



Roberto Pardolesi(\*) y  
Massimiliano Granieri(\*\*)

## El Futuro de los Profesores de Derecho y el Derecho Comparado<sup>(\*\*\*)</sup>(\*\*\*\*)(\*\*\*\*\*)

### *The Future of Law Professors and Comparative Law*

**Resumen:** En el presente artículo, los autores analizan las posiciones acerca de los objetivos del Derecho Comparado como una disciplina autónoma, así como la intersección entre Derecho y la Economía y sus implicancias en los futuros estudios del Derecho. Todo ello se estudia a en relación no solo a lo que es el Derecho, sino con lo que debería ser. Finalizan los autores proponiendo una nueva perspectiva para los abogados comparatistas, buscando revitalizar la investigación jurídica.

**Palabras clave:** Derecho Comparado - Ciencia Jurídica - Sistemas Legales - Análisis Económico del Derecho

**Abstract:** In this paper, the authors analyze the positions on the objectives of Comparative Law as an autonomous discipline, as well as the intersection between law and economics and its implications for future studies of law. This is studied in relation not only to what is Law, but with what it should be. Ending the authors propose a new perspective for comparatists lawyers, seeking to revitalize legal research.

**Keywords:** Comparative Law - Legal Science - Legal Systems - Law and Economics

(\*) Graduado en Ciencias Políticas por la Universidad de Bari. Master en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Chicago Law School. Profesor de Derecho Comparado y Profesor de Derecho Privado de la Facultad de Economía de la Universidad LUISS Guido Carli. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado, Asociación Italiana de Derecho Comparado, del Comité Directivo de la Asociación Europea de Derecho y Economía, entre otras. Experto en Derecho Comparado y Análisis Económico de Derecho.

(\*\*) Master en Derecho (LL.M.) por la Universidad de California. Doctor en Derecho Comparado por la Universidad de Florencia. Profesor de la Universidad de Foggia.

(\*\*\*) Una versión anterior de este artículo fue presentada en el XXI Encuentro de la Asociación de Derecho Comparado en Venecia del 9 al 11 Junio, 2011. Roberto Pardolesi fue autor de las partes 3 y 5, Massimiliano Granieri de las partes 2 y 4; el resto, así como todas las ideas expresadas de aquí en adelante, es un esfuerzo conjunto de ambos.

(\*\*\*\*) El presente artículo ha sido publicado en: *The Digest. National Italian American Bar Association Law Journal*. 2003; pp. 1-26, bajo el título: *The Future of Law Professors and Comparative Law*. La traducción y publicación se hacen bajo la autorización expresa del autor. Las gestiones estuvieron a cargo de Renzo E. Saavedra Velazco.

Traducción realizada por Augusto Hostia Cardeña y Estefanía Urquiza Bobadilla, estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembros ordinarios de la Asociación Civil IUS ET VERITAS.

(\*\*\*\*) Nota del Editor: el presente artículo fue recibido el 25 de enero del 2015 y aprobada su publicación el 6 de febrero del mismo año.

## 1. Introducción

Desde los inicios del Derecho Comparado como una disciplina autónoma, muchos esfuerzos intelectuales se han abocado a definir los objetivos y la metodología de esta nueva ciencia jurídica<sup>(1)</sup>. Así, diversas posiciones han surgido a lo largo de los años. Entre las muchas contribuciones, puede hacerse una distinción (no la única ni la más precisa que uno podría concebir) entre el estructuralismo y el funcionalismo, dependiendo de cuál se diga que es el fin último del Derecho Comparado<sup>(2)</sup>.

Los enfoques estructurales consideran al mejor conocimiento de los sistemas jurídicos como un fin en sí mismo; aquel fin que define al Derecho Comparado como una ciencia. En consecuencia, la comparación no es sino una herramienta para comprender los sistemas jurídicos más a fondo de lo que una observación desde el interior permitiría. Por otro lado, los enfoques funcionales consideran el conocimiento de los demás sistemas jurídicos como una condición previa (y como tal, indispensable) para otros fines, la cual está al alcance de los estudiosos del Derecho Comparado.

Por razones históricas, los enfoques estructurales tuvieron un rol importante en el descubrimiento de las diferencias entre los países y los sistemas jurídicos del mundo moderno antes de la globalización. Los importantes cambios económicos, el afianzamiento de los derechos humanos, el comercio global y las tecnologías de la información dominantes en las sociedades actuales han hecho que el futuro del Derecho Comparado y los especialistas en él, dependiesen no sólo de sofisticados esfuerzos para explorar los sistemas jurídicos y sus dimensiones, sino también de la capacidad de utilizar

SOSTENEMOS QUE SI LOS ABOGADOS QUIEREN RECUPERAR UN PAPEL EN LA SOCIEDAD Y EN LA CONSTRUCCIÓN DEL NUEVO ORDEN SOCIAL, NO DEBEN CAER EN EL YA ÁRIDO CAMPO DE LA DOGMÁTICA. POR EL CONTRARIO, DEBERÍAN ADOPTAR METODOLOGÍAS QUE LES AYUDEN A PARTICIPAR EN LOS PROCESOS DE CAMBIO LEGAL Y A OBTENER UNA POSICIÓN PRIVILEGIADA PARA DEFINIR, NO LO QUE ES EL DERECHO, SINO LO QUE ESTE DEBERÍA SER.

los conocimientos adquiridos como un componente esencial para la conformación de un nuevo orden legal.

Nuestro objetivo es diseñar un nuevo marco conceptual para los estudios del Derecho Comparado, donde el objetivo y la metodología ya no tienen que ver con lo que es el Derecho, sino con lo que el Derecho debería ser<sup>(3)</sup>. No es nuestra intención tener un rol en el proceso de las reformas legislativas. Si fuera solo eso, nada nuevo habría en nuestro enfoque. En

(1) Para un acercamiento detallado a la historia del Derecho Comparado, véase: CLARK, David Scott. *Nothing New in 2007? Comparative Law in 1900 and Today*. En: *Tulane Law Review*. No. 75, 2001; p. 871.

