamente, los hallazgos de algunas de las ciencias sociales<sup>(19)</sup> nos podrán ayudar a comprender aquellos mecanismos que se despliegan en cada uno de los sistemas jurídicos a fin de adaptarse a la realidad o bien proceder a alterarla. Aquí son de particular ayuda tanto la antropología<sup>(20)</sup> cuanto la sociología<sup>(21)</sup>. En términos más bien sencillos, la perspectiva antropológica brindará al debate sobre la mutación jurídica una visión sobre sus causas, en atención a aquellas reflexiones efectuadas por la influencia de los corrientes evolucionistas y difusionistas; mientras que, de la sociología se obtendrán los esquemas que presentan los cambios de discurso y los cambios sociales, así como los nexos entre ambos tipos de cambio<sup>(22)</sup>.

Se sostiene que las corrientes evolucionistas inspiran, muchas veces de manera equívoca, una visión de desarrollo de carácter unilateral, el cual se encuentra dirigido a la consecución de un determinado objetivo<sup>(23)</sup>. Sin embargo,

- (16) Cuyas características serían una aproximación colectivista y una percepción sobre el orden natural de las cosas. Sobre el punto remitimos a VAN HOECKE, Mark y Mark WARRINGTON. *Legal cultures, legal paradigms and legal doctrine: Towards a new model for comparative law*, cit.; pp. 505-507.
- (17) En este extremo podría ser de utilidad, de manera general, la consulta de VAN HOECKE, Mark y Mark WARRINGTON, *Legal cultures, legal paradigms and legal doctrine: Towards a new model for comparative law*, cit.; pp. 507-508.
- (18) MATTEI, Ugo. *Why the wind changed: Intellectual Leadership in western law*. En: *American Journal of Comparative Law*, Volumen LXII, número 1, 1994, p. 200, en donde se diferencia entre las formas en las que ambos sistemas obtuvieron, en su momento, el liderazgo intelectual de occidente. En efecto, el derecho francés lo ha hecho a través de la importancia del *Code Napoléon*, mientras que, en el caso de Alemania la influencia se obtuvo a través de la influencia de los trabajos de sus académicos.
- (19) SOMMA, Alessandro. *Tanto per cambiare (...) mutazione del diritto e mondializzazione nella riflessione comparatistica*. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIX, número 116, 2006, pp. 535 y siguientes, *ivi* p. 537.
- (20) Resulta sugerente la consulta del libro de SACCO, Rodolfo. *Antropología jurídica: Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bolonia: Mulino, 2007, pp. 41-58.
- (21) Para una manifestación acerca de cómo la sociología puede provocar sugerentes nuevas maneras de observar el Derecho o bien alterar la percepción del mismo nos remitimos a Gago Prialé, Horacio, *Sociedad espontánea y Derecho: Cómo la teoría jurídica de Joaquín Costa puede explicar la nueva sociedad urbana y mestiza de Lima*. Madrid: Civitas, 2000, pp. 187-213.
- (22) SOMMA, Alessandro. *Op. cit.*; p. 537.
- (23) MERRYMAN, John Henry. *Comparative law and social change: On the origins, style, decline & revival of Law and Development movement*. En: *American Journal of Comparative Law*, Volumen XXV, número 3, 1977, pp. 457 y siguientes, *ivi* pp. 461-473.



## Renzo Saavedra Velazco

como es reconocido, existe una multiplicidad de mecanismos o vías por las cuales los sistemas jurídicos (o, más en general, las culturas) se desarrollan<sup>(24)</sup>; sin mencionar que tales cambios pueden ser alcanzados sin que exista creación, sino meramente imitación<sup>(25)</sup>; o, en última instancia, los cambios pueden encontrarse influenciados por aspectos o elementos endógenos, no solo como una condición que acelera o retrasa su presencia en cierto sistema, sino más bien erigiéndose como su verdadera causa<sup>(26)</sup>.

Por su parte, las corrientes difusionistas, a diferencia de lo que es predicado por las teorías evolucionistas, parten de la premisa de que los cambios o mutaciones se producen a causa de la interrelación entre culturas puesto que la creatividad o, si se quiere, la innovación se presenta como un elemento contingente y excepcional<sup>(27)</sup>. Ante ello, se acepta que existe una idea de área de influencia cultural, e incluso jurídica, que permite explicar varios fenómenos de estudio en el campo de la comparación jurídica.

Como es fácil concluir, las familias jurídicas que presentan un mismo patrón similar se encontrarán entre aquellas que con mayor facilidad y consistencia procederán a influenciarse recíprocamente, lo cual resultará más complicado respecto de aquellas familias o sistemas que no tienen un patrón jurídico similar.

Empero, si bien somos de la opinión que la influencia entre sistemas jurídicos es, desde un punto de vista empírico, un dato innegable también aceptamos que, desde un punto de vista teórico, se pueden elevar críticas a esta manera de observar no solo la mutación jurídica, sino la interrelación entre los sistemas. En efecto, para calificar, de la manera en que lo hacen las corrientes difusionistas, la interrelación e influencia entre dos o más sistemas jurídicos se debe partir de aclarar

donde se encuentran los límites entre estos<sup>(28)</sup>, lo cual no siempre es una tarea sencilla de realizar.

Atendiendo precisamente a la dificultad existente para diferenciar entre sistemas jurídicos es que hemos sentido la necesidad de sugerir asumir aquella clasificación propuesta por el profesor Mattei. Asimismo, es por tal dificultad que la exposición de la clasificación en cuestión se ha efectuado antes de presentar los planteamientos de las corrientes que nos explican la mutación jurídica.

Con este esquema en mente creemos que se tendrá una guía sobre los límites entre los sistemas y también una teoría que nos permitirá explicar los mecanismos por los que se interrelacionan (que son, básicamente, atendiendo a las fuentes que generan las normas -entendidas como medio de control social o de creación de incentivos y no en su sentido formal-). A lo antes expresado se debe agregar la gran flexibilidad de la clasificación propuesta, en la medida que permite que las fuentes se relacionen entre sí a pesar de la hegemonía de alguna de ellas.

### **3. La mutación jurídica por difusión: Las propuestas de Sacco y Watson**

La comparación jurídica tiene múltiples enfoques que van desde las visiones de

(24) SACCO, Rodolfo. *Diversity and uniformity in the law*. En: *American Journal of Comparative Law*, Volumen XLIX, número 2, 2001, pp. 171 y siguientes, *ivi* pp. 179-189.

(25) WATSON, Alan. *Aspects of reception of law*. En: *American Journal of Comparative Law*. Volumen XLIV, número 2, 1996, pp. 335 y siguientes.; ID., *From legal transplants to legal formants*. En: *American Journal of Comparative Law*, Volumen XLIII, número 3, 1995, pp. 469 y siguientes.

(26) Cfr. HOROWITZ, Donald L. *The Qur'an and the common law: Islamic law reform and the theory of legal change*. En: *American Journal of Comparative Law*, Volumen XLII, número 2, 1994, pp. 233 y siguientes, *ivi* p. 246.

(27) SACCO, Rodolfo. *Legal formants: A dynamic approach to comparative law*. En: *American Journal of Comparative Law (Installment II)*, Volumen XXXIX, número 2, 1991, pp. 343 y siguientes, *ivi* p. 398.

(28) MONATERI, Pier Giuseppe. *Op. cit.*; § 1.



## Sobre formantes, trasplantes e irritaciones

corte estructuralista<sup>(29)</sup>, para transitar por perspectivas funcionalistas<sup>(30)</sup>, luego a lecturas culturalistas<sup>(31)</sup>, para culminar, si cabe el término, en una propuesta post-moderna<sup>(32)</sup>. En el presente acápite, nos toca analizar a la difusión no sólo como una de las maneras en las que se produce la mutación jurídica (y por ende, como uno de los principales temas a ser abordados por la comparación jurídica), sino como enfoque predilecto de aquellas corrientes que han sido denominadas estructuralistas (las cuales pretenden entender a los sistemas en función a la observación de las relaciones entre sus componentes)<sup>(33)</sup>.

La investigación jurídica comparada de corte estructuralista posee como algunas de sus características las siguientes: (i) no persigue ningún objetivo o finalidad<sup>(34)</sup> más que el propio conocimiento; (ii) el desarrollo del derecho de produce a través de casos de trasplantes jurídicos o prestamos jurídicos, vale decir, a través de la imitación, pues la innovación es un fenómeno eventual (aunque también se realizaría a través de la imposición); y, (iii) se efectúa una descripción científica, sin

cargas de valoración, de las modalidades en que se interrelacionan los elementos de un mismo sistema jurídico o bien con elementos de otro sistema<sup>(35)</sup>.

Ahora bien, los líderes intelectuales de esta perspectiva de análisis son, fuera de cualquier discusión, Rodolfo Sacco y Alan Watson.

La construcción de Sacco nos parece particularmente interesante debido a que toma prestados de los estudios lingüísticos y fonéticos una multiplicidad de conceptos para luego reformularlos<sup>(36)</sup> a fin de emplearlos en las investigaciones jurídicas. A través de dicha tarea se acuñó el término *formante*<sup>(37)</sup> *jurídico*, el cual es una de las nociones que mayor éxito ha tenido en el campo de la comparación jurídica y que importa, en términos sencillos,

- (29) Cfr. SACCO, Rodolfo. *Introduzione al diritto comparato*. En: *Tratatto di diritto comparato* dirigido por Rodolfo Sacco, 5ta. edición. Turín: Utet, 1992, también en otros pasajes.
- (30) Michaels, Ralf. *The functionalist method of comparative law*. En: Autores varios. *Oxford Handbook of Comparative Law*. Edición a cargo de Mathias Reimann y Reinhard Zimmermann. Nueva York: Oxford University Press, 2006, pp. 339 y siguientes, *ivi* pp. 340-343.
- (31) LEGRAND, Pierre. *Comparative legal studies and commitment to theory*. En: *Modern Law Review*, Volumen LVIII, número 2, 1995, pp. 262 y siguientes. *ivi* p. 263; Id., *On the singularity of law*. En: *Harvard International Law Journal*, Volumen XLVII, número 2, 2006, pp. 517 y siguientes.; Id., *European legal systems are not converging*, *Op. cit.*; pp. 56-64.
- (32) AINSWORTH, Janet E. *Categories and culture: On the 'rectification of names' in comparative law*. En: *Cornell Law Review*, Volumen LXXXII, n.º 1, 1996, pp. 19 y siguientes, *ivi* pp. 24-25.
- (33) MATTEI, Ugo y Anna DI ROBILANT. *The art and science of critical scholarship: Postmodernism and international style in the legal architecture of Europe*. En: *Tulane Law Review*, Volumen LXXV, número 4, 2001, pp. 1053 y siguientes, *ivi* p. 1078, quienes señalan: *structuralism aims to understand a system by observing the relationship between the elements ("formants" in Sacco's terminology) that make up the structure of the system. Beginning with linguistics (Ferdinand de Saussure, Noam Chomsky, Roman Jakobson, Emile Beneviste), structuralism has found its way into anthropology (Claude Levi Strauss), psychoanalysis (Jacques Lacan), psychology (Jean Piaget), philosophy (Louis Althusser, Michel Foucault), semiotics (Umberto Eco), and, finally, into the law. Structuralism attempts to develop a scientific method by describing the laws that govern the relationship between the elements of the structure and between the structure and the system in its totality.*
- (34) SACCO, Rodolfo. *Legal formants: A dynamic approach to comparative law*. En: *American Journal of Comparative Law (Installment I)*, Volumen XXXIX, número 1, 1991, pp. 1 y siguientes, *ivi* pp. 4-6.
- (35) SOMMA, Alessandro. *At the patient's bedside? Considerations on the methods of comparative law*. En: *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, Volumen 13, 2007, pp. 7-12 (de la versión PDF), Referencia de 19 de mayo de 2010. Disponible en web: [www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2007/somma2.pdf](http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2007/somma2.pdf); SOMMA, Alessandro, *Op. cit.*; p. 541.
- (36) SACCO, Rodolfo. *Op. cit.*; p. 22.
- (37) En la fonética se entiende por formante al pico de intensidad en el espectro de un sonido, lo cual nos permite diferenciar el habla. Por su parte, en el campo jurídico el término acuñado tiene como propósito llamar la atención del operador acerca de cómo la regla promulgada puede no ser en los hechos la regla que es aplicada o incluso la regla puede encontrarse deformada o complementada por las interpretaciones doctrinales.



## Renzo Saavedra Velazco

descomponer las fuentes (así como el contenido) de las diversas reglas que se encuentran en un determinado contexto jurídico, demostrando con ello el equívoco de aquella posición que pregonaba la unicidad del sistema jurídico. En este orden de ideas, se plantea que existen tres formantes, a saber: el formante legal, el formante doctrinal y el formante jurisprudencial<sup>(38)</sup>.

De acuerdo a esta propuesta los diversos formantes pueden coincidir entre sí en la manera en que abordan determinado aspecto de relevancia jurídica o bien pueden arribar a *soluciones* diversas. Un ejemplo puede aclarar el panorama, pensemos en el debate sobre la naturaleza de la *culpa in contrahendo* al interior del sistema italiano<sup>(39)</sup>. Por un lado, en el formante legal se dicta, en el artículo 1337 del *Codice Civile*, que, en los tratos preliminares, las partes deben comportarse de acuerdo a la buena fe y, por ende, la responsabilidad por su violación sería de naturaleza contractual; por otro lado, en el formante jurisprudencial<sup>(40)</sup> se sostiene que la verdadera naturaleza de este tipo de responsabilidad es extracontractual a pesar de que se verifica frente a la violación de la norma antes aludida; y, por último, el sector mayoritario del formante doctrinal italiano sostiene que la responsabilidad precontractual es de naturaleza contractual por la existencia de una relación jurídica obligatoria sin deber primario de prestación<sup>(41)</sup> o una obligación cuyo contenido son solo deberes de protección. Como se observa, la lógica de los formantes no solo permite explicar con un lenguaje llano y sistemático las diferencias (o asonancias) que se presentan dentro de un determinado ordenamiento, sino que, además contribuye a identificar cómo los diversos razonamientos en juego pueden alterar la regla operativa a la que se le debe prestar atención al momento de estudiar el *Derecho*. Asimismo, se puede agregar que, con una propuesta como la antes aludida resulta más sencillo efectuar

un seguimiento al fenómeno de circulación de los modelos jurídicos, un aspecto al que Sacco le ha dispensado un vivo interés.

En efecto, la circulación de los modelos jurídicos es claramente el mecanismo en el cual opera la difusión de determinada fórmula jurisprudencial, regla legal o bien una construcción teórica. No obstante ello, aún no se ha dicho nada sobre las razones que justifican tal circulación. Las principales razones que explican el por qué se efectúa un trasplante jurídico son la imposición y/o el prestigio<sup>(42)</sup>.

Si bien admitimos que existe más de una crítica a esta manera de observar los fenómenos de cambio o mutación jurídica, creemos que resulta incuestionable que los trasplantes ocurren. En ocasiones, un *legal borrowing* (o préstamo jurídico) se produce por vía de la imposición o por la admiración que un sistema foráneo genera (tal vez, en ánimo de ser más precisos, debiéramos aclarar: las soluciones de su judicatura, sus construcciones teóricas o sus reglas operativas); lo curioso es que las bondades del préstamo no siempre tienen una relación directa con la razón que lo motivó. Un célebre ejemplo de imposición fue la aplicación del *Code Napoléon* en territorio Belga, ¿alguien pondría acaso en duda el enorme éxito del *Code* en dicho territorio o incluso las bondades del *préstamo*? Por el contrario, también tenemos casos en los que

(38) SACCO, Rodolfo. *Introduzione al diritto comparato*, cit. pp. 43 y siguientes.

(39) Optamos por tal sistema jurídico dado que en nuestro país aún no existe una posición consolidada en ninguno de los formantes sobre tan compleja materia.

(40) Nos remitimos a la sentencia número 9645, de fecha 16 de junio de 2001, en el que las Salas Reunidas de la Corte de Casación italiana concluyeron en sentido conforme a la sentencia 749, de fecha 6 de marzo de 1976, y a la sentencia 93, de fecha 11 de enero de 1977.

Todas estas sentencias han sido citadas en un trabajo anterior Saavedra Velazco, Renzo E., *La responsabilidad precontractual en debate*, en *Responsabilidad Civil Contemporánea*, Ara, Lima, 2009, nota al pie (46), texto y nota.

(41) MENGONI, Luigi. *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*. En: *Rivista del diritto commerciale e del diritto general delle obbligazioni*, II, 1956, pp. 360 y siguientes.

(42) SACCO, Rodolfo. *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II)*, cit.: p. 398.



## Sobre formantes, trasplantes e irritaciones

la admiración y/o el prestigio no bastó para que el trasplante sea exitoso, en el Perú tenemos más de un ejemplo de ello, las razones que podrían ayudarnos a comprender tal fenómeno son múltiples y van desde un desconocimiento del importador sobre la forma de aplicación de la institución trasplantada<sup>(43)</sup> en su país de origen, la falta de un proceso de preparación del sistema para la modificación o sencillamente porque el país receptor no reúne las características que tornaron exitosa a la solución importada sea por razones culturales, sociales, económicas y/o jurídicas, por lo que el préstamo es -en sí mismo inaplicable- o bien genera perturbaciones sistemáticas<sup>(44)</sup>.

Por su parte, y como evidencia lo antes expresado, la manera en que se ejecuta el préstamo es muy importante para su éxito, en la mayoría de sistemas, por lo general, el proceso de importación normativa es defectuoso y a ello cabría agregar que parcial (¿les suena conocido?). En nuestro medio, por ejemplo, se toman discursos foráneos sin que previamente se procese adecuadamente sus virtudes y/o defectos, sin reparar que los mismos tuvieron un largo proceso de adaptación a las legislaciones nacionales y al *law in action* (otra prueba del interés que se debe dar al *mute law* y a la utilidad del discurso sobre los *legal formants*). Entonces, y como ha sido analizado por más de un autor nacional, si existen problemas al realizar importaciones dentro de los formantes doctrinales de dos sistemas, que puede esperarse (o imaginarse) cuando se procede a hacer efectuar un préstamo jurídico en el formante jurisprudencial o, peor aún, en el legal (el cual, contradictoriamente, ha sido el más prolífico en estos fenómenos).

Las nociones de imposición y prestigio son, por lo tanto, medulares para asimilar los fenómenos de difusión y mutación jurídica. Nos explicamos. Cuando se produce un préstamo o importación jurídica, el operador no se limita sólo a aprehender el discurso, norma o precedente sino que, en mayor o menos medida, lo adapta, lo transforma o lo modifica. Evidentemente, dependiendo de la justificación de la importación el proceso

antes mencionado se presentará con mayor frecuencia y alcance. Si la importación se da por admiración o prestigio el operador podrá intervenir con libertad, a diferencia de si la razón de la importación es la imposición. Empero, aún en este último caso existe un margen de adaptación producto de los formantes jurisprudencial y doctrinal.

En el contexto antes descrito, creemos conveniente dar algunas luces sobre las nociones en cuestión. Bajo la denominación *imposición* se incluyen fenómenos tales como la conquista, invasión o intervención de un país sobre otro (¡no necesariamente en términos militares!); mientras que, la denominación *prestigio* resulta un tanto más ambigua. Al respecto, nos parecen útiles las ideas expresadas por Mattei<sup>(45)</sup>, quien al referirse al liderazgo intelectual en tradición jurídica occidental afirma con dureza que “el desplazamiento del liderazgo intelectual del que estamos discutiendo aquí parece confirmar la regla de que el liderazgo intelectual no tiene mucho que ver con el aspecto práctico del Derecho. No tiene mucho que ver con las reglas del Derecho positivo que realmente produce un país o que copia de otro. En lugar de ello tiene que ver con las formas en las que se piensa el Derecho. Podemos observar de los cambios de liderazgo que hemos discutido que cuando una cultura jurídica asume una estrecha aproximación positivista, que se centra en particulares textos o asuntos locales, es menos probable que alcance el liderazgo dentro de la comunicada académica mundial”. Si cambiamos la referencia al liderazgo por el prestigio<sup>(46)</sup>, si es que acaso fuese necesario

(43) SACCO, Rodolfo. *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I)*, cit.; p. 3.

(44) Aspecto que será luego analizado cuando se observe las opiniones de TEUBNER, Gunther. *Legal irritants: Good faith in british law or how unifying law ends up in new divergences*. En: *Modern Law Review*. Volumen LXI, n.º 1, 1998, pp. 11 y siguientes.

(45) MATTEI, Ugo. *Why the wind changed: Intellectual Leadership in western law*, cit.; pp. 195 y siguientes, *ivi* pp. 213-217.

(46) La idea del prestigio o, en términos más precisos, a su ausencia (y la consecuente reducción en la trascendencia de la ciencia jurídica) se observa ya en JHERING, Rudolph von. *Geist des römischen Rechts*, Volumen I, 2da. edición, 1866, pp.



## Renzo Saavedra Velazco

dado que ambas ideas se encuentran en estrecha relación, entonces tendremos un índice para comprender esta idea tan gaseosa.

Asimismo, vinculado a la idea de prestigio<sup>(47)</sup> tenemos que recordar que las reglas se encuentran muchas veces imbuidas explícitamente de elementos políticos, por ello la posibilidad de circulación de tales reglas estará enlazada al éxito que tenga la idea a la cual se encuentra emparentada. En otras palabras<sup>(48)</sup>, las reglas neutrales desde un punto de vista político tenderán a circular con mayor facilidad que aquellas que posean una impronta política, sea en un sentido u otro. Las razones de ello se centran tanto en la tendencia al tecnicismo (si es que no la neutralidad) que tienen los sistemas en los que impera el derecho generado por los profesionales; cuanto sobre todo por la idea de la marcada separación entre los campos jurídico y político. Como consecuencia, la regla desprovista de elementos políticos luce como más imparcial, técnica y por ende puede circular en función a su propio prestigio y/o ventajas sin tener la carga de una opción política que la sustente o propugne.

Por su parte, Watson construye una teoría de la difusión jurídica que considera a la imitación o, si se quiere, al *trasplante jurídico*<sup>(49)</sup> como el mecanismo por el que se genera la mutación. Empero, la propuesta tiene varios extremos que resultan del todo sugerentes en tanto que brinda una multiplicidad de ejemplos en los que se evidencia los específicos fenómenos de imitación. Con dicho material el autor desea mostrar que

los sistemas incurren en imitación o efectúan trasplantes casi por una impronta natural de su desarrollo, si bien tal fenómeno se construye como una consecuencia natural de la atracción que determinadas estructuras jurídicas tienen sobre los operadores<sup>(50)</sup> (o, si se quiere, en una élite), también se reconoce el papel que la suerte o el azar despliega en dichos eventos<sup>(51)</sup>.

La descripción de los fenómenos aludidos nos lleva a concluir, sin mayores esfuerzos, la existencia de determinada *path dependency* en los sistemas jurídicos. Vale decir, un determinado camino o itinerario es seguido no sólo por las particulares circunstancias que rodean un momento dado, sino que, para ello se toma en cuenta las decisiones precedentes. La idea tiene un fuerte componente de inercia o, si se quiere, de comodidad por parte de los operadores. En efecto, la fácil accesibilidad y el ahorro de energías que significa seguir la corriente existente en un sistema jurídico ocasiona que el camino trazado, consciente o inconscientemente, no sea siquiera cuestionado.

Si el mecanismo por el que se produce la mutación, de acuerdo al pensamiento de

---

14 y siguientes. (citado por ZWEIGERT, Konrad y Kurt SIEHR. *Jhering's influence on the development of comparative legal method*. En *American Journal of Comparative Law*, Volumen XIX, n.º 2, 1971, pp. 215 y siguientes, *ivi* p. 218), quien afirmaba que la "ciencia jurídica ha sido degradada a una jurisprudencia provincial, y los límites de la ciencia jurídica coincide con las fronteras políticas. ¡Qué humillante y poco valiosa forma de ciencia! Empero es por ciencia que se trasciende tales fronteras y se preserva el futuro su antiguo carácter de transnacionalidad, en la nueva forma de jurisprudencia comparada".

(47) MATTEI, Ugo. *Why the wind changed: Intellectual Leadership in western law*, *cit.*; p. 201, quien nos sugiere efectuar un sencillo *test*, se sostiene que: "un *test* de liderazgo es la capacidad de los sistemas jurídicos o de algunos de sus productos. Empero, (códigos, piezas de legislación, instituciones jurídicas, escritos académicos) de ejercer influencia no sólo dentro de un amplio marco de sistemas comparatistas sino también fuera de él".

(48) SACCO, Rodolfo. *Introduzione al diritto comparato*, *cit.*; p. 151.

(49) WATSON, Alan. *Legal change: Sources of law and legal culture*. En: *University of Pennsylvania Law Review*, Volumen CXXXI, n.º 5, 1983, pp. 1121 y siguientes.; *Id.*, *Aspects of reception of law*, *cit.*; pp. 335 y siguientes.; *Id.*, *From legal transplants to legal formants*, *cit.*; pp. 469 y siguientes.

(50) WIEGAND, Wolfgang. *Americanization of Law: Reception or convergence?* En: Autores varios, *Legal culture and the legal profession*. Edición a cargo de Lawrence M. Friedmann y Harry N. Scheiber, Westview Press, Colorado, 1996, pp. 137 y siguientes, *ivi* p. 147; *Id.*, *The reception of american law in Europe*. En: *American Journal of Comparative Law*, Volumen XXXIX, n.º 2, 1991, pp. 229 y siguientes.

(51) WATSON, Alan. *Aspects of reception of law*, *cit.*; pp. 339-340.



## Sobre formantes, trasplantes e irritaciones

Watson<sup>(52)</sup>, es el trasplante, entonces luego se tendrá que prestar atención a aquel fenómeno por el cual la regla importada se incorporará al sistema jurídico nacional. A este fenómeno se le denomina *recepción* y tiene dos posibles interpretaciones. Por un lado, en un sentido amplio se entiende por recepción a aquel proceso que se genera al incorporar o adoptar una regla foránea en un nuevo sistema jurídico; en cambio, en un sentido más restrictivo, también se entiende por recepción la incorporación de todo un cuerpo legislativo, figura doctrinal o precedente en un sistema jurídico nuevo<sup>(53)</sup>. Como es natural, la recepción *strictu sensu* se presenta en la realidad social de manera más frecuente puesto que implica una importación total de instituciones foráneas, mientras que, la recepción *latu sensu* solo una importación parcial (la cual, como somos testigos, puede traer aparejada una multiplicidad de inconvenientes).

Asimismo, la teoría de los *legal transplants* tiene una arista adicional que genera un vivo debate (y agudas críticas) de parte de un sector de la comparación jurídica, tal aspecto es el referido a la desvinculación entre los cambios jurídicos y las necesidades sociales. Nos explicamos. Si, como sostiene Watson, el motor de la mutación jurídica es el trasplante, entonces las reglas no se crearían en virtud de determinada realidad, sino que, las mismas se incorporarían principalmente a un sistema debido a que la élite que tiene el poder para crear las normas conoció la regla importada. Frente a tamaña afirmación se concluiría que la realidad (en sus diversos componentes, sean estos de carácter social, económico y político) solo se manifestará en las normas no de manera

directa (esto es, el operador jurídico debe recoger las necesidades y manifestarlas en las reglas a ser creadas), sino a través de la impronta particular del operador jurídico<sup>(54)</sup>.