(2) Resumiendo el debate como lo “elegante” versus lo “utilitarista”, véase MARKESINIS, Basil S. *Comparative Law in the Courtroom and Classroom*, 2003; pp. 56 y 57.

(3) El Derecho Comparado “carece de dirección teórica”. EWALD, William. *Comparative Jurisprudence (I): What was it like to try a rat?* En: *University of Pennsylvania Law Review*. No. 143. 1995; pp. 1889-1894. La ansiedad sobre la situación actual de los estudios de Derecho Comparado es generalizado y ha sido expresado, entre otros, por REIMANN, Mathias. *The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century*. *American Journal of Comparative Law*. Volumen 50, 2002; pp. 671-700. El Derecho Comparado ha acumulado una “gran cantidad de conocimiento valioso” y aun así tiene que desarrollar una nueva agenda “mediante el establecimiento de un canon, definiendo metas, comprometiéndose a cooperar”. Véase también: WERRO, Franz. *Notes on the Purpose and aims of Comparative Law*. En: *Tulane Law Review*. No. 75, 2001; p. 1125.



## Roberto Pardolesi y Massimiliano Granieri

cambio, tratamos de usar el conocimiento comparado de los sistemas jurídicos para elaborar normas (en todos los niveles) e interpretaciones que nos puedan llevar hacia resultados económicos y sociales deseables y controlables. Tal desafío no puede dejarse a otras ciencias sociales por sí solas o a modernos “tecno-burócratas”. Por tanto, el futuro del Derecho Comparado y de sus estudiosos radicarán en su habilidad para recuperar el rol de ingenieros sociales (para ellos mismos, así como para los profesores de Derecho en general).

El ensayo está organizado de la siguiente manera: el párrafo 2 analiza superficialmente las contribuciones más importantes de los estudiosos del Derecho Comparado al discurso jurídico sobre los objetivos y metodologías de dicha disciplina; el párrafo 3 analiza la intersección del Derecho y la Economía y sus implicancias en los futuros estudios del Derecho, a la luz de las nuevas tendencias de la economía comparada; el párrafo 4 considera el uso de los indicadores económicos para clasificar los sistemas jurídicos, asimismo, también abordará el rol de los abogados para dirigir los procesos de reforma legal; los párrafos 5 y 6 proveen una nueva perspectiva para los abogados comparatistas y una línea conceptual para revitalizar la investigación jurídica y permitir que el discurso jurídico se convierta en parte integral de cualquier intento por construir un futuro orden social; finalmente, el párrafo 7 da una breve conclusión.

## 2. El estado de la cuestión

### 2.1. ¿Qué es lo que defendemos?

Una de las preguntas más recurrentes en toda organización (una que define el rol y la identidad de aquellos que pertenecen

a la organización en sí misma) nos recuerda el título de este párrafo<sup>(4)</sup>. Si la organización es la sociedad moderna en general, los abogados deberían preguntarse: “¿Qué es lo que defendemos?” Y, entre los abogados<sup>(5)</sup>, los juristas comparatistas deberían plantearse la misma pregunta de manera aún más urgente para poder rápidamente encontrar una respuesta al unísono. Ya que una pregunta así sin responder desafía el mismo *Lebensraum* como estudiosos<sup>(6)</sup>.

Ya desde la puesta en marcha de esta empresa intelectual, los padres fundadores se han visto inmersos en este debate cíclico sobre los fines y propósitos del Derecho Comparado. Sin embargo, los resultados actuales siguen siendo todo menos que alentadores<sup>(7)</sup>. La historia del Primer Congreso en París, puede ser considerada como el punto inicial de un naciente movimiento hacia la creación de una disciplina de enseñanza académica bien definida y una parte integral de toda currícula universitaria<sup>(8)</sup>.

Al inicio, no fue solo un examen de identidad. En los hechos, los estudiosos del Derecho Comparado eran ya juristas. Por tanto, pudieron haber planteado su identidad simplemente como estudiosos del Derecho. En cambio, en una era de un positivismo abrumador, se trataba de un tema de legitimidad, más que

(4) Sobre las preguntas de identidad que definen una organización, véase: ALBERT, Stuart y David A. WHETTEN. *Organizational Identity*. En: *Research in Organizational Behavior*. No. 7. 1985; p. 263.

(5) Por supuesto, cada representante de la profesión legal podría preguntar adaptado a su especificidad: abogados como esos, figuras culturales de sociedades modernas (juristas) como profesionales (jueces o abogados) y como una clase de científicos que pueblan universidades y es mayormente responsable por la búsqueda y educación y por desarrollar pensamientos sobre el Derecho como un producto social y cultural.

(6) Nosotros postulamos aquí una cuestión con la que lidiaremos a fondo hacia el final de este ensayo, que es el decir que hasta qué punto tiene sentido hablar de Derecho sino es en una perspectiva comparatista, como la única forma aceptable. Véase: VON BOGDANDY, Armin. *Prospettive delle scienza giuridica nell'area giuridica europea. Una riflessione sulla base del caso redesco*. En: *5 Foro It.* 2012; p. 54.

(7) Incluso los encuentros de la Sociedad Internacional de Derecho Comparado y las sociedades nacionales han debatido intensamente sobre los objetivos y la metodología del Derecho Comparado.

(8) Véase: ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ. *An introduction to Comparative Law*. 3era. edición. Oxford University Press, 1998; p. 61. Véase también ANCEL, Marc. *Les grande setapes de la recherche comparative au XX sicle*. En: *I Studi in Memoria de*

## El Futuro de los Profesores de Derecho y el Derecho Comparado *The Future of Law Professors and Comparative Law*

de identidad. Por ello, en el clima positivista de los estados nacionales, abogar por el estudio (o, incluso peor, por la importación) de modelos foráneos debió sonar como un anatema o herejía<sup>(9)</sup>. Los abogados comparatistas fueron revolucionarios en este sentido.