No obstante lo antes expresado, sí existen una serie de factores que controlan la relación entre las reglas y la sociedad, por lo que solo a través de una comprensión de tales factores y la manera en que interaccionan se aprehenderá la mutación jurídica<sup>(55)</sup>. Como es natural, existirán factores que alentarán la mutación y otros que la inhiban, en los diversos trabajos de Watson se pueden identificar los siguientes:

- a) La importancia de las fuentes jurídicas; mientras que existen fuentes cuyo carácter es retrospectivo (como el precedente judicial y la costumbre), hay otras que son prospectivas (como la legislación y la doctrina). Las primeras no permitirán grandes cambios de manera célere pero sí pequeños cambios o adaptaciones, ello se explica por la necesidad de un antecedente en el cual fundar la *solución*<sup>(56)</sup>.
- b) La presión que genera los grupos que consideran que efectuar determinado cambio legal será beneficioso; evidentemente el

(52) Si bien la terminología ha sido acuñada en su versión definitiva, y difundida internacionalmente, por Watson se pueden encontrar autores que, con anterioridad, emplearon esta metáfora. Al respecto se pueden mencionar a FRANK, Jerome. *Civil law influences on the common law - Some reflections on 'comparative' and 'contrastive' law*. En: *University of Pennsylvania Law Review*, Volumen CIV, n.º 7, 1956, pp. 887 y siguientes, *ivi* pp. 915-916; por su parte, y en el mismo año de la publicación del trabajo fundamental del autor escocés sobre los trasplantes jurídicos, Kahn-Freund, Otto, *On uses and misuses of comparative law*. En: *Modern Law Review*, Volumen XXXVII, n.º 1, 1974, pp. 1 y siguientes, *ivi* pp. 5-6.

(53) HOEFLICH, M. H. *Law, society and reception: The vision of Alan Watson*. En: *Michigan Law Review*, Volumen LXXXV, n.º 5 y 6, 1987, pp. 1083 y siguientes, *ivi* p.1083.

(54) MOUSOURAKIS, George. *Towards a comparative theory of legal change*. En: *Kansai University Review of Law and Politics*. Volumen XXVII, n.º 3, 2006, pp. 53 y siguientes. *ivi* p.60.

Por su parte, WATSON, Alan. *Aspects of reception of law, cit.*; pp. 335 y siguientes, sostiene que su teoría se explica por el carácter práctico del trasplante y que elimina el esfuerzo del legisladora; por el azar; la necesidad de autoridad y la dificultad de una visión clara.

(55) WATSON, Alan. *Comparative law and legal change*. En: *Cambridge Law Journal*, Volumen XXXVII, n.º 2, 1978, pp. 313 y siguientes.

(56) WATSON, Alan, *Comparative law and legal change, cit.*; p. 323.



## Renzo Saavedra Velazco

nivel de presión que podrá generar cierto grupo se encuentra estrechamente vinculado a su ubicación socio-económica y la influencia sobre las fuentes jurídicas<sup>(57)</sup>.

- c) La oposición de aquellos grupos que consideran que efectuar determinado cambio importará un perjuicio, aquí se repite lo expuesto precedentemente para el caso de la presión a favor de cierta mutación.
- d) La existencia de una tendencia a efectuar trasplantes jurídicos importa que en los sistemas existe un grado de receptividad a admitir estructuras o bien figuras de ordenamientos extranjeros. La tendencia anotada se observa en la realidad jurídica desde antiguo, puesto que inicialmente se trasplantaba o se adoptaba *in toto* determinados sectores del Derecho Romano, luego ello se presentó con la influencia del *Code Napoléon*, para pasar a la influencia de la dogmática alemana del siglo XIX y, en la actualidad, por el fenómeno de *Americanization*<sup>(58)</sup>.
- e) La existencia de una élite<sup>(59)</sup> que posee el conocimiento, la imaginación y la experiencia que conducirá la creación de reglas y que decidirá el trasplante jurídico.
- f) El rol que la discrecionalidad despliega para decidir cumplir o no cumplir las reglas jurídicas, sea a través de una decisión judicial que torna inocua que se reconozca tal o cual titularidad, o bien que se genere un reconocimiento en contra de lo que determinada fuente había determinado<sup>(60)</sup>.
- g) La generalidad con la que la regla ha sido enunciada y que permitirá que no solo un grupo de personas sea atendido. Empero, tal circunstancia ostenta un inconveniente, pues mientras más general sea la enunciación dificultará que la regla calce del todo en la particular situación que afecta a un grupo<sup>(61)</sup>.
- h) La inercia o desinterés de un determinado grupo social, o incluso de la élite, para luchar o incorporar aquella regla que resulta más satisfactoria para los conflictos o para el objetivo a alcanzar<sup>(62)</sup>.
- i) La percepción o sensación de necesidad que debe generar sea el grupo de oposición o el de presión en los individuos que toman la decisión de crear o trasplantar cierta regla<sup>(63)</sup>.

En función a estos factores, se ha concluido que: “existe un equilibrio entre los factores que sustentan el cambio y los factores que se oponen a él. De acuerdo a Watson, la relación entre la sociedad y las reglas jurídicas puede ser expresada de manera gruesa como una ecuación matemática: una regla jurídica será estable cuando el sentimiento de necesidad, debilitado por el factor discrecional que hubiese activado una fuerza de presión por la afectación del factor de generalidad, y que trabaja con la fuente jurídica relevante, resulte menos potente que la inercia y la fuerza de oposición combinadas; por otro lado, ocurrirá un cambio jurídico cuando la fuerza del sentimiento de necesidad debilitado por el factor discrecional que hubiere activado una fuerza de presión por la afectación al factor de generalidad, trabaje sobre la fuente jurídica, todo lo cual se verá modificado por la tendencia al trasplante y por los abogados que dan forma a las leyes, sea más grande que la fuerza de inercia más la fuerza de oposición. En otras palabras, la relación precisa entre reglas jurídicas y la sociedad en la que opera

(57) HOEFLICH, M. H. *Law, society and reception: The vision of Alan Watson*, *Op. cit.*; p. 1085.

(58) WATSON, Alan. *Legal change: Sources of law and legal culture*, *Op. cit.*; p. 1125.

(59) WATSON, Alan. *From legal transplants to legal formants*, *Op. cit.*; p. 469.

(60) WATSON, Alan, *Comparative law and legal change*, *Op. cit.*; p. 330.

(61) WATSON, Alan, *Two-tier law: A new approach to law-making*, en *International and Comparative Law Quarterly*, Volumen XXVII, n.º 3, 1978, pp. 552 y siguientes, *ivi* p. 554.

(62) WATSON, Alan, *Legal change: Sources of law and legal culture*, *Op. cit.*; p. 1135.

(63) WATSON, Alan, *Legal change: Sources of law and legal culture*, *Op. cit.*; p. 1124.



## Sobre formantes, trasplantes e irritaciones

puede ser expresada como el equilibrio entre dos conjuntos de factores opuestos, el primero inhibitor del cambio y el segundo alentador del cambio<sup>(64)</sup>.

Con una visión panorámica de la propuesta del ilustre comparatista escocés nos quedaría sólo presentar brevemente una re-lectura a ella. Acometemos dicha tarea no sólo porque permitiría completar la imagen de la teoría de los *legal transplants*, sino por el autor que la sugiere. Nos referimos al profesor Pier Giuseppe Monateri, quien en nuestro medio es conocido por sus trabajos en el campo de la responsabilidad extracontractual y por su visión crítica al análisis económico del Derecho<sup>(65)</sup>. Ahora bien, debido a que el autor aludido pertenece a la escuela de Sacco logra incorporar ciertos extremos de la teoría de los formantes jurídicos a la teoría de Watson y con ello presentar una teoría no solo ecléctica, sino con perfiles innovadores<sup>(66)</sup>.

La construcción de Monateri reconoce varios de los elementos de la propuesta de Watson, tales como: (i) la existencia de una élite que crea o trasplanta el derecho; (ii) que los trasplantes son el motor de la mutación jurídica; y, (iii) que las reglas que se crean o trasplantan bajo este esquema pueden no guardar vinculación alguna con las características de la sociedad que las importa. Sin embargo, emplea tales elementos de la teoría de los trasplantes jurídicos como una *powerful tool for a critical theory of comparative law*<sup>(67)</sup> [herramienta poderosa para una teoría crítica de la comparación jurídica], permitiendo con ello deslegitimar el proceder de los operadores que no cuentan con la legitimidad<sup>(68)</sup>.

En efecto, en la medida que los operadores actúan muchas veces en aras de su propia percepción sobre los discusiones

jurídicas, si es que no en su beneficio propio, y que tienen propensión a los trasplantes (los cuales les permiten legitimar su posición de poder), se concluye que ello evidencia una *weak legal culture* (o “cultura jurídica débil”). Sin embargo, el que exista un fenómeno de importación no significa que el sentido original de la institución supere el proceso de trasplante. En atención a que el operador jurídico pretende que el trasplante legitime su posición es posible que el sentido se vea alterado, incluso ello sucede sin que entren a tallar la interrelación, conflictiva o no, de los diversos formantes jurídicos<sup>(69)</sup>. Es este último punto, el riesgo de alteración del discurso, el cual se presenta por una alteración consciente del operador jurídico al cual le presta especial atención la lectura postmodernas de la comparación y que será analizada más adelante. En cambio, la modificación inconsciente de lo que es el contenido del trasplante se explica sea por la ausencia de preparación, defecto en el conocimiento por parte del operador o por una reacción del sistema en contra de la labor efectuada (lo cual es el meollo de la teoría de los *irritantes jurídicos*). Los dos primeros inconvenientes se superan con un correcto empleo del método comparado y por ello son de escaso interés en el presente estudio (que es más metodológico) pero son las que han generado una fuerte corriente crítica a la corriente estructuralista y la que motivará el estudio de las siguientes construcciones teóricas.

(64) MOUSOURAKIS, George. *Op. cit.*; p. 66.

(65) MONATERI, Pier Giuseppe. *Resultados y reglas (Un análisis jurídico del análisis económico del derecho)*, traducción de Leysser L. León, en *Revista jurídica del Perú*, año LI, n.º 26, 2001, pp. 187 y siguientes.

(66) MONATERI, Pier Giuseppe. “Everybody’s talking: The future of comparative law. En: *Hastings International and Comparative Law Review*, Volumen XXI, 1998, pp. 825 y siguientes, *ivi* pp. 841-843.

(67) MONATERI, Pier Giuseppe. *The “weak” law: Contaminations and legal cultures*. En: *Global jurist advances*, Volumen I, issue 3, art. 5, 2001, p. 8 (de la versión PDF), referencia de 19 de mayo de 2010. Disponible en web: [www.bepresiguientes.com/gj/advances/vol1/iss3/art5](http://www.bepresiguientes.com/gj/advances/vol1/iss3/art5).

(68) MONATERI, Pier Giuseppe. *Black Gaius: A quest for the multicultural origins of the “Western legal tradition”*. En: *Hastings Law Journal*, Volumen LI, 2000, pp. 479 y siguientes, *ivi* p. 511.

(69) MONATERI, Pier Giuseppe. *The “weak” law: Contaminations and legal cultures*, *Op. cit.*; p. 21.



Renzo Saavedra Velazco

#### 4. La perspectiva funcionalista de la comparación jurídica: Las ideas de Kötz y Teubner

Las teorías funcionales analizan el Derecho, entendido como sistema social, en atención a la función que cada uno de sus componentes desempeñan. En tal sentido, evalúan el equilibrio que el sistema alcanza a través de la contribución específica de cada uno de sus elementos (centrando su interés en las consecuencias<sup>(70)</sup> y no en las motivaciones). En virtud a tal premisa es sencillo comprender porque esta perspectiva ve al Derecho como un sistema cerrado e incluso autorreferencial<sup>(71)</sup>.

En muchos sentidos podemos decir que esta perspectiva resulta la mayoritaria o cuanto menos la que mayor influencia ha tenido en aquellas investigaciones en las que se emplea la comparación jurídica. Por ello, muchos de sus propulsores la consideran el método más fructífero, si es que no el único, para efectuar la comparación jurídica<sup>(72)</sup>. Lo cual resulta curioso porque la principal figura de tal perspectiva es el profesor Hein Kötz, un académico que ha expresado, en la propia obra que se erige como *guía* para esta corriente de opinión<sup>(73)</sup>, cierto desprecio por los debates metodológicos puesto que le atraía más la inspiración (lo cual no significa ausencia de investigación)<sup>(74)</sup>, ante ello se recuerda la idea de que las “ciencias que se ocupan de su propia metodología son ciencias enfermas”.

Otra característica interesante de esta perspectiva se centra en que si bien tanto la sociedad como el Derecho pueden ser escindidos, también guardan una vinculación que permite sostener que la función desempeñada por una regla legal, doctrina o bien precedente se constituye como el criterio para efectuar la comparación (o, si se quiere, se erige como el *tertium comparationis*). Esta vinculación se logra manifestar a través del interés que la perspectiva funcionalista tiene en el *case-method*<sup>(75)</sup>. En virtud de que las instituciones jurídicas tienen alguna función que desempeñar, es natural que siempre se encuentre algún punto de referencia que nos permita comparar dos sistemas, ello a pesar de que las instituciones específicas tengan una configuración o una explicación diversa. La idea que deseamos expresar se puede condensar en una afirmación: si las instituciones afrontan el mismo problema resultan *funcionalmente equivalentes*.

Al respecto, resulta ilustrativo que Kötz considere que el principio metodológico fundamental de la comparación resulta la funcionalidad de las instituciones<sup>(76)</sup>. Empero, de esta afirmación algunos han extraído la

(70) MATTEI, Ugo y Anna DI ROBILANT. *The art and science of critical scholarship: Postmodernism and international style in the legal architecture of Europe*, Op. cit.; p. 1078.

(71) SOMMA, Alessandro. *Tanto per cambiare... mutazione del diritto e mondializzazione nella riflessione comparatistica*, cit.; p. 559.

(72) MICHAELS, Ralf. Op. cit.; p. 339.

(73) ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ. *Introduction to comparative law*. 3ra. edición, traducción de Tony Weir, Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 33.

(74) GORDLEY, James. *Comparative legal research: Its function in the development of harmonized law*. En: *American Journal of Comparative Law*, Volumen XLIII, n.º 4, 1995, p. 566, quien cuenta que al comentar su propuesta de un estudio transtemporal y transnacional del Derecho con un colega recibió como respuesta que esa era una labor que solo Hein Kötz estaría en capacidad de cumplir, lo cual evidencia a las claras el respeto que dicho autor genera en el ambiente académico. Por otro lado, también es interesante conocer los datos que son comentados por MICHAELS, Ralf. *The second wave of comparative law and economics?*. En: *University of Toronto Law Journal*. Volumen LIX, n.º 2, 2009, pp. 197 y siguientes.