Con la consolidación de los sistemas jurídicos nacionales hacia finales del siglo XIX, los abogados tuvieron que reinventar su rol en la sociedad. Dentro de la tradición jurídica occidental, este ha sido un momento de definición (no necesariamente positivo), ya que los juristas no podían concurrir por más tiempo con la política en la promulgación de leyes<sup>(10)</sup>. En el mismo punto, la ciencia legal perdió la función de *jus dicere*; el poder ha sido delegado a los parlamentarios y políticos<sup>(11)</sup>. Los abogados podrían pensar por sí mismos jugando exclusivamente con las "reglas escritas" (*jus positivum*) proporcionadas por los legisladores. Este proceso de especialización definió a la profesión jurídica como estrictamente dependiente del Derecho como acto; más que como un algoritmo para conductas humanas deseables. *Da mihi facta, dabo tibi jus* es la fórmula que captura la esencia de este rol: "dame los hechos y yo te daré el Derecho".

Como consecuencia de este positivismo, el rol de los abogados se mantuvo externo a la sociedad: no estudiaban los hechos (como los economistas o sociólogos) y no concurrían en la creación de las reglas que gobiernan los hechos<sup>(12)</sup>; aun así, formalmente se mantuvieron en los dominios de las ciencias sociales. Ellos cultivan (o al menos lo han hecho hasta ahora) el arte de ajustar situaciones de crisis a posteriori, ya sea aplicando disposiciones estatutarias o precedentes legales<sup>(13)</sup>.

La exclusión de los abogados de la elaboración de leyes tuvo serias implicancias; los juristas desarrollaron su cultura jurídica y fueron aislados de la sociedad en su conjunto<sup>(14)</sup>. Su cultura era también su dominio, su monopolio. La interpretación, no la creación, es lo que practicaron en su reino<sup>(15)</sup>, y esto se repite obsesivamente en los jueces, los cuales representan uno de los poderes del Estado y una de las epifanías de la profesión jurídica.

---

Andrea Torrente 21. Dott. A. Giuffré, 1968; pp. 875-888, supra nota 1. Describe en gran detalle el Congreso Internacional de Derecho Comparado de 1900, sus antecedentes y las iniciativas que siguieron, así como las varias contribuciones de los abogados (la mayoría del continente europeo) que tomaron parte en el programa. Asimismo, BLANC-JOUVAN, Xavier. *Centennial World Congress on Comparative Law: Opening Remarks*. En: *Tulane Law Review*. No. 75, 2001.

- (9) "En el momento de creciente nacionalismo, este narcisismo legal llevó al orgullo en el sistema nacional". ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ. *Óp. cit.*; p. 12.
- (10) Discutiendo antes que la era de la codificación comenzara, el rol de la comparación ha sido "integradora más que contrastiva". Véase: SCHLESINGER, Rudolf B. *The Past and the future of Comparative Law*. En: *American Journal of Comparative Law*. Volumen 43. 1995; pp. 477- 479.
- (11) Este preciso momento es personificado por una ruptura conceptual (que es también evidenciado en algunas lenguas) entre el *Law* (*Jus, Recht, Droit*, Derecho) como un producto social, y el *law* (*lex, Gesetz, loi*, ley) como una fuente de Derecho, y la predominancia de este último significado sobre el anterior.
- (12) Los juristas fueron expertos sobre las costumbres que perdieron centralidad en el mundo occidental después de que las codificaciones tomarán escena. Los juristas, en el nuevo orden, han estado cerca a los legisladores o jueces de vez en cuando, dependiendo de las necesidades, intereses y los ideales en la hoguera. Véase: MOCCIA, Luigi. *Comparazione Giuridica e Diritto Europeo*. Giuffré, 2005; p. 54.
- (13) "Donde sea que el Derecho es una profesión enseñada, juristas están comprometidos en el mismo proyecto general: Ellos usan recursos autorizados en una forma intelectualmente coherente para clarificar reglas y principios y para resolver casos particulares". Véase GORDLEY, James. *Why look Backward*. En: *American Journal of Comparative Law*. Volumen 50. 2002; pp. 657 y 658.
- (14) WATSON, Alan. *From Legal Transplants to Legal Formants*. En: *American Journal of Comparative Law*. Volumen 43. 1993; p. 469.
- (15) "La persona que guía la interpretación es, primero y ante todo, el jurista en su doble rol de escritor de obras autorizadas y como catedrático universitario". Véase SACCO, Rodolfo Sacco. *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*. En: *American Journal of Comparative Law*. Volumen 39. 1991; pp. 343 y 347.



## Roberto Pardolesi y Massimiliano Granieri

Los profesores de derecho son los guardianes de este dominio y los responsables de la transmisión de las técnicas, herramientas y creencias.

Hubo un momento en que esta situación se mostró segura y gratificante para los abogados como una especie de equilibrio; se convirtieron en los custodios de la ley frente al poderoso fideicomitente del fideicomiso, es decir, el legislador. Por supuesto, una de las condiciones del equilibrio era que los abogados limiten su interpretación a sus propios sistemas nacionales, para estudiarlos y justificarlos desde el interior<sup>(16)</sup>. Cualquier opción para llegar al exterior llevaría inevitablemente a poner en peligro el equilibrio interno. Si el derecho es dado y se da como legislación nacional, la interpretación no puede ser igual. La doctrina y la enseñanza del Derecho siguen el mismo camino.

Una sensación de insatisfacción pronto se extendió entre los juristas. Los sistemas jurídicos no demostraron ser autosuficientes ni impermeables ante la lógica extranjera, incluso cuando los Estados nacionales, en el inicio de su formación, eran celosos de su identidad y la unidad del *ius commune* continental estaba a punto de perderse<sup>(17)</sup>.

Al mismo tiempo, esta nueva doctrina jurídica, basada en la interpretación y nutrida por el dogma jurídico, no podía existir sin confluir o concurrir con otros fenómenos sociales. Principalmente en las tradiciones nacionales en las que la dogmática legal estaba profundamente arraigada, los estudios legales comparativos surgieron de esta sensación general de insuficiencia, parcialidad, inconsistencia, y de la necesidad de recuperar un papel en el desarrollo de la sociedad. Donde la cultura jurídica se basaba menos en la dogmática, como lo es en los países del *Common Law*, aún la ley por sí misma requería de otra disciplina para formar un binomio (derecho

y otras disciplinas) más satisfactorio<sup>(18)</sup>. Tradicionalmente, el Derecho Comparado ha sido el *trait d'union* entre estos dos puntos de vista, luchando con sus límites en ambos casos. En el primer caso, los límites eran las fronteras nacionales que obligaron a la ley a una dimensión meramente nacional. En el segundo, los límites eran disciplinarios.

El Derecho Comparado, como la ciencia anti dogmática por excelencia, se movió a lo largo de las fronteras de la ley (nacional) como una ciencia autónoma y siempre ha sido el responsable de la exploración de nuevas fronteras. No es por casualidad que el *Law and Economics* como producto de importación de los Estados Unidos cobrara impulso en muchos países, gracias a la labor de los juristas pertenecientes al grupo de los juristas del Derecho Comparado. Más aun, fue gracias al Derecho Comparado que cualquier diálogo con otras ciencias obtuviese legitimidad en el discurso jurídico. En este sentido, el conocimiento del Derecho Comparado es conocimiento antropológico, ya que tiene que ver con los límites del continente jurídico y no sólo con los territorios del interior.<sup>(19)</sup> Y en lo que se refiere a la historia, los juristas del Derecho Comparado también incursionaron a través de los orígenes y la evolución de los sistemas jurídicos como parte de su esfuerzo<sup>(20)</sup>.

A medida que el estudio comparativo fue ganando legitimidad, era claro que como

(16) La lógica de la *homeward interpretation* está generando riesgos hoy en día en Europa, en el proceso de creación de un derecho privado armónico de la Unión Europea. Véase GAMBARO, Antonio. *Jura et Leges nel processo di edificazione di un diritto privato europeo*. En: *Europa e Diritto Privato*. 1998; p. 997. Cfr. GORDLEY, James. *Op cit.*; p. 670, respecto a las críticas de la elección de *homeward interpretation* y al auto-confinamiento doméstico en el siglo XIX.

(17) Véase GORDLEY, James. *Comparative Legal Research: Its Function in the Development of Harmonized Law*. En: *American Journal of Comparative Law*. Volumen 43, 1995; pp. 555 y 556.

(18) Véase MINDA, Gary. "Posmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence". En: *Cenury's End*. 1995; p. 79.

(19) SACCO, Rodolfo. *Antropo-logia giuridica e comparazione giuridica rientrano a pari titolo nella conoscenza comparante*. En: *Antropologia Giuridica*. Societa' editrice il Mulino, 2007; pp. 22 y 23.

(20) Notables ejemplos son Gino Gorla en Italia y James Gordley en Estados Unidos.

## El Futuro de los Profesores de Derecho y el Derecho Comparado *The Future of Law Professors and Comparative Law*

ciencia tenía que ser consciente de su función, objetivos y metodología<sup>(21)</sup>. Si, por definición, cualquier ciencia está comprometida con la generación de nuevos conocimientos para la humanidad<sup>(22)</sup>, pronto la pregunta se convirtió en si el conocimiento de los fenómenos jurídicos es un fin en sí mismo para los estudios comparados, o condición previa (y como tal, inevitable) para otros fines, que han sido identificados, de vez en cuando, con la reforma legal, o la creación de una *droit commune de l'Humanité* o, hasta hace poco, el aumento de los sistemas legales de la competitividad. Para Basil Markesinis, esta concurrencia de puntos de vista, no es más que la elegancia frente a la utilidad<sup>(23)</sup>. Lo replanteamos como el eterno dualismo entre el estructuralismo y el funcionalismo.

Aunque el objeto de la metodología en el Derecho Comparado es conceptualmente distinto de la de los objetivos de esta disciplina, hay algunas consideraciones previas que se han de abordar antes de que nos ocupemos de cómo los investigadores han identificado históricamente diferentes propósitos para el Derecho Comparado.

La conexión interna entre el método y los objetivos del Derecho Comparado radica en la suposición de que los sistemas legales en un nivel homogéneo de desarrollo económico se enfrentan

a problemas sociales similares; diferencias, si las hubiera, pueden ocurrir en el tipo de respuestas dadas individualmente. Empezar desde los problemas (generales) y no desde las soluciones (específicas) hace que todo sea comparable. Esta conclusión preliminar ha estado en el centro de un principio metodológico elemental y ampliamente conocido del Derecho Comparado: el funcionalismo.<sup>(24)</sup> Desde un punto de vista metodológico, el funcionalismo significa que, independientemente de la persecución del Derecho Comparado y sus objetivos últimos, “las únicas cosas que son comparables son aquellas que cumplen la misma función”<sup>(25)</sup>. Rechazando las tentaciones modernas y post-modernas para sumergirnos en una teoría de inconmensurabilidad, un fuerte principio metodológico habilita a cualquier posición intelectual relativa a los fines del Derecho Comparado, con tal de que sea útil en el análisis de las soluciones jurídicas.<sup>(26)</sup> Esto es cierto en el Derecho como en cualquier otra ciencia; un método científico es evidencia de

(21) Una vez que la legitimidad fue ganada, una “crisis de identidad” sobrevino la cual ha puesto al derecho comparado en una encrucijada. BLANC-JOUVAN, Xavier. *Óp. cit.*; p. 863, supra nota 8.

(22) El tema de la ciencia como un esfuerzo para adquirir más conocimiento es algo “semántico” desde que “para una gran mayoría el término ‘ciencia’ es reservado para campos que realmente progresan de manera evidente”. Véase KUHN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. 3era edición. University of Chicago Press. 1996; p. 160.

(23) Para una opinión clara, de que el Derecho Comparado (y sus juristas) deberían hacer más que solo enumerar similitudes y diferencias de los sistemas legales, véase MARKESINIS, Basil. *Comparative Law – A Subject in Search of an Audience*. En: *Modern Law Review*. Volumen 53. 1990; pp. 1-19.