(75) MARKESINIS, Basil. *Comparative law - A subject in search of an audience*. En: *Modern Law Review*, Volumen LIII, 1990, pp. 1 y siguientes.

(76) KÖTZ, Hein. *Comparative law in Germany today*. En: *Revue Internationale de droit comparé*, 4, 1999, pp. 753 y siguientes, *ivi* p. 755; y, ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ. Op. cit.; p. 34.



## Sobre formantes, trasplantes e irritaciones

idea de un monopolio metodológico, con lo que se estaría menospreciando el potencial de la comparación jurídica o, por otro lado, el método aludido resulta tan gaseoso, con la intención de cubrir la mayor cantidad de aspectos posibles, que torna a la categoría como inútil<sup>(77)</sup>. Si bien tenemos reservas a aceptar tal conclusión de las ideas de Kötz, creemos que es necesario aclarar que las corrientes funcionalistas incorporan una diversidad de nociones respecto de lo que se comprende por funcionalismo, lo cual resulta particularmente problemático para todos los que se aproximan a su estudio puesto que la comparación como método se inspira tanto en discursos de las ciencias sociales cuanto de las ciencias jurídicas.

A efectos del presente trabajo expondremos brevemente cinco nociones diversas sobre tal tópico, a saber:

- a) *Funcionalismo neo-aristotélico*.- La idea de *telos* o *causa finalis* sugerida por Aristóteles aplicada al Derecho evidencia que éste desempeña una función o rol en la sociedad que se centra básicamente en extraer un orden inherente a la naturaleza de las cosas. Como es por demás conocido, tal forma de ver los fenómenos fueron dejados de lado con el advenimiento del racionalismo y, en un momento posterior, por el positivismo<sup>(78)</sup>.

Sin embargo, una vez que el positivismo entro en crisis fue casi natural volver a los postulados aristotélicos en los que los problemas y las soluciones eran similares pues derivaban de una base común: la naturaleza de las cosas. En esta corriente de opinión pueden insertarse a autores

como Josef Esser<sup>(79)</sup> y James Gordley<sup>(80)</sup>. Por un lado, Esser entiende que las instituciones jurídicas son contingentes a diferencia de los problemas que resuelven, los cuales son de carácter universal, elevando claramente a la *función* que estos despliegan a la categoría de *tertium comparationis (ius gentium)*; por su parte, Gordley concibe que los sistemas jurídicos responden de diferentes maneras a temas o problemas que son universales (*ius commune*).

- b) *Funcionalismo evolucionario*.- La influencia del darwinismo también se sintió en el Derecho en el instante en que se introdujo una noción de la sociedad en la que ella, entendida como organismo complejo, evolucionaba como un todo a través de la cooperación que cada elemento desplegaba al cumplir aquella función que le correspondía.

En efecto, esta influencia se percibe en un autor cuyas ideas han contribuido a cimentar los estudios jurídicos en el *civil law* y en el *common law*, si es que no es acaso en el mundo. Nos referimos a Rudolf von Jhering<sup>(81)</sup>, quien consideraba que la ciencia jurídica no debía encontrarse

(77) MICHAELS, Ralf. *Op. cit.*; pp. 343-344.

(78) Cuya característica más saltante, en lo que a la materia que nos convoca se refiere, en opinión de VALCKE, Catherine. *Comparative law as comparative jurisprudence: The comparability of legal systems, cit.*; pp. 724-731, sería la percepción de que el sistema jurídico es plural pero no unificado.

(79) Sobre la opinión del autor alemán nos remitimos a la consulta de la reseña bibliográfica de su obra más influyente en el tema de marras, nos referimos a *Grundsatz und Norm in der richterlichen Rechtsfortbildung des Privatrechts: Rechtsvergleichende Beitrage zur Rechtsquellen und Interpretationslehre*, efectuada por Rheinstein, Max, en *University of Chicago Law Review*, Volumen LIV, n.º 3, 1957, pp. 597 y siguientes.

(80) GORDLEY, James. *Is comparative law a distinct discipline?*. En: *American Journal of Comparative Law*, Volumen XLVI, 1998, pp. 607 y siguientes; *Id.*, *Comparative legal research: Its function in the development of harmonized law, cit.*; pp. 555 y siguientes.

(81) ZWEIGERT, Konrad y Kurt SIEHR. *Op. cit.*; p. 218.

La influencia de Jhering en el pensamiento de Holmes resulta indudable, prueba de ellas son las referencias implícitas y explícitas en los trabajos del autor norteamericano, este aspecto ha sido puesto en evidencia por Frank, Jerome, *Civil law influences on the common law - Some reflections on 'comparative' and 'contrastive' law, cit.*; pp. 891-893. Por su parte, la influencia de la doctrina germana no se limita a ello, como bien ha sido evidencia por muchas investigaciones, entre las que se encuentra Hoeflich, M. H., *Transatlantic friendship & the german influence on American law in the first half of the nineteenth century*. En: *American Journal of Comparative Law*, Volumen XXXV, n.º 3, 1987, pp. 599 y siguientes.



## Renzo Saavedra Velazco

limitada a las fronteras nacionales, lo cual permitía que la comparación jurídica afronte directamente las específicas maneras en que las sociedades afrontaban los problemas en su camino al progreso.

La aplicación de esta particular visión del Derecho, combinada con la comparación jurídica, generó aquella corriente de opinión denominada *law and development*<sup>(82)</sup>.

- c) *Funcionalismo estructuralista*.- El desarrollo de la sociología brindó un nuevo impulso a la comparación jurídica, en especial cuando Émile Durkheim dio la pauta para una investigación con mayor objetividad y tecnicismo. La sociedad es más que la suma de sus partes, la interrelación entre sus elementos es lo que permite dicha trascendencia y con ello comprender que la sociedad tenga necesidades.

En virtud a ello, se considera que el Derecho no solamente se encuentra en capacidad de comprender tales necesidades, sino que también puede llegar a satisfacerlas si es que se concentra en datos objetivos y en los hallazgos de otras sociedades.

Entonces, la tarea del operador jurídico es desarrollar instituciones que sean aptas para satisfacer las necesidades sociales, por lo que es lógico que la comparación jurídica se eleve como una herramienta de enorme utilidad pues contribuirá a analizar las diversas soluciones<sup>(83)</sup> que se han planteado para las necesidades en cuestión. La tendencia al anti-formalismo se observa desde antiguo, no solo en la

obra de Philipp Heck -el principal propulsor de la *Interessenjurisprudenz*- sino también en Roscoe Pound, cuyo interés se centraba en el “derecho en acción y no en los libros”<sup>(84)</sup> y en “como el mismo propósito frente a un problema puede ser cumplido por una institución, doctrina o precepto en un cuerpo de normas y por otra institución, doctrina o precepto del todo diferente de otra normativa”<sup>(85)</sup>. Con ello se desea prestar la atención del caso tanto a las funciones manifiestas (que son cognoscibles e intencionales) como a las funciones latentes del Derecho<sup>(86)</sup> (que son muchas veces desconocidas y no-intencionales), lo cual se efectúa en la comparación jurídica cuando se analiza lo que los operadores jurídicos hacen (y no lo que dicen que hacen)<sup>(87)</sup>.

- d) *Funcionalismo neo-kantiano*.- Con el desarrollo aquí aludido el funcionalismo perdió su fundamento filosófico, por lo que llegado el momento se recurrió al pensamiento kantiano. Al existir una diferencia entre el *ser* y el *deber ser*, una noción clave para los postulados del imperativo categórico e hipotético, podía emplearse la obra de Immanuel Kant para sustentar un Derecho basado en la razón y que pudiese defenderse de la profunda crítica de Kirchmann<sup>(88)</sup>.

(82) MERRYMAN, John Henry. *Comparative law and social change: On the origins, style, decline & revival of Law and Development movement*, cit.; pp. 457 y siguientes.

(83) LEPAULLE, Pierre. *The function of comparative law with a critique of sociological jurisprudence*. En: *Harvard Law Review*, Volumen XXXV, n.º 7, 1922, pp. 838 y siguientes.

(84) POUND, Roscoe. *Law in the books and law in action*. En: *American Law Review*, Volumen XLIV, 1910, pp. 12-36.

(85) POUND, Roscoe. *What may we expect from comparative law*. En: *American Bar Association Journal*, Volumen XXII, 1936, pp. 56 y siguientes, *ivi* p. 59.

(86) MERTON, Robert K. *The unanticipated consequences of purposive action*. En: *American Sociological Review*, Volumen I, n.º 36, 1936, pp. 894 y siguientes.

(87) Resulta interesante constatar la amplitud de la visión de Pound en este punto, lo cual es puesto en evidencia por Von Mehren, Arthur Taylor, *Roscoe Pound and comparative law*. En: *American Law Review*, Volumen XIII, n.º 4, 1964, pp. 507 y siguientes, *ivi* pp. 509 y 512.

(88) Nos referimos a aquella lapidaria sentencia de “un plumazo del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papel mojado”.



## Sobre formantes, trasplantes e irritaciones

La conclusión de dicha labor fue que si bien la ciencia jurídica se relacionaba con universales, estos no eran jamás las reglas jurídicas, sino los problemas subyacentes, por lo que la comparación jurídica debía efectuarse respecto de aquellas reglas de sistemas diversos que afrontaban el mismo problema.

- e) *Funcionalismo de equivalencia*.- El desarrollo de todas las nociones sobre lo que es el funcionalismo o de cómo enfocarlo, así como por la labor asumida por los comparatistas a lo largo de los años, no causará sorpresa percatarse que instituciones similares pueden desempeñar funciones diversas en algún momento dado y en una sociedad determinada; y, correlativamente, que hay necesidades funcionales similares puede ser satisfechas por instituciones del todo distintas.

En este orden de ideas, se concluyó que había una equivalencia funcional de tales instituciones. Empero, no se ha aclarado si ello se refiere a los valores que subyacen a las soluciones más allá de la mera universalidad de aquellos problemas que los motivan. Si bien ello es un defecto de esta teoría también le permite cierta flexibilidad y el mérito de concluir que el desarrollo jurídico o el cambio que el Derecho sufre es meramente una posibilidad y no un hecho ineludible, por lo que el mismo resulta del todo contingente (no sería lineal). A tal efecto, se requerirá que el comparatista conozca la sociedad y no solo los elementos que lo componen vistos independientemente<sup>(89)</sup>.

Teniendo en consideración estas nociones abordaremos de manera más directa la opinión de Kötz sobre la perspectiva funcional en la comparación jurídica. A manera de ejemplo de que los comparatistas toman, por momentos indistintamente,

una u otra noción se puede recordar que la propia idea de función lleva, casi inherentemente, una visión teleológica y que ello se ve reforzado cuando se considera que sólo resultan del todo comparable aquellos sistemas que han alcanzado un grado de desarrollo similar<sup>(90)</sup> o cuando el devenir del Derecho se considera importante a efectos de determinar la función que cumple<sup>(91)</sup>. Mientras que las aspiraciones científicas del método pueden, en otros casos, verse frustradas cuando se acepta que la función se determina, a veces, por intuición<sup>(92)</sup>.

El inconveniente metodológico que ha sido detectado se explica por algo que ya ha sido mencionado precedentemente, Kötz (así como también Rheinstein, Rabel<sup>(93)</sup> y Pound) tiene una visión pragmática de la comparación jurídica y por ello lo hace una presa fácil para aquella crítica que exija rigor y sistematicidad. No obstante ello, o más bien precisamente por esta visión pragmática, esta perspectiva de la comparación nos ha legado un sugerente análisis de las funciones que puede desempeñar la *función* de las instituciones jurídicas. Un asunto al que tanta atención se le dispensó desde la consolidación misma de esta aproximación metodológica. Entre tales funciones se identifican: (i) la función epistemológica<sup>(94)</sup>; (ii) la función de lograr comparabilidad<sup>(95)</sup>; (iii) la función de enfatizar las similitudes<sup>(96)</sup>; (iv) la función de construir un sistema<sup>(97)</sup>; (v) la función de

(89) VALCKE, Catherine. *Comparative law as comparative jurisprudence: The comparability of legal systems*, cit.; pp. 720 y siguientes.

(90) Cfr. ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ. *Op. cit.*; p. 3, quienes en este punto recuerdan al comparatista francés Lambert.

(91) ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ. *Op. cit.*; p. 8.

(92) ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ. *Op. cit.*; p. 33.

(93) GERBER, David J. *System dynamics: Toward a language of comparative law?*, cit.; p. 722, resalta que la metodología que enfatiza la función/contexto fue inicialmente desarrollada por Rabel, la cual fue planteada para contribuir en el proceso de unificación jurídica.

(94) VAN HOECKE, Mark y Mark WARRINGTON. *Legal cultures, legal paradigms and legal doctrine: Towards a new model for comparative law*, cit.; pp. 495 y siguientes.

(95) GORDLEY, James. *Is comparative law a distinct discipline?*, cit.; p. 611.

(96) ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ, *Op. cit.*; p. 40.



## Renzo Saavedra Velazco

determinar el mejor derecho<sup>(98)</sup>; (vi) la función de preparar la unificación<sup>(99)</sup>; (vii) la función de proveer herramientas para la crítica jurídica<sup>(100)</sup>.

La visión pragmática de los funcionalistas, además de las ventajas y desventajas anotadas en el párrafo precedente, ha provocado que la mayoría de los estudios que siguen esta perspectiva aborden el análisis de una figura o situación específica, para con ello evitar abordar discusiones metodológicas. Por lo sugerente de la construcción que se observa en uno de esos trabajos, dedicado al análisis de la buena fe dentro del sistema inglés, creemos adecuado presentar brevemente algunos de sus perfiles más saltantes.