(24) El método funcional, aun considerado como una de las pocas herramientas confiables del derecho comparado, fue originalmente elaborado por ZWEIGERT, Konrad. *Die presumptio similitudinis als Grund-Satzvermutung Rechtsvergleichender Methode*. En: ROTONDI, Mario (editor). *Il Inchieste Di Diritto Comparato*. 1973; p. 737. Para una discusión sobre la relación entre el funcionalismo y los objetivos del derecho comparado, véase PLATSAS, Antonio E. *The Functional and the Dysfunctional in the Comparative Method of Law: Some Critical Remarks*. En: *Elec. J. Comp. L*. Volumen 12, 2003; p. 3. La crítica sobre el principio del funcionalismo, ha aumentado con los años a través de diversos autores “con el señalamiento de sus sesgos sistemáticos en favor de soluciones parecidas y de su inherente insensibilidad frente a las diferencias”. Véase REIMANN, Mathias. *Óp. cit.*; p. 681, supra nota 3. Véase también MICHAELS, Ralf. *The Functional Method of Comparative Law*. En: REIMANN, Mathias y Reinhard ZIMMERMANN (editores). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. 2006; p. 339. Véase: GRAZIADEI, Michele. *The Functional Heritage*. En: LEGRAND, Pierre y Roderick MUNDAY (editores). *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. 2003; p. 100.

(25) ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ. *Óp. cit.*; p. 34.

(26) Lidiando y criticando los comentarios sobre la inconmensurabilidad. véase GLENN, H. Patrick. *Are Legal Traditions Incommensurable?* En: *American Journal of Comparative Law*. Volumen 49. 2001; p. 133.



## Roberto Pardolesi y Massimiliano Granieri

la naturaleza científica de un esfuerzo intelectual determinado. Por otra parte, tener una metodología dominante influye en la determinación de la identidad del científico, al estar íntimamente relacionada con los objetivos científicos. Tanto la física, química, economía, sociología, como cualquier otra disciplina científica no sería catalogada como tal si sus métodos fueran menos científicos que sus principales preguntas de investigación.

### 2.2. *Droit commune de l'humanité civilise'e*

Ocasionalmente, los juristas del Derecho Comparado han participado en los procesos de creación de uniformidad en el derecho, ya sea en casos de armonización o de elaboración de leyes uniformes. Después de todo, el propósito original de Saleilles y Lambert fue el descubrimiento de un *droit commune de l'humanité*<sup>(27)</sup>. Sin embargo, hasta el momento, el cambio jurídico y la uniformidad no se han materializado debido a la labor del jurista de Derecho Comparado<sup>(28)</sup>. En la misma línea, difícilmente puede decirse que la participación en los proyectos de reforma legal es un reconocido y apasionante objetivo del Derecho Comparado, o que los académicos formados en comparación jurídica han superado a otros científicos sociales, y desarrollado una metodología dedicada a mejorar o alcanzar la reforma legal. Sin embargo, como el sueño de descubrir

un derecho común de la especie humana se vino abajo, los juristas se vieron tentados por la idea de contribuir a la creación de un nuevo orden jurídico<sup>(29)</sup>.

Claramente, la reforma legal como propósito implica una aceptación del derecho comparado en su dimensión funcional; pero la reforma del derecho no requiere más juristas comparatistas que cualquier otro jurista llamado por la autoridad o por la ocasión de redactar una nueva ley.

Incluso hoy en día hay proyectos en marcha para producir códigos civiles, y abogados europeos han sido reclutados en masa para concurrir en la creación de un nuevo derecho común para Europa<sup>(30)</sup>. Aun así, el Derecho Comparado parece ser sino solo una de las disciplinas jurídicas que actúan en el proceso, aunque algunos de esos laboratorios experimentales dependen de intuiciones originarias de juristas del derecho comparado, como lo es el *Proyecto Básico Común*<sup>(31)</sup>.

(27) CLARK, David Scott. *Óp. cit.*, p. 876. *Supra* nota 1.

(28) "En cualquier caso, la historia no provee evidencia de que se haya alcanzado la uniformidad a través de los estudios jurídicos comparatistas". SACCO, Rodolfo. *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*. En: *American Journal of Comparative Law*. Volumen 39. 1991; pp. 1 y 2.

(29) En la evolución del enfoque de los juristas comparatistas luego de la Primera Guerra Mundial ("*[I] comparatisti si proposero non piu' di trovare le concordanze, ma di crearle*"). Véase SACCO, Rodolfo. *Introduzione Al Diritto Comparato*. 1992; p. 8.

(30) El éxito de los juristas comparatistas en Europa como sujetos activos en el proceso de creación de un derecho común privado europeo, da testimonio de que los juristas comparatistas están "hambrientos de hacer algo significativo y felices de regresar a la vanguardia de la academia jurídica". REIMANN, Mathias, *Óp. cit.*; p. 691, *supra* nota 3. Obviamente, el éxito del Derecho Comparado no puede depender de una ocasión contingente y regional; de hecho, la creación de un derecho privado europeo ha involucrado a muchos juristas que no tenían mayor relación con el derecho comparado y no se convertirían en comparatistas por el hecho de involucrarse en una empresa como esta. El Derecho Comparado "en el contexto de la europeización del derecho privado es una positivísticamente conocida, metodológicamente simple, y sorprendentemente sesgada empresa." REIMANN, Mathias, *Óp. cit.*; p. 693, *supra* nota 3. Véase también WERRO, Frank. *Óp. cit.*; p.1227. *Supra* nota 3.

(31) Describiendo el origen metodológico o el Proyecto regresando al enfoque factico, originalmente cultivado por *Cornell Seminars* por R. Schlesinger, véase de manera general BUSSANI, Mauro Bussani y Ugo MATTEI. *The Common Core Approach to European Private Law*. En: *Columbia Journal of European Law*. Volumen 3. 1998; p. 339. Véase también MICHAELS, Ralf. *Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law*. En: *American Journal of Comparative Law*. Volumen 57. 2009; pp 765, 779 y 780. "Se debe conceder que en los términos de la influencia de los proyectos de base común han sido más exitosos que los orígenes jurídicos de la literatura".

## El Futuro de los Profesores de Derecho y el Derecho Comparado *The Future of Law Professors and Comparative Law*

Curiosamente, si los propósitos de la reforma legal o la creación de una *droit commune de l'humanité* estaban en la agenda del Derecho Comparado en sus orígenes, significa que hay una dimensión funcional primigenia que precede el camino hacia la idea de que la identificación de objetivos para el Derecho Comparado debe estar referida exclusivamente en términos de generación de nuevos conocimientos.

### 2.3. De formantes a trasplantes

Uno de los principales aportes al enfoque estructural en el Derecho Comparado proviene de Rodolfo Sacco y la llamada Escuela Italiana del Derecho Comparado (a pesar de que muchos juristas italianos comparatistas no estarían de acuerdo en ser incluidos en esta escuela)<sup>(32)</sup>. Los principios de esta escuela han sido consagrados en las llamadas Tesis de Trento, que son cinco declaraciones sobre Derecho Comparado, las cuales capturan las características más distintivas de este enfoque<sup>(33)</sup>. En palabras de su padre intelectual, el argumento principal de esta posición es que “[c]omo otras ciencias, el Derecho Comparado continua siendo una ciencia, siempre que adquiera conocimientos, independientemente de si el conocimiento es aplicado o no para cualquier uso ulterior”<sup>(34)</sup>.

Cada sistema legal está en un constante cambio y sus componentes (los formantes) nunca están alineados. El rol del jurista del Derecho Comparado es descubrir la “gran ilusión óptica”, representada por el dogma de que sólo existe una única norma jurídica para cualquier momento dado (y que coincide con la palabra del legislador)<sup>(35)</sup>.

Aunque la adopción de esta perspectiva se considera compatible con otros fines secundarios del Derecho Comparado, debe quedar claro que una definición es *per se* una exclusión de las construcciones que quedan fuera de la definición. Por lo tanto, bajo este enfoque, para los estudios de Derecho Comparado cada uno de los objetivos del funcionalismo constituye un carácter regresivo<sup>(36)</sup>.

Similar, hasta cierto punto, a la teoría de los formantes es la contribución de los trasplantes

- (32) Véase: MONATERI, Pier Giuseppe y Rodolfo SACCO. *Legal Formants*. En: NEWMAN, Peter (editor). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Volumen 2. 1998; p. 531. Véase también MONATERI, Pier Giuseppe. *Legal Formants and Competitive Models, Understanding Comparative Law from Legal Process to Critique in Cross-System Legal Analysis*. 2008. Véase: MÍGUEZ NÚÑEZ, Rodrigo. *Comparar: Conversaciones con Rodolfo Sacco*. En: *Revista Chilena de Derecho Privado*. No. 17. 2011; p. 193. Rodolfo Sacco reafirmó los méritos de su enseñanza en entrevistas más recientes.
- (33) Véase SACCO, Rodolfo, Antonio GAMBARO y Pier Giuseppe MONATERI. *Comparazione giuridica*. En: *Digesto Civ.* No. 3. 1988: 48. Véase también GAMBARO, Antonio. *The Trento Theses*. En: *Global Jurist Frontiers*. No. 4. 2004; p. 1. Para una revisión de las Tesis y la reafirmación de su validez científica después de una década: GRANDE, Elisabetta. *Development of Comparative Law in Italy*. En: REIMANN, Mathias y Reinhard ZIMMERMANN (editores). *Óp. cit.*; p. 117.
- (34) SACCO, Rodolfo. *Legal Formants...*; p. 4. Véase también SACCO, Rodolfo. *Introduzione...*; p. 13. Supra nota 29. (“In definitiva, la migliore conoscenza dei modelli deve essere considerata come lo scopo essenziale o primario della comparazione intesa come scienza.”). Por otro lado, véase REIMANN, Mathias. *Óp. cit.*; p. 697, supra nota 3.
- (35) SACCO, Rodolfo. *Legal Formants...*; p. 385. Véase también MONATERI, Pier Giuseppe. *Comparer les comparaisons, Le problème de la légitimité culturelle et le nomos du droit*. En: *Opinio Juris*. No. 1, 2009; pp. 1-23. Para más argumentos sobre la teoría del Derecho Comparado para develar los mensajes políticos en el Derecho, véase MONATERI, Pier Giuseppe. *Everybody's Talking: The Future of Comparative Law*. *Hastings International and Comparative Law Review*. No. 21. 1998: pp. 825-843. (“[L]a teoría de los formantes es una crítica interna global del discurso jurídico”). Véase también: EBERLE, Edward J. *The Method and Role of Comparative Law*. En: *Washington University Global Studies Law Review*. No. 8. 2009: pp. 451 y 471 (“La decodificación es una parte esencial del trabajo del derecho comparado: descubrir y traducir los poderes invisibles en una cultura legal nos conduce a descubrir patrones de orden que actualmente operan dentro de una sociedad y producen contenido”).
- (36) Una duplicidad de funciones no es excluida por PFERSMANN, Otto. *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*. En: *Revue Internationale de Droit Comparé*. No. 53. 2001 : 275, 287 y 288. Cuando el autor afirma que el Derecho Comparado “est dès lors l'instrument le plus puissant pour décrire le droit national,” pero también puede jugar “un rôle important dans la technologie de la production normative”.



## Roberto Pardolesi y Massimiliano Granieri

legales. En una gran cantidad de ensayos y libros, Alan Watson propuso dirigir los estudios comparatistas hacia la definición de las relaciones complejas entre el Derecho y la sociedad. Con el tiempo, Watson reconoció que el conocimiento del Derecho Comparado no es necesariamente un fin en sí mismo, sino que debe tener “alguna utilidad directa y obvia”, siendo tal utilidad “la mejora que es posible en un sistema jurídico, como consecuencia del conocimiento de las reglas y estructura de otro sistema”<sup>(37)</sup>.

La transición de formantes legales hacia trasplantes legales tiene un momento unificador en la idea de que la adquisición de conocimientos no es sólo una característica esencial de los estudios comparados, sino también un fin. Puede ser cuestionable que Watson considere el conocimiento como un fin exclusivo o no<sup>(38)</sup>, pero aun así la delimitación de los vínculos entre la ley y el cambio legal así dado por las fuerzas sociales, implica un esfuerzo intelectual que es fascinante para los abogados comparatistas.