Como es conocido, en el *civil law*, particularmente en los sistemas de influencia germánica, el rol que despliega la buena fe es no solo muy amplio, sino que incluso se puede afirmar que es distintivo y esencial para la configuración de una serie relevante de otras instituciones así como definitorio

de la manera en que se concibe el Derecho. Por su parte, en el *common law*, y sobre todo en los sistemas de influencia inglesa<sup>(101)</sup>, esta noción solo es conocida por los comparatistas (y ello no significa que sea vista de manera favorable) o por los profesionales que tienen vinculación con el comercio con países del *civil law*, salvo el espacio reconocido en determinados cuerpos legales en el sistema estadounidense. En un contexto como el descrito, podría parecer solamente el ejercicio intelectual de un académico universitario el discutir como funcionaría la buena fe en un sistema como el inglés, sin embargo, ello no es así, puesto que no se toma en cuenta el papel de la unificación europea.

En los últimos años la Comunidad Europea ha ido promulgando una serie, más o menos

---

Si bien ello ha generado tres tipos de crítica:

- a) Por un lado, vulnera un principio medular del método científico: uno no debe probar sino poner a prueba la hipótesis de trabajo.
- b) Por otro lado, viola uno de los principios de la comparación: el comparatista no debe favorecer lo similar sobre lo distinto; o, si se quiere, viola un principio metodológico autoproclamado: la neutralidad.
- c) Finalmente, reduce el campo de aplicación de la comparación pues los elementos comunes no recaen en el todo y dependen de aspectos contingentes.

Al respecto, véase: CURRAN, Vivian Grosswald. *Cultural immersion, difference and categories in U.S. comparative law*. En: *American Journal of Comparative Law*, Volumen XLVI, n.º 1, 1998, pp. 43 y siguientes.

(97) ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ. *Op. cit.*; p. 38.

(98) RHEINSTEIN, Max. *Teaching comparative law*. En: *University of Chicago Law Review*, Volumen V, n.º 4, 1938, pp. 615 y siguientes, *ivi* p. 617, quien sostiene que "every rule and institution has to justify its existence under two inquiries: First: What function does it serve in present society? Second: Does it serve this function well or would another rule serve it better? It is obvious that the second question cannot be answered except upon the basis of a comparison with another legal system".

(99) Aspecto que se ha subrayado por la tendencia de la Comunidad Europea a promulgar normativa que pueda uniformizar ciertos aspectos jurídicos relevantes. Sobre el punto, véase: GERBER, David J. *System dynamics: Toward a language of comparative law?*, *Op. cit.*; p. 721.

(100) VON MEHREN, Arthur T. *An academic tradition for comparative law*. En: *American Journal of Comparative Law*, Volumen XIX, n.º 4, 1971, pp. 624 y siguientes.

(101) El énfasis en los sistemas que tienen influencia inglesa y no estadounidense se explica, aunque no sea un dato extensamente conocido por la mayoría de operadores jurídicos nacionales, porque en este último si existen expresas referencias a la buena fe en ciertos cuerpos normativos tales como el *Uniform Commercial Code* y en el *Restatement (Second) of Contracts*. Si bien el alcance que se le otorga a la buena fe es más bien restrictivo, su reconocimiento tanto en el formante legal como en el jurisprudencial existe (recordemos que un *Restatement* es sencillamente una recopilación de sentencias que son condensadas y sistematizadas en ciertas reglas jurídicas).

Para comprender las razones de ingreso de la buena fe en el sistema norteamericano es menester subrayar la enorme influencia que tuvo en la redacción del *Uniform Commercial Code*, un conocido y reconocido germanófilo como Karl Llewellyn (*Why we need the Uniform Commercial Code*. En: *University of Florida Law Review*, Volumen X, n.º 4, 1957, pp. 367 y siguientes).



## Sobre formantes, trasplantes e irritaciones

amplia de Resoluciones y/o Directivas, en las que se regula (o aconseja cierta regulación) respecto de algunos aspectos jurídicamente relevantes, todo ello con el fin de favorecer la consolidación del mercado común. Una de las Directivas cuya enorme trascendencia en este punto resulta innegable es la que se ocupa de la protección al consumidor. En tal Directiva se incorporó un artículo que califica como injusta (o, en un término más común entre nosotros, abusiva) a aquella disposición contractual que “contraria a las exigencias de la buena fe, cause un desbalance significativa entre los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato, en perjuicio del consumidor”.

Atendiendo a esta circunstancia, Gunther Teubner recuerda, en primer lugar, un hecho relevante, el rechazo a nivel jurisprudencial de la buena fe, lo cual se sustenta en la manera en que los ingleses piensan el Derecho<sup>(102)</sup>. Luego de ello, pasa a calificar a la buena fe como un virus que ha infectado al sistema jurídico inglés<sup>(103)</sup>, es por dicha razón que considera que tal *ataque* de un ente externo a tal organismo generará, casi con seguridad, una respuesta inmunológica de rechazo o, al menos, de irritación<sup>(104)</sup>.

Para comprender la teoría de los irritantes jurídicos (o *legal irritants*) hay que aclarar que la misma nace como una reacción crítica frente a la teoría de los trasplantes de Watson. Uno de los elementos que con mayor énfasis es criticado por Teubner es la metáfora de los *legal transplants*, puesto que da la falsa impresión de que la operación realizada, aunque complicada, permite que el ente trasplantado se adecue al nuevo ambiente y resulte sustancialmente idéntico a lo que era en su contexto origen, por lo que seguirá cumpliendo su misma función<sup>(105)</sup>. En este mismo orden de ideas, también sería equivocada la idea de que solamente existirían dos posibilidades de reacción: o

el organismo receptor rechaza el trasplante o bien integra a ese ente externo nuevo al organismo jurídico. En su opinión existen posibilidades del todo intermedias y que, a la larga, son preocupantes debido a su carácter contingente e inesperado.

Las razones de las críticas de Teubner se pueden escindir en dos ámbitos, por un lado, las objeciones de naturaleza contextual; y, por otro lado, los efectos que en el país importador tendrá el *trasplante*. Con respecto al primer punto, se llama la atención sobre las particulares características de una cultura jurídica, pues en última instancia tales elementos serán los que permitan o imposibiliten determinada importación. Para este punto se emplean ciertos argumentos culturalistas que son expresados por Pierre Legrand, quien sostiene, como veremos más adelante, que los sistemas jurídicos (en particular los europeos) no están convergiendo propiamente, sino que este fenómeno se limita al dato de la norma positiva puesto que las estructuras de base del Derecho (y sus diversas manifestaciones) hace que cada institución permanezca históricamente única<sup>(106)</sup>. Es por el empleo de tal perspectiva de análisis que se comprende mejor las objeciones de Teubner hacia la propuesta de trasplantes jurídicos, en atención a que uno de los autores que con mayor fuerza cuestiona tal argumentación es el propio Legrand.

- 
- (102) TEUBNER, Gunther. *Legal irritants: Good faith in british law or how unifying law ends up in new divergences*, *Op. cit.*; p. 11. Para un interesante análisis sobre las características en que los juristas del *common law* razonan o perciben el Derecho véase: LEGRAND, Pierre. *European legal systems are not converging*, *Op. cit.*; pp. 64-74.
- (103) GOODE, Roy. *The concept of “good faith” in English law*. En: *Centro di Studio e ricerche di diritto comparato e straniero* dirigido por M. J. BONELL, *saggi, conferenze e seminari*, n.º 2, Roma, 1992. Disponible en web: <http://servizi.iit.cnr.it/~crdcs/crdcs/frames2.htm>.
- (104) TEUBNER, Gunther, *Op. cit.*; p. 12.
- (105) Para transmitir esa idea recuerda la imagen que Otto Kahn-Freund (*Op. cit.*; pp. 5-6) sugiere sobre la diferencia entre un trasplante entendido en términos mecánicos de un trasplante entendido en el sentido orgánico.
- (106) Cfr. LEGRAND, Pierre, *The impossibility of “legal transplants”*. En: *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Volumen IV, 1997, pp. 111 y siguientes. (citado por Teubner, Gunther, *Op. cit.*; p. 14).



## Renzo Saavedra Velazco

Sin perjuicio de lo anterior, Teubner emplea parcialmente la estructura que es criticada para construir su propia teoría. En efecto, reconoce que la construcción de los *legal transplants* tiene el mérito de explicar, a través de sólidas evidencias empíricas, la existencia de interrelación entre sistemas jurídicos con la consecuente importación o exportación de sus reglas a pesar de las diversas estructuras socio-económica, lo cual permite comprender porque la comparación jurídica debe estudiar la interrelación entre los sistemas (y no las reglas foráneas), que la principal fuente de la mutación sean los trasplantes jurídicos y que muchos de tales cambios se efectúan al margen de los cambios sociales<sup>(107)</sup>. Si bien efectúa estas afirmaciones, que lo aproximan mucho a la posición de Watson, realiza algunas acotaciones en el sentido que el trasplante se ha de producir no por fuerza de la búsqueda de respaldo por parte de los operadores sino por la lógica interna del discurso jurídico que lo torna auto-referencial y por ende crea una preferencia para las transferencias entre los sistemas. Por su parte, sobre el tema del aislamiento de la mutación jurídica respecto de los cambios sociales, si bien es del todo correcto que ello ocurre por lo general, no es menos cierto que existen casos en los que la mutación ha sido producida por una influencia de elementos político<sup>(108)</sup>.

La idea de los irritantes se coloca en un punto intermedio entre la negación del trasplante planteada por Legrand y la posición de Watson que propugna una difusión generalizada a través de trasplantes<sup>(109)</sup>. Con ello, se describe que los trasplantes no se limitan a alterar, en todo o en parte, el sentido de la regla importada sino que una vez producida la incorporación de ella a un sistema jurídico se producen efectos del todo inesperados en el nuevo contexto en el que se desarrolla (el cual también tendrá que adaptarse no solamente a nivel discursivo sino también a nivel de reconstrucción de su lógica interna). Evidentemente, en el caso analizado por Teubner, la buena fe puede tener más de un efecto desestabilizador en un sistema como el inglés en el que ciertas manifestaciones

de tal concepto resultan del todo extrañas e incluso opuestas a los postulados sobre los que se erige su Derecho Contractual.

### **5. La lectura postmoderna de la comparación jurídica: Las construcciones de Somma y Legrand**

Como se observa, la mayor parte de las críticas que se efectúa a la comparación jurídica o a sus métodos se centran en gran medida en la tendencia a la neutralidad y a la búsqueda de objetividad en aras de lograr un conocimiento propiamente científico y de carácter técnico. Frente a tales circunstancias surge la aproximación *nihilista* que nos lleva a observar las narraciones como un fenómeno constitutivo del pasado<sup>(110)</sup>. Tal aproximación se funda en una visión postmoderna de la comparación jurídica que nos lleva a rechazar la dimensión histórica de los eventos que se analizan y se configura, (en términos simples) como una reacción a aquella tendencia, propia de las corrientes funcionalistas y estructuralistas, que parten de dicha dimensión para luego confirmar sus teorías (pero excluyendo un período de tiempo)<sup>(111)</sup>.

El sentido del rechazo de la dimensión histórica por parte de los comparatistas postmodernos tiene como propósito enfatizar las diferencias entre los sistemas<sup>(112)</sup>. A tal efecto, se presta especial atención a los eventos que rodean al fenómeno estudiado, y ello sólo es admisible

(107) TEUBNER, Gunther. *Op. cit.*; pp. 15-16.

(108) Cfr. EWALD, William. *The American revolution and the evolution of law*. En: *American Journal of Comparative Law Supplement*, Volumen XLII, 1994, pp. 1 y siguientes.

(109) SOMMA, Alessandro. Tanto per cambiare... mutazione del diritto e mondializzazione nella riflessione comparatistica, *Op. cit.*; p. 560.

(110) SOMMA, Alessandro. *At the patient's bedside? Considerations on the methods of comparative law*, *Op. cit.*; p. 30.

(111) JAYME, Erik. *Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione*. En: *Reviste de Diritto Civile*, 1997, I, p. 814.

(112) JAYME, Erik. *Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione*, *Op. cit.*; pp. 814-816.



## Sobre formantes, trasplantes e irritaciones

en tanto se limite a períodos de tiempo reducidos puesto que de ampliarlo surgirían las similitudes a las que tanta atención le prestan los funcionalistas; o bien, por otro lado, evidenciarían las influencias que tendencialmente podrían existir entre sistemas diversos (asunto al que le prestan mayor atención los estructuralistas). La comparación jurídica tradicional tendría, por lo tanto, que ser criticada por no dar la atención debida a aquellos elementos que evidencian que el razonamiento, el lenguaje y los juicios se encuentran determinados por un marco epistemológico, lingüístico, cultural y moral de carácter ineludible e incommensurable.

Con tales premisas, añadiendo el concepto de *herméneutique amplifiante*, puede explicarse en términos sencillos aquella percepción de que toda cultura jurídica debe ser decodificada con el objeto de descifrar tanto el significante como el significado de las instituciones a ser estudiadas<sup>(113)</sup>. Ello, sin embargo, se deberá conjugar con la idea de que el conocimiento de las culturas jurídicas es el fruto de la interpretación personal del operador jurídico, asunto que deja a las claras el origen *nihilista* de esta forma de observar dichos fenómenos, por lo que el resultado de tal proceso es una *invención* o probablemente sólo una *narración*. Vistas así las cosas el objetivo de centrarnos en las diferencias se afianza, sobre todo cuando se cae en la cuenta que la comparación jurídica efectúa un análisis diferencial que debe enfatizar dichas diferencias entre los eventos o nociones comparadas, tan es así que quienes propulsan teorías o prácticas de unificación jurídica no harían más que oponerse a la comparación jurídica.

Por ello Legrand sostiene que el Derecho no es más que una herramienta que es empleada por el sector dominante de la sociedad para establecer o bien mantener un orden social determinado. Con ello la lucha por el poder se traslada a un campo de naturaleza distinta: el del discurso jurídico. Tal campo es en el que con mayor éxito se han movido los juristas y comparatistas occidentales a lo largo de los años, con lo cual el rol que debe desempeñar un comparatista es la de abandonar tal forma de observar los fenómenos e intentar revelar esos intentos de atribuir poder (o mantenerlo) que se encuentran ocultos en los discursos técnico-jurídicos.

La conclusión de la posición de Legrand es simple: los trasplantes jurídicos son un imposible, en la medida que siempre existe un componente cultural en toda figura doctrinal, legal o jurisprudencial que como tal no es susceptible de importación. En tal sentido, lo único que se respetaría en los fenómenos de trasplante o de préstamo jurídico sería la literalidad o el significante del discurso más no el contenido de aquél. Si ello es así tendría que rechazarse de raíz los planteamientos que consideran como el motor de la mutación jurídica a los trasplantes o la importación jurídica; e incluso se daría un paso adicional, que es del todo consistente con lo que se ha expuesto, afirmar la incommensurabilidad de los sistemas jurídicos<sup>(114)</sup>. La noción de base de esta teoría es particularmente sencilla: el Derecho como fenómeno no resulta cognoscible si es que no se atiende al contexto en el que se ha creado y desarrollado, pero recuérdese, que esta atención sólo se dispensa al espacio-temporal limitado en el que se ha desarrollado la institución objeto de análisis y no se debe extender más allá de esos límites, so riesgo de caer en las perspectivas historicistas que se critican a las teorías difusionistas.

Por su parte, Somma parte de la idea que aún en la actualidad la mayor parte de los académicos se encuentran afectados por los postulados del positivismo, el cual les hace concebir al Derecho como un sistema completo y coherente, redundando en que la regla jurídica es única y unívoca. Estos efectos se perciben en las aproximaciones que pretenden dar un velo de objetividad y neutralidad a la comparación jurídica, en particular cuando se estudia los sistemas puesto que, siguiendo a esta corriente de opinión, el conocimiento

(113) SOMMA, Alessandro. *At the patient's bedside? Considerations on the methods of comparative law*, *Op. cit.*; p. 33.

(114) GAMBARO, Antonio. *The Trento theses, en Global Jurist Frontiers*, Volumen IV, n.º 1, art. 2, 2004, p. 7. Disponible en web: <http://www.bepresiguentes.com/gj/frontiers/vol4/iss1/art2>.



## Renzo Saavedra Velazco

jurídico podrá ser alcanzado a través de un proceso del todo empírico e inductivo. En cambio, los comparatistas de esta corriente adoptan las críticas que en virtud a las ciencias sociales se pueden elevar contra el positivismo, por lo que conciben que el conocimiento jurídico se alcanza de manera deductiva, y a menudo resulta solamente una probabilidad, por lo que el conocimiento siempre será incompleto y afectado por los sesgos particulares del observador.

Al efectuar tal constatación, Somma da el siguiente paso natural, concibe que no sólo debe ser estudiado el poder sino también los discursos que son empleados para su creación o consolidación, tal tarea debe ser efectuada por los comparatistas a fin de analizar las técnicas y los valores o, en otros términos, el discurso jurídico y el orden social que este promueve<sup>(115)</sup>. Con esa información el comparatista podrá identificar el valor a promover y el sistema necesario para alcanzarlo.

En tal sentido las críticas postmodernas son cuanto menos las siguientes:

- a) La comparación jurídica *clásica*, por llamarla de alguna manera, es sólo la proyección de la imaginación del académico<sup>(116)</sup>, en tanto que no existe un punto de vista externo que nos permita describir, comparar y evaluar cada específica solución jurídica.

Al no existir tal punto de partida, el comparatista deberá aceptar que otros tienen diversas verdades<sup>(117)</sup>. Asimismo, debido a la ausencia de un común<sup>(118)</sup> denominador

que garantice la posibilidad de hallar significados neutrales y objetivos, lo cual era la propuesta metodológica de las tesis difusionistas y funcionalistas<sup>(119)</sup>, se evidencia que el Derecho en su conjunto se encuentra determinado por marcos epistemológicos, lingüísticos, culturales y morales que resultan inevitables<sup>(120)</sup>. La conclusión natural de estas afirmaciones es la imposibilidad de los trasplantes jurídicos y, por tanto, la comparación no será concebida como una herramienta para la reforma (o la armonización) del Derecho, sino más bien como un proyecto político de crítica<sup>(121)</sup>.

- b) Aún cuando el comparatista intente abstenerse de efectuar una evaluación en su investigación, la misma se encontrará llena de juicios<sup>(122)</sup>. La razón de ello es simple, nos encontramos irremediablemente sesgados por nuestro propio marco de referencia, por lo que todo intento de alcanzar neutralidad es meramente una ilusión. Esos intentos de neutralidad no hacen más que ocultar las perspectivas euro-céntricas de los intérpretes que provocan que veamos y evaluemos a los otros en función a nosotros mismos<sup>(123)</sup>.

(115) SOMMA, Alessandro. *At the patient's bedside? Considerations on the methods of comparative law*, *Op. cit.*; p. 42.

(116) Al respecto, véase: KENNEDY, David, *New approaches to comparative law: Comparativism and international governance*. En: *Utah Law Review*, n.º 2, 1997, p. 554.

(117) CURRAN, Vivian Grosswald. *Cultural immersion, difference and categories in U.S. comparative law*, *Op. cit.*; p. 91.

(118) En efecto, tal y como lo resalta VALCKE, Catherine. *Comparative law as comparative jurisprudence: The comparability of legal systems*, *Op. cit.*; pp. 720-721, para efectuar comparación se requiere tanto de unidad cuanto de pluralidad.

(119) PETERS, Anne y Heiner SCHWENKE. *Comparative law beyond post-modernism*. En: *International and Comparative Law Quarterly*, Volumen XLIX, n.º 4, 2000, p. 811.

(120) FRANKENBERG, Günter. *Stranger than paradise: Identity & politics in comparative law*. En *Utah Law Review*, n.º 2, 1997, p. 270; y, Gerber, David J., *System dynamics: Toward a language of comparative law?* *Op. cit.*; p. 723.

(121) Sobre este punto resulta ilustrativa la posición de KENNEDY, David. *New approaches to comparative law: Comparativism and international governance*, *Op. cit.*; p. 633.

(122) CURRAN, Vivian Grosswald. *Cultural immersion, difference and categories in U.S. comparative law*, *Op. cit.*; p. 58.

(123) FRANKENBERG, Günter. *Critical comparisons: Re-thinking comparative law*. En: *Harvard International Law Journal*. Volumen XXVI, 1985, pp. 411 y siguientes, *ivi* p. 414.



## Sobre formantes, trasplantes e irritaciones

La conclusión de tal circunstancia es que el comparatista no podrá superar los límites de su propia percepción del Derecho y afectará la manera en la que selecciona la información, la depura y la organiza<sup>(124)</sup>.

- c) Dado que el conocimiento depende del marco que lo genera y por el hecho que la corriente postmoderna presta atención en el poder y en el Otro<sup>(125)</sup>, la verdad como tal no existe, ni mucho menos la búsqueda de ella, con lo que se concluye que todo es una ideología. Vale decir, un constructo teórico cuyo propósito es ganar, cimentar y justificar el ejercicio del poder en total desmedro, dominación y discriminación del Otro<sup>(126)</sup>.

Tal objetivo se lograría al incorporar al Otro a nuestro sistema de referencia y con ello provocar su desaparición como un punto de referencia distinto y externo. La comparación jurídica tradicional sería, por tanto, solamente un proyecto ideológico que obedece una específica agenda política secreta (o, en todo caso, lo hace de manera inconsciente), a saber: la hegemonía. Objetivo que se logra a través de la asimilación o de la exclusión del Otro<sup>(127)</sup> puesto que permitiría que se perpetúe el esquema occidental y el poder de sus élites<sup>(128)</sup>.

En el contexto descrito es sencillo comprender porque se considera que el *mainstream* comparatista tiene una actitud acrítica sobre las necesidades sociales y económicas, por lo que (hipotéticamente) tenderían a una forma de

conservadurismo, aspecto que es ocultado bajo la faz de la neutralidad y objetividad.

- d) En consideración a todo lo anterior es claro que toda construcción o teoría construida por los comparatistas tradicionales, así como por cualquier otro operador, debe ser re-examinada a fin de revelar los marcos específicos en los cuales se funda y, desde luego, la agenda política a la que sirve de una u otra manera<sup>(129)</sup>.

Asimismo, la mayoría de las clasificaciones tienen una manifiesta impronta occidental puesto que suelen tener como categoría residual al Otro, como sucedía con la clasificación de David, o califican a otras culturas como no-desarrolladas, primitivas, etcétera. En dicho sentido, la labor del comparatista no debiera centrarse en calificar sino en evidenciar los aspectos inarticulados e incluso silenciosos que se desarrollan en el Derecho.

- e) Por último, existe una crítica puntual que se encuentra dirigida a arremeter contra la visión funcionalista, la cual se funda en la idea implícita, o cuanto menos no manifiesta, de que existe un universalismo al analizar fenómenos jurídicos<sup>(130)</sup>. Nos

(124) Schlag, Pierre, *Normativity and the politics of form*, *Op. cit.*; pp. 808 y 812.

(125) CURRAN, Vivian Grosswald. Comparative law's potential for broadening legal perspectives. En *American Journal of Comparative Law*, Volumen XLVI, n.º 4, 1998, p. 657.

(126) SCHLAG, Pierre. *Normativity and the politics of form*, *Op. cit.*; pp. 803-804.

(127) PETERS, Anne y Heiner SCHWENKE. *Op. cit.*; p. 823.

(128) Cfr. OLSEN, Frances. *The drama of comparative law*. En: *Utah Law Review*, n.º 2, 1997, p. 278; KENNEDY, David. New approaches to comparative law: Comparativism and international governance, *Op. cit.*; p. 619; y, FRANKENBERG, Günter. Stranger than paradise: Identity & politics in comparative law, *Op. cit.*; p. 261.

(129) CURRAN, Vivian Grosswald. *Cultural immersion, difference and categories in U.S. comparative law*, *Op. cit.*; p. 48; y VALCKE, Catherine, *Comparative law as comparative jurisprudence: The comparability of legal systems*, *Op. cit.*; p. 723.

(130) Cfr. FLETCHER, George P. *The universal and the particular in legal discourse*, en *Brigham Young University Law Review*, n.º 2, 1987, pp. 335 y siguientes, *ivi* p. 350, quien luego de resaltar las diferencias básicas entre las nociones estadounidenses y germanas sobre la personalidad, afirma, con su acostumbrada lucidez, que "I am advocating an approach to comparative law that takes these linguistic particularities as the starting point for an analysis of our divergent legal cultures. There are differences among the legal system of the industrial world which are greater than they appear to the functionalist eye. There is little to be gained by ignoring the richness of legal languages", por ello concluye que "this functional resemblance, I would argue, remains superficial unless we know the doctrinal depths from which the instances of convergence emanate. The only



## Renzo Saavedra Velazco

referimos al reconocimiento de necesidades semejantes en los diversos sistemas, a lo que la corriente funcionalista ha denominado la equivalencia funcional de las instituciones o figuras jurídicas.

La existencia de funciones sociales universales sería sólo una quimera<sup>(131)</sup>, si bien habría que admitir que resulta comprensible que una tendencia de este tipo, centrada en la búsqueda de semejanzas<sup>(132)</sup>, se perciba con fuerza precisamente en la generación de académicos europeos que se trasladaron a diversos países (entre ellos Estados Unidos) para huir de la persecución nazi. Dichos académicos, coincidentemente, fueron quienes establecieron las bases de la comparación jurídica en el sistema estadounidense, y en específico la corriente funcional de la comparación<sup>(133)</sup>. Se considera que la visión centrada sólo en las semejanzas incurrirá luego, sobre todo por la influencia innegable de la (ilusión de) objetividad y neutralidad, en un tipo de conservadurismo, con lo cual se evitará abordar aquellos problemas o debates más relevantes, conformándose con resaltar aquello que de común existe entre los sistemas<sup>(134)</sup>.

### 6. ¿El fin de la comparación jurídica?: Crítica a la posición postmoderna

A la posición postmoderna se le puede responder a todas las críticas expuestas en el numeral precedente de manera más o menos sencilla. Ello, fuera de que muchas de las replicas dejan muy mal parada a la visión postmoderna, evidencia la necesidad de replantear el enfoque de la comparación

jurídica. A fin de acometer dicha tarea no se puede olvidar que la comparación jurídica no es únicamente un área de las ciencias sociales (y que, por lo tanto, requiere de aportes culturalistas como los evidenciados por las posiciones *nihilistas*) sino que también lo es del Derecho (por lo que no sólo un aspecto práctico debe ser perseguido, al cual se le agregará de modo incuestionable un afán de sistematización científico con el objeto de lograr su empleo por parte de los operadores jurídicos, so riesgo de que las discusiones comparatistas se conviertan meramente en metafísica o peor aún generen, de una u otra manera, su extinción<sup>(135)</sup>).

En tal sentido las respuestas a las críticas postmodernas serían las siguientes:

- a) La primera crítica se centra en considerar inútil cualquier esfuerzo dirigido a comparar *objetos* que son incomparables *per se*. Ello, como es fácil darnos cuenta, importa asumir una posición relativista fundada en los marcos de referencia que cada sistema desarrolla. Creemos que hasta allí el asunto no presenta mayor complejidad, sin embargo, resulta curioso que ello no sea afirmado, expresamente, por los comparatistas postmodernos e incluso se evite emplear lenguaje inherente a esta posición<sup>(136)</sup>.

---

*way to plumb these depths is to recognize linguistic divergence as clues to deeper disagreements of instinct and inclination in reasoning about legal problems”.*

(131) KENNEDY, David. *New approaches to comparative law: Comparativism and international governance*, Op. cit.; p. 590.

(132) CURRAN, Vivian Grosswald. *Comparative law's potential for broadening legal perspectives*, Op. cit.; pp. 665-667.

(133) CURRAN, Vivian Grosswald. *Cultural immersion, difference and categories in U.S. comparative law*, Op. cit.; pp. 66-78.

(134) De la exposición de ideas de REITZ, John C. *How to do comparative law*, Op. cit.; pp. 620-623, se puede extraer su percepción sobre la posibilidad de emplear una visión amplia de la comparación que partiendo de los elementos comunes se pueda observar su equivalencia funcional y con ello, de ser el caso, resaltar diferencias.