Es como si los sistemas legales pudiesen ser representados por edificios de varios pisos, donde cada uno es renovado constantemente (los pisos son los formantes, en la terminología usada por Sacco). En cualquier momento, hay un cambio constante, mientras de forma muy ocasional y extraña un piso se asemeja a los otro(s). Sin embargo, en todo momento, existen todos los pisos e insisten en tener el mismo perímetro para la construcción, es decir, una fuente de legitimidad. De otra forma el edificio se derrumbaría, o sería muy inestable, y la ley se convertiría en impredecible. Ahora el principal desafío para cada jurista (y el desafío final para los juristas del Derecho Comparado) sería el comprender si existe un derecho que, dado cualquier “edificio”, explique que los pisos sean

constantemente renovados para acomodarse a las necesidades de las personas que pasan a vivir en dichos edificios<sup>(39)</sup>.

### 2.4. Más allá de los formantes. Los formantes como producto histórico

Los formantes y los trasplantes son ahora parte de la terminología consolidada en el discurso jurídico comparatista. Estas construcciones figuran entre las herramientas estándar del Derecho Comparado y forman parte de una herencia única para los estudiosos del derecho comparado *vis-à-vis* juristas puramente nacionales. Sin embargo, parece ser como si la función histórica de las doctrinas las cuales le dan un papel de mera generación de conocimiento, como la característica definitoria del derecho comparado como ciencia, está agotada. En los últimos años, artículos jurídicos en revistas de Derecho Comparado han comenzado nuevamente a cuestionar el papel de los juristas del Derecho comparado y, en cierto punto, el de los juristas<sup>(40)</sup>.

Ya que se ha iniciado un nuevo desafío en la definición de la nueva identidad del Derecho Comparado, la herencia intelectual de otras escuelas de pensamiento no puede ser fácilmente descartada. La teoría de los formantes debe ser apreciada en su dimensión histórica. Es decir, debe ser vista dentro de un continuo de contribuciones de la investigación

(37) WATSON, Alan. *Comparative Law and Legal Change*. En: *Cambridge Law Journal*. No. 37. 1978; pp. 313 y 317.

(38) WATSON, Alan. *Comparative Law...*; p. 318. Considerando al “derecho comparado como un método valioso en la reforma legal”.

(39) “El objetivo del estudiante del derecho comparado es determinar si los instantes de desarmonía siguen patrones predecibles y racionalmente explicables”. Véase SACCO, Rodolfo. *Legal Formants...*; p. 378. Algunos escritos de Monateri pueden ser incluidos en esta corriente de pensamiento. Véase: MONATERI, Pier Giuseppe. *Black Gaius, A Quest for the Multicultural Origins of the Western Legal Tradition*. En: *Hastings Law Journal*. No. 51. 2000; pp. 479-511. “En definitiva, el Derecho comparado debería apuntar a producir una teoría general sobre el derecho y el cambio jurídico y la relación entre los sistemas jurídicos y las normas y la sociedad en la que operan” (nota a pié de página omitido) (recordando a WATSON, supra nota 37).

(40) Nosotros interpretamos aquellas contribuciones como señales de una nueva ansiedad que típicamente emerge en la evolución de las ciencias donde los viejos paradigmas se vuelven inestables, según la teoría de Kuhn sobre las revoluciones científicas. KUHN, Thomas. *Óp. cit.*; supra nota 22.

## El Futuro de los Profesores de Derecho y el Derecho Comparado *The Future of Law Professors and Comparative Law*

jurídica, como un paradigma que sustituye al anterior y que será derogado por otros que tendrán la misma suerte<sup>(41)</sup>.

Antes de pasar al siguiente paradigma, debemos aclarar un punto, uno que a veces pasa desapercibido rápidamente o es ignorado deliberadamente. No puede haber una interrupción de la lógica entre un mejor conocimiento de los datos jurídicos y el uso de esos conocimientos, entre una perspectiva puramente estructural y una funcional, exactamente como cualquier distinción entre la ciencia básica y la aplicada, esta es más convencional que substancial<sup>(42)</sup>. Como será visto en el apartado 5, (sostenemos que) el nuevo marco científico del Derecho Comparado depende de la ausencia de discontinuidad entre el conocimiento adquirido como un fin y el conocimiento utilizado para mejorar un entorno jurídico determinado.

### 3. Derecho y...

#### 3.1. ...la ciencia económica

El siguiente paradigma, alguien podría inmediatamente oponerse, no existe: es el ilusorio subproducto de un error.

Si el derecho es concebido como un sistema, la conclusión anterior es ineludible. De hecho, un enfoque sistemático, en palabras de sus verdaderos creyentes, se ocupa de la *lex*

*lata*, indiferente de cómo ha sido el Derecho, o como lo es en otros países o sistemas jurídicos. Por otro lado, también es indiferente de cómo debería ser el derecho (desde una u otra perspectiva). El *äußeres System*, en sí mismo es una contradicción conceptual, la cual se opone al *inneres system*: este último se caracteriza por la coherencia o consistencia, postula la idea de una justicia basada en la unidad interior.<sup>(43)</sup> Como consecuencia de ello, es necesario un enfoque sistemático,<sup>(44)</sup> teniendo en cuenta las numerosas normas para constituir un “todo” que siga un “orden interno” expresado en principios subyacentes, el que es asumido indiferentemente de cualquier tipo de perspectiva externa: tanto comparada y en la línea de “el Derecho y...”. Otras disciplinas se mantienen simplemente fuera del Derecho y por lo tanto no pueden contribuir a encontrar el orden interno.<sup>(45)</sup> Si, por ejemplo, una norma jurídica es ineficiente desde el punto de vista económico, esto no invalida la norma jurídica, simplemente porque la eficiencia no es aceptada como una medida de validez en el sistema interno<sup>(46)</sup>.

(41) *Idem.* en 144 ff.

(42) Véase RHEINSTEIN, Max. *Comparative Law – Its Functions, Methods and Usages*. En: *Arkansas Law Review*. No. 22. 1968; pp. 415 - 423.