(135) VON MEHREN, Arthur T. *An academic tradition for comparative law*, Op. cit.; p. 629, quien plantea dos tipos de estudios, por un lado, una que denomina estudios comparativos de sociedades, el cual toma herramientas de la sociología y antropología con la intención de que al aclarar la visión sobre los aspectos jurídicos se logrará una mayor comprensión de la sociedad; y, por otro lado, un estudio más convencionalmente jurídico que intenta fortalecer la comprensión de los operadores jurídicos.

(136) Al respecto resultan ilustrativas el siguiente pasaje atribuible a LEGRAND, Pierre. *European legal systems are not converging*, Op. cit.; p. 56, en el que hablando de la cultura sostiene que “ocupa un lugar intermedio entre lo que es común a todos los



Como se sabe, el relativismo es una posición que niega tanto la existencia de conocimiento universal (relativismo epistemológico) cuanto de normas universalmente válidas (relativismo moral). El relativismo en el que se basa la lectura postmoderna de la comparación es una combinación de estas dos vertientes, con lo cual es susceptible de recibir las mismas críticas que se plantean en contra de ellas.

El discurso con realces culturalistas de autores como Legrand que afirman la influencia del marco de referencia incurren en una clara contradicción. En efecto, si, por un lado, sostienen que dos personas de culturas distintas no pueden nunca tener teorías de carácter conmensurable entonces: ¿cómo podrían ellos convencer a otras personas de distintas culturas a las suyas de que es cierta su postura culturalmente relativista si es que no existe, al menos, un punto de contacto que permita dicha comprensión?<sup>(137)</sup> En tal sentido, cualquier esfuerzo que realicen en ese sentido sería precisamente inútil.

Por otro lado, una posición de este tipo estaría afirmando, implícitamente, la naturaleza impermeable, cerrada e inmutable de las culturas<sup>(138)</sup>. Aspectos que no sólo son difícilmente aceptables en el plano abstracto sino que estudios como los de Watson, en los que existe enorme evidencia empírica, echan por tierra con facilidad. Incluso la forma de vida actual tiende, como es por demás claro, a hacer aún más borrosa las fronteras (por demás gaseosas) entre las culturas, piénsese en la influencia de la *mass media*, del comercio o sencillamente de las inmigraciones constantes (sean estas permanentes o no).

Un dato adicional que resulta ilustrativo de la imposibilidad de admitir una lectura relativista extrema como la sugerida por la corriente postmoderna de la comparación es que un relativismo de este tipo permitiría sustentar tanto las violaciones de derechos fundamentales como la existencia misma de un régimen dictatorial. Si los valores no son universalmente válidos, como se sostiene en la vertiente moral del relativismo, entonces podría afirmarse

la naturaleza foránea de los valores que sirven de base a la construcción de tales derechos (pues, en sí mismos, no son más que una retórica occidental y eurocéntrica que busca consolidar el poder de las élites -un argumento que creemos no es del todo ajeno en nuestro medio, tal y como la historia política reciente nos lo demuestra- que la perpetúan).

- b) La segunda crítica se centra en el sesgo creado por nuestros marcos de referencia y se alimenta de la premisa de que ellos son cerrados. Sobre tal equívoca percepción de los marcos de referencia nos remitimos a lo que se ha expuesto en el punto precedente.

Sin embargo, algo tenemos que decir sobre el sesgo o tendencia a emplear nuestros propios marcos de referencia, cuestión que es duramente criticada por los comparatistas postmodernos. Al igual que en el caso anterior es por demás interesante constatar que la propia posición de los postmodernos es la que marca la pauta para criticar su construcción

En efecto, para que los propios postmodernos puedan superar la crítica que *detectan* en los comparatistas tradicionales deberían colocarse, al igual que su propia crítica, en una posición que se encuentre *más allá* de los marcos de referencia de los comparatistas tradicionales (porque de lo contrario no podrían darse cuenta del sesgo) y de sus propios marcos de referencia. El último punto es incluso más interesante, si ellos mismos y sus discursos no pueden superar sus propios marcos de referencia, los comparatistas que asumen

seres humanos (si, en efecto, existe tal commonality) y lo que es único a cada individuo. La cultura se refiere a aspectos que no son universales pero que trascienden al individuo”.

(137) PETERS, Anne y Heiner SCHWENKE. *Op. cit.*; p. 814.

(138) MONATERI, Pier Giuseppe. *Everybody's talking: The future of comparative law*, *Op. cit.*; p. 839.



## Renzo Saavedra Velazco

esta posición debieran aceptar que: (i) su propio discurso no sería más que un constructo generado para obtener o mantener el poder, por lo que tiene una agenda no-expresa, vale decir, sería meramente un discurso sesgado y con una intención conservadora; y, (ii) para superar la peligrosa afirmación anterior, que mina su propia legitimidad, que importa aceptar la posibilidad de hacer a un lado los marcos de referencia, lo cual de acuerdo a las bases de esta posición, y que sirven de fundamento para efectuar la crítica a las corrientes difusionistas y funcionalistas, resulta un imposible<sup>(139)</sup>.

Incluso el admitir que, de alguna manera, se puede superar el propio marco de referencia es un duro golpe para esta posición puesto que significaría que también los comparatistas *tradicionales* podrán hacerlo, salvo que se considere que estos últimos carecen de alguna virtud personal que sí se encontraría presente en los postmodernos o que tal posibilidad de superar el marco de referencia sólo se presente en la metodología postmoderna, lo cual tendría que ser demostrado<sup>(140)</sup>.

- c) La tercera crítica que aduce que a los comparatistas tradicionales no les interesa la verdad sino, en realidad, el poder<sup>(141)</sup>, a través del cumplimiento de una agenda política secreta; también se encuentra imbuida de elementos tomados del relativismo, y para ser un tanto más precisos de un relativismo epistemológico.

En razón a este último aspecto ya hemos efectuado las críticas que merece tal manera de aproximarnos a los fenómenos estudiados cuando se refutó la primera crítica. En términos sencillos, si no existen verdades sino sólo los discursos que intentan ocultar las aspiraciones de poder de determinados grupos. Al ser ello así, entonces la propia posición postmoderna no puede irrogarse el carácter de verdad (¿cómo podría hacerlo si es que la verdad no existe!)<sup>(142)</sup>, por lo que debería aceptar que ella misma es sólo un discurso que oculta una aspiración de poder, y a renglón seguido negar que pueda ser vista como una teoría o un discurso científico sino meramente retórica.

Si bien no negamos que existan trabajos o propuestas que tengan como fin último encubrir una intervención política o una aspiración de poder, negarlo sería pecar de inocentes, creemos que no se puede atribuir tal carácter, de manera tan alegre, a todos los trabajos y creaciones teóricas. Con lo cual se tendría que analizar cada trabajo o construcción para obtener una cabal comprensión del tema y estar en

(139) LEGRAND, Pierre. *Comparative legal studies and commitment to theory*, *Op. cit.*; p. 266, quien afirma con total claridad "la comparación objetiva es imposible, en tanto que el prejuicio no puede ser superado nunca. Siempre existirá una medida de sugestión de parte de la cultura en el acto de comparación: la empresa comparativa no puede hacerse en ausencia de valores. En primer lugar, uno no puede nunca ser observador de uno mismo como observado. En segundo lugar, la cultura jurídica doméstica es necesariamente proyectada en el contexto jurídico ajeno"; y PETERS, Anne y Heiner SCHWENKE. *Op. cit.*; p. 821.

(140) Así como la propia afirmación de que la comunidad científica se encuentra occidentalizada o tiene un sesgo occidental. La razón de ello es sencilla, si académicos de otras latitudes (vale decir, que no pertenezcan a occidente, o en términos más claros a Europa o los Estados Unidos) coinciden en las conclusiones y/o método, la pregunta que surge es: ¿de qué sesgo estamos hablando?, ¿no debiera encontrarse sólo presente en las categorías occidentales y sus profesionales, en lugar de también en los no-occidentales? Incluso si la respuesta fuese de que también puede presentarse en los no-occidentales, tendría que absolverse una interrogante: ¿por qué habría que considerar que esa concordancia de conclusiones y metodología es una imposición, en lugar de un desarrollo autónomo y auténtico, o al menos una adhesión consciente y libre?

(141) Por lo que podría ser incluida dentro de las denominadas teorías del espejo [o *mirror theory*], esto es, una teoría que considera que el Derecho no es más que el reflejo de un conjunto de fuerzas (tal como la política, la economía, etcétera), y por ello ser susceptible de las lapidarias críticas de Ewald, William, *Comparative jurisprudence (II): The logic of legal transplants*. En: *American Journal of Comparative Law*, Volumen XLIII, n.º 4, 1995, pp. 489 y siguientes.

(142) AINSWORTH, Janet E. *Categories and culture: On the 'rectification of names' in comparative law*, *Op. cit.*; p. 25.



## Sobre formantes, trasplantes e irritaciones

capacidad de catalogar adecuadamente a cada figura doctrinal, norma o precedente.

- d) La cuarta crítica gira en torno a que las categorías y demás clasificaciones se encuentran influenciadas por el marco de referencia del agente que las genera sino también por la específica agenda política que esta llamada a cumplir.

Empero, como se ha visto la crítica pierde fuerza por las razones expuestas en los numerales precedentes: no siempre una construcción sigue agendas políticas subalternas (si bien tiene como premisa determinada posición en el campo de la política así como también de la filosofía, economía, etcétera). En este orden de ideas, el proceso de clasificar se funda en la comparación de los objetos de análisis a fin de resaltar algunos elementos comunes y si bien estos elementos se seleccionan no significa que siempre esa decisión estará imbuida de motivaciones exógenas o que no pueda ser ajustada. Este aspecto es particularmente importante en el campo que nos convoca pues el propósito de efectuar las clasificaciones tiene una marcada vocación de ordenar el conocimiento o facilitar el análisis.

Sin perjuicio de lo anterior, y un tema que no es suficientemente resaltado, es que los esfuerzos de clasificación que se observan en el campo de la comparación jurídica no son apriorísticos sino que se presentan luego de la investigación (y no sólo de carácter intelectual sino sustentada en datos de la realidad). Es por ello que no negamos la posibilidad de crítica. Empero, acometer una labor clasificatoria lleva, de manera inherente, el riesgo de no recoger los elementos medulares que permitan construir una propuesta adecuada y, por ende, se deberá sencillamente re-examinar las taxonomías (como, inspirándonos en estas mismas ideas, hemos efectuado a lo largo de las primeras páginas del presente estudio). Dicha labor reconoce uno de los extremos de la discusión que es ásperamente rechazada por la visión postmoderna en el campo de la comparación jurídica: “que sujetos que no pertenecen a una determinada cultura jurídica pueden llegar a comprender sus estructuras de

manera más o menos articulada y, como consecuencia, sugerir maneras en las que se estudien de manera comparada”.

- e) La quinta crítica es básicamente una objeción contra el funcionalismo en el campo de la comparación jurídica, dirigida a subrayar que tal corriente no le dispensa la atención adecuada a elementos relevantes que diferencian a un sistema jurídico de otro. Tal afirmación se encuentra influenciada por varios de los aspectos a analizados: el sesgo de nuestros marcos de referencia, el carácter oculto de los discursos jurídicos como instrumentos para legitimar el poder y/o perpetuarlo, etcétera. En tal sentido, dar cuenta de ella no importará una labor excesivamente compleja, empero si tiene extremos que brindarán enfoques alternativos de análisis.

En efecto, la idea de los comparatistas postmodernos es que al subrayar la función que cumple determinada figura doctrinal, regla jurídica o precedente jurisprudencial cumple para satisfacer necesidades sociales, se pasa por alto que en los hechos cumplen más de una función, simplificando de modo excesivo e injustificado los fenómenos; sobrevalorando el dato empírico, el cual en ocasiones puede contradecir otros datos relevantes que merecen ser sopesados.

Empero, ello no resulta del todo cierto, las funciones que desempeñan las diversas instituciones jurídicas son analizadas a diversos niveles y variará incluso de cultura a cultura, por lo que la aproximación funcional no resulta tan sencilla como se cree y puede producir resultados complejos<sup>(143)</sup>. Como prueba de ello

(143) Cfr. WATSON, Allan, *Legal transplants: An approach to comparative law*, 2da. edición, University of Georgia Press, Atenas y Londres, 1993, p. 4 (citado por PETERS, Anne y Heiner SCHWENKE. *Op. cit.*; p. 828).



## Renzo Saavedra Velazco

podemos ofrecer el hecho que la elección de lo que resulta el *tertium comparationis* se encuentra determinado al arbitrio de quien hace la observación, esto es, la función a valorar y la manera en que se efectúa la determina cada investigador. La consecuencia de ello es que aún desde un punto de vista meramente técnico es posible que se privilegien visiones economicistas (dentro de la corriente del *comparative law and economics*), jurídicas (en donde el interés se centre en la claridad de la enunciación de la institución, su coherencia con el resto del sistema, su eficacia, etcétera), políticos (sea para proteger a la élite o bien a grupos que, por una u otra razón, se desea beneficiar), etcétera.

Tal vez el lector crea, llegado a este punto, que sostendremos la plena y cabal vitalidad de la comparación jurídica<sup>(144)</sup>. Lamentablemente ello no será así<sup>(145)</sup>, si bien somos de la opinión que es una de las aproximaciones que con mayor éxito (casi al mismo nivel que el análisis económico) puede ser empleada en el estudio de los fenómenos jurídicos, sin mencionar que es ampliamente utilizada por los académicos, sobre todo europeos. Las razones que nos llevan a considerar que la comparación jurídica sufre -si se quiere- de una enfermedad se centran, en gran parte, en lo que ha sido abordado en el presente estudio: *la discusión excesivamente teórica con respecto al método que la caracteriza*.

En efecto, es conocido el poco interés que la comparación jurídica ha generado en el sistema estadounidense, existen una multiplicidad de factores que contribuyen a tal rechazo. Algunas explicaciones que se han ensayado son: (i) que al ser los Estados Unidos el país que ostenta tanto el liderazgo intelectual como jurídico (por el fenómeno de *Americanization*) no se presenta o se siente ninguna necesidad real de dispensarle atención a lo que sucede fuera de sus fronteras<sup>(146)</sup>; (ii) que si se busca en el extranjero siempre se podrá encontrar una posición que sustente lo que se desea, con lo cual no es una auténtica forma de buscar un sustento para una decisión jurídica<sup>(147)</sup>; y, (iii) que aún dentro de la misma comparación jurídica se tienen posiciones que complican, de modo un tanto incomprensible, el análisis de los fenómenos a estudiar y que incluso si se aplicasen directamente nos llevarían a negar utilidad al propio método<sup>(148)</sup>.

La complejidad que se detecta en la comparación jurídica, la cual no podemos negar e incluso -en ciertos extremos- es uno de sus méritos, lleva a desincentivar las

(144) Posición que es sustentada por SACCO, Rodolfo. *One hundred years of comparative law*, en *Tulane Law Review*. Volumen LXXV, 2001, pp.1159 y siguientes, quien afirma *After one hundred years, there is good news. One Century after its first congress, comparative law triumphs*. p. 1159.

(145) MATTEI, Ugo. *An opportunity not to be missed: The future of comparative law in the United States*, en *American Journal of Comparative Law*, Volumen XLVI, n.º 4, 1998, p. 637, quien sostiene que el destino de la comparación jurídica se encontrará determinado por su habilidad para enlazar los diversos campos del Derecho y las ciencias sociales.

(146) REIMANN, Mathias. *Stepping out of the European shadow: Why comparative law in the United States must develop its own agenda*, en *American Journal of Comparative Law*, vol XLVI, n.º 4, 1998, pp. 637 y siguientes; MATTEI, Ugo. *An opportunity not to be missed: The future of comparative law in the United States*, *Op. cit.*; pp. 637 y siguientes; Id., *Some realism about comparativism: Comparative law teaching in the hegemonic jurisdiction*. En: *American Journal of Comparative Law Supplement*, Volumen L, 2002, pp. 87 y siguientes.

Por otro lado, el interés por un estudio más integral de los fenómenos jurídicos como parte de un compromiso del operador jurídico para con el estado actual del mundo ya se detecta en RABEL, Ernst. *On institutes for comparative law*. En: *Columbia Law Review*, Volumen XLVII, n.º 2, 1947, pp. 227 y siguientes.

(147) Al respecto, nos remitimos a la consulta de las sentencias que son citadas en el trabajo de SIEMS, Mathias. *The end of comparative law*, en *Centre for business research*, University of Cambridge, *Working paper* n.º 340, marzo de 2007, p. 1.

(148) En un trabajo en el que se analiza las ventajas del *case-method* para la enseñanza y el estudio del derecho comparado el profesor MARKESINIS, Basil. *Comparative law - A subject in search of an audience*, *Op. cit.*; pp. 1 y siguientes, evidencia la utilidad que debe desempeñar tal materia y que centrará el objeto de estudio.



## Sobre formantes, trasplantes e irritaciones

investigaciones que podrían asumir tal enfoque. Como se ha visto, a grandes rasgos la comparación sigue dos vertientes: por un lado, una versión clásica o débil (en la que se insertan las corrientes difusionistas y funcionalistas); y, por otro lado, una versión postmoderna o fuerte, que es la genera mayor rechazo.

La lectura fuerte pone el énfasis en el estudio interdisciplinario, crítico y profundo del contexto histórico, social, económico, político, cultural y religioso de las instituciones jurídicas; vale decir, es necesario conocer las estructuras cognitivas del sistema jurídico a estudiar así como los fundamentos del conocimiento<sup>(149)</sup>. En términos sencillos, es la visión postmoderna de la comparación que, como se ha visto, subraya las profundas diferencias entre los sistemas jurídicos.

Una visión de este tipo nos dice en términos sencillos, si pretendes efectuar el estudio de un sistema tienes que entenderlo totalmente, casi como si fueras un nativo de dicho sistema pues, de lo contrario, no estarás en condición de comprenderlo en su real complejidad. Si se quiere, es una petición de todo o nada. Lo curioso es que luego de realizar tal esfuerzo se informa que la comparación resulta imposible, en tanto que los sistemas son inconmensurables<sup>(150)</sup>.

A pesar de tal circunstancia algunos no estarían tan preocupados pues podrían afirmar, como lo hace Legrand, que la tarea de la comparación debe ser la de revelar las diferencias críticas. Aun cuando considerásemos válido el enfoque de la posición postmoderna, en contra de las críticas antes expuestas, habría que admitir que el rol que se le otorgaría a la comparación jurídica sería bastante limitado pues revelar que los sistemas son diferentes no es complicado. La mera superficialidad lo demuestra, y si se parte de las premisas de la visión postmoderna el hecho es evidente. Entonces, ¿para que profundizar en ello? O incluso un asunto adicional, al revelar las diferencias lo que la comparación jurídica nos diría, visto desde un punto de vista práctico, que cosa no se pueden hacer pero no que debemos hacer. Sería una teoría o método que se quedaría meramente en la destrucción o

deconstrucción de argumentos más no en la creación de propuestas.

Con lo antes explicado no es que queremos desmerecer las funciones críticas y deconstructivas, creemos firmemente que ello es un rol fundamental que diferencia a la comparación jurídica de otras aproximaciones, sin embargo no podemos compartir la idea que esta rama cuyas potencialidades no se limitan a ella se conforme con un campo de estudio que solo nos dice que no se puede hacer y no que es lo que se debe de hacer para lograr un trabajo adecuado para la mejora del Derecho.

Empero, como el sentido del presente artículo es brindar un vistazo panorámico a las teorías sobre el cambio jurídico y de la comparación jurídica creemos que no se puede finalizar el mismo sin dar algunas luces de cómo creemos que debe proseguir el estudio de la comparación. Tales pautas o criterios tienen como propósito sugerir o, si se quiere, intentar prever cómo se desarrollará la comparación jurídica en los próximos años, a efectos no sólo de ser teóricamente consistente sino, a su vez, lograr un grado de pragmatismo que la torne más útil para el operador jurídico y, porqué no decirlo, también más atractiva.

En nuestra opinión la comparación jurídica debe asumir algunos de los esfuerzos de las posiciones postmodernas en aras de alcanzar mayor reflexión sobre los tópicos que aborda, atendiendo a la cultura jurídica del sistema estudiado o bien en el que se inserta la institución a la que prestamos atención. Debe existir un intercambio fluido de opiniones entre los comparatistas<sup>(151)</sup> pero

(149) LEGRAND, Pierre. *European legal systems are not converging*, *Op. cit.*; p. 60, para hacer referencia a estos elementos se acuña el término de *mentalité* jurídica.

(150) LEGRAND, Pierre. *Econocentrism*. En: *University of Toronto Law Journal*, Volumen LIX, n.º 2, 2009, pp. 215 y siguientes, *ivi* p. 215, ; y, SIEMS, Mathias. *The end of comparative law*, *Op. cit.*; p. 6.

(151) SACCO, Rodolfo. *One hundred years of comparative law*, *Op. cit.*; p.1174.



## Renzo Saavedra Velazco

no centrando la atención en la crítica sobre el trabajo ajeno sino un intento comprometido de comprender las razones que explican la divergencia de pareceres. Si bien el conocimiento total del sistema ajeno es imposible, se debe intentar tener un buen manejo de la lengua del sistema estudiado y contar con las capacidades necesarias para afrontar la tarea así como tener conocimiento sobre el contexto en el que se mueve<sup>(152)</sup>. La atención en las similitudes, no de discurso sino en los problemas afrontados, es algo que debe ser incentivado pues nos ayudará a ver al Derecho extranjero como más cercano y además brindará herramientas para la mejora del propio Derecho, pero no por ello se debe abandonar el esfuerzo de identificar las diferencias<sup>(153)</sup> y de construir las para comprender el sentido de la diferencia<sup>(154)</sup>. Por su parte, las semejanzas, en algunas ocasiones, alcanzan a los valores que sirven de base a las instituciones, incentivando con ello un análisis constante y los fenómenos de trasplante<sup>(155)</sup>. Con una perspectiva de este tipo la comparación vuelve a ser una herramienta puesta al servicio del operador jurídico que debe solucionar o bien hace frente a conflictos de intereses<sup>(156)</sup>; y no por ello pierde su rol decididamente crítico o subversivo<sup>(157)</sup>.

### 7. A manera de conclusión

El sentido de las páginas precedentes ha sido brindar al operador jurídico solo una visión panorámica de la complejidad

del estudio de la comparación jurídica, pero, y a su vez, darle una guía bastante general acerca de los contenidos de muchos de los particulares debates que se ciernen sobre ella. Resulta sintomático, tal como hemos recordado, que el interés manifiesto de un campo de estudio por la justificación de su método y de su propia existencia es un índice de debilidad (o, para decirlo con Kötz, de que la ciencia se encuentra enferma). Con ello no se quiere dar a entender que una ciencia no debe prestarle atención a los aspectos metodológicos sino que centrar todo, o buena parte, de su interés a ese aspecto da mucho en qué pensar (sobre todo si es que se tiene elementos de análisis como los que se han expresado o que se recogen de los alumnos cuando se dicta una clase o cuando un legislador -o el juez- sostiene que no resulta útil observar lo que sucede fuera de nuestras fronteras) en el campo de la práctica y -cómo no- acerca de nuestras propias virtudes para difundir un método cuya utilidad esta fuera de cualquier duda.

El debate metodológico que se ha elevado en

(152) Una de los nuevos objetivos que debería cumplir la comparación jurídica en opinión de GERBER, David J., *System dynamics: Toward a language of comparative law?*, *Op. cit.*; pp. 724-726.

(153) SCHLESINGER, Rudolf B. *The past and future of comparative law*, en *American Journal of Comparative Law*. Volumen XLIII, n.º 3, 1995, pp. 477 y siguientes.

El interés por el derecho extranjero, sobre todo cuando es diverso del nacional, es sustentado por GORDLEY, James. *Comparative law and legal education*, en *Tulane Law Review*, Volumen XLV, n.º 4, 2001, pp. 1003 y siguientes, *ivi* p. 1008.

(154) REITZ, John C. *How to do comparative law*, *Op. cit.*; pp. 626-627.

(155) KAHN-FREUND, Otto. *On uses and misuses of comparative law*, *Op. cit.*; p. 27, quien nos alerta que “the use of comparative law for practical purposes becomes an abuse only if it is informed by a legalistic spirit which ignores context of the law. I am appealing to those who teach comparative law to be aware of this risk and to transmit that awareness to their students among whom there may be those called upon to promote the exchange of legal ideas in the processes of legislation”.

(156) RHEINSTEIN, Max. *Teaching tools in comparative law*. En: *American Law Review*, Volumen I, n.º 1/2, 1952, pp. 95 y siguientes, *ivi* p. 104, quien afirma que el dictado de un curso que permita a un estudiante tomar contacto con el derecho extranjero sería valioso si es que enseña que las instituciones, leyes y métodos nacionales no son más que una posibilidad en el mundo; estudiar las instituciones o métodos de un sistema altamente sofisticado puede ayudar a profundizar el conocimiento de sus pares en el sistema nacional; aprender a que, cuando se tenga contacto con operadores jurídicos de otro sistema, no necesariamente piensan de una manera semejante a la nuestra; y, a su vez, incentivar el empleo del conocimiento extranjero.

(157) FLETCHER, George P. *Comparative law as a subversive discipline*, en *American Journal of Comparative Law*, Volumen XLVI, n.º 4, 1998, pp. 683 y siguientes.



materia de comparación recuerda en algunos pasajes aquellas discusiones del siglo XIX y parte del siglo XX en las que los juristas alemanes e italianos se trababan para dilucidar “la” teoría del negocio jurídico o alcanzar “la” definición de derecho subjetivo (aspectos cuya utilidad para el campo practica también es indudable), pero que, curiosamente, un sector de quienes asumen estudios de derecho comparado critican fuertemente. La crítica en cuestión se centra en la poca utilidad del debate sobre temáticas de ese tipo, lo cual no podemos compartir pero que no es lo que deseamos resaltar, como respuesta cabría anotar una de aquellas ideas que son expuestas por los postmodernos: la verdad no existe, por lo que la calificación de inútil se efectúa en atención a una percepción de la superioridad de nuestro marco de referencia sobre el ajeno, cuando estos resultan -como se ha visto- inconmensurables. Empero, y siguiendo la misma lógica, la percepción que los operadores jurídicos (estudiantes, legisladores, jueces, etcétera) tienen de esos mismos debates metodológicos a los que se abocan un sector de los comparatistas

se asemejan del todo a la posición de estos últimos sobre discusiones *dogmáticas*.

Sin perjuicio de lo anterior, estamos convencidos de la utilidad de tales debates si es que no pierden de vista el aspecto práctico que toda metodología, en general, y que toda aproximación al Derecho, en particular, debe considerar y cumplir a fin que la solidez de la construcción coincida con la aplicación de la misma. Es precisamente en estos términos que creemos debe rescatarse aquella frase latina que dictamina que la: *theoria sine praxis, rota sine axis*<sup>(158)</sup>.

Por su parte, y para concluir, una posición que contradiga de modo extremo el debate teórico o metodológico incurrirá precisamente en un error semejante al aquí denunciado en sus alcances pero de signo contrario. En efecto, como todo campo de estudio la comparación merece y necesita focalizar su atención en perspectivas y/o en nociones nuevas o reformular las antiguas, pero no se debe olvidar el elemento de carácter práctico que tales esfuerzos requieren cumplir así como la claridad para lograr transmitir el mensaje, el poder de la doctrina, como enseña un ilustre autor, se centra en su poder de convencer al auditorio. De no cumplir con los requerimientos aludidos se dejará a los operadores sin un apoyo importante para su labor o, si se quiere, tal como sentencia la frase en latín recordada: *praxis sine theoria, caecus in via*<sup>(159)</sup>.

(158) Idea que ya ha sido resaltada por MATTEI, Ugo y Mathias REIMANN. *New directions in comparative law: Introduction*. En *American Journal of Comparative Law*, Volumen XLVI, n.º 4, 1998, p. 597.

(159) MATTEI, Ugo y REIMANN, Mathias, *New directions in comparative law: Introduction, Op. cit.*; p. 598.