(43) Explicando que la perspectiva interna tiende a considerarse sistemática, en oposición a la externa que significa abierta al “derecho y (...) disciplinas”. Véase de manera general RIESENHUBER, Karl. *English common law versus German Systemdenken? Internal versus external approaches*. En: *Utrecht Law Review*. No. 7. 2001; p. 117.

(44) En cierto sentido, la doctrina tradicional se preocupa en como las cortes resuelven (o deberían resolver) casos; las cortes *crean* derecho, simplemente lo aplican. Esto es sin duda cierto en el *Civil Law*, pero incluso aplica respecto de las jurisdicciones del *Common Law*, donde el juez es considerado más como alguien que encuentra una solución en el derecho que alguien lo crea.

(45) “[C]on algunos notables italianos y alemanes excepcionales, ‘derecho y -ismo’ no ha ingresado realmente a la escena de los estudios jurídicos (comparatistas)”. WERRO, Franz. *Op. cit.*; pp. 1228. *Supra* nota 3.

(46) Un intento para proveer una explicación al análisis económico no como externo al Derecho, pero “comme une réponse a` la crise de l’interprétation qui touche la théorie du droit, et notamment la théorie positiviste, depuis un demi-siècles” viene de DEFFAINS, Bruno Deffains y Samuel FERREY. *Théorie du droit et analyse économique*. En: *Droits*. No. 45. 2007; pp. 223 - 226. Los autores sugieren el uso de las herramientas del análisis económico del derecho (principalmente el concepto de equilibrio) como medios de interpretación de normas como “réalité idéelle.” *Idem.* en p. 247. La importancia del análisis económico y el análisis de políticas del derecho en el concurso de la educación jurídica de los Estados Unidos, véase VON BOGDANDY, Armin. *Op. cit.*; p. 57. Curiosamente, ha habido cierta sensibilidad frente a las ciencias económicas también durante el siglo XIX, como fue presenciado por la Sociedad Internacional de ciencias jurídicas comparadas y económicas de Berlín; véase CLARK. *Op. cit.*; p. 880. Véase también HOLMES, Oliver W. *The Path of the Law*. En: *Harvard Law Review*. No. 10. 1897; pp. 457 - 474. (culpando al “divorcio entre las escuelas de la económica política y el derecho”).



## Roberto Pardolesi y Massimiliano Granieri

Debido a este compromiso a la no-instrumentalización, siempre que la postura dogmática se ha impuesto, la corriente jurídica dominante ha omitido cualquier contaminación con la economía y ha marginado como pura curiosidad (leyes en el mundo...) cualquier punto de vista comparativo. La mayoría de los estudiosos del Derecho Comparado, por sí solos, no han sido menos escépticos sobre la apertura a un esfuerzo interdisciplinario destinado a algún tipo de superposición conceptual del Derecho y la Economía.

Sin embargo, el Derecho también puede ser visto como un instrumento. Entender al Derecho como un instrumento orientado a objetivos implica reconocer que no se dirige a la medición de estándares hermenéuticos, sino prácticos. Una vez que se acepta que la ley no es (sólo) un texto y provoca efectos en el mundo, el enfoque económico llega a ser particularmente prometedor entre los muchos campos de estudio que merecen atención<sup>(47)</sup>. La teoría económica tiene sus raíces en lo normal, una teoría de lo cotidiano sobre cómo actúa la gente. Sus elementos básicos son las preferencias y creencias individuales, y la relación entre ellas: toda persona tiene como objetivo conseguir a lo sumo lo que quiere, dada su percepción acerca de la situación a la que se enfrenta. Las preferencias subjetivas, consideradas exógenas, no se prestan a comparaciones interpersonales. Pero pueden ser agregados en todo el ranking de preferencias; estos rankings son numéricamente representados por funciones de utilidad. Las creencias sobre las acciones disponibles, en función de las circunstancias que nos rodean, son expresadas por funciones de probabilidad subjetivas. En las consideraciones económicas estándar, todos los intereses y valores de una persona se reflejan en su función de su utilidad. Del mismo modo, todas sus creencias son reflejadas en sus probabilidades subjetivas. La maximización de la utilidad de la expectativa subjetiva es vista como una elección determinante de la acción. Las acciones, entonces, se entienden como el resultado de la mente de una persona.

Este marco refleja el sentido común y no está expuesto a la objeción recurrente que solía restar importancia a toda la empresa del *Law and Economics* (en adelante, L&E) como una empresa intelectual monolítica, dominada por un bizarro

concepto de racionalidad y la obsesión por la eficiencia. Por el contrario, el sentido común en el núcleo de la economía en general ayuda a explicar su influencia. Los modelos matemáticos en realidad no interpretan o predicen la acción humana; sin embargo, conservan un atractivo intuitivo, ya que son una versión “científica” de la psicología normal.

El L&E se caracteriza generalmente por ser instrumentalista y consecuencialista porque estudia el Derecho en relación a sus efectos; más específicamente, la mayoría de los juristas del L&E ven al derecho como un sistema de incentivos que, en diferentes grados, moldea el comportamiento de las personas y en consecuencia pueden (cómo no) lograr ciertos objetivos. Sólo si se admite que la naturaleza del Derecho es establecer normas generales que deben regir la conducta humana, la conclusión acerca de la fecundidad de la interacción del derecho y la economía no es ninguna sorpresa; las únicas preguntas reales son ¿por qué se tomó tanto tiempo para que ambas se encuentren entre sí?, a pesar de las difusas premoniciones sobre la oportunidad de su encuentro y, sobretodo, ¿por qué todavía hay fuerte resistencia a reconocer un diálogo auténticamente binario y la cosecha de sus últimas consecuencias?

No hay duda de que los críticos y las críticas en contra de la incursión de la economía en el “santuario jurídico” siempre han sido abundantes; así como Cassandras, denunciando que “la parte inferior del edificio” ha desaparecido desde hace mucho tiempo en la arena (Weinrib), que el movimiento ha alcanzado su punto máximo (Horwitz), que el L&E está enfermo y propaga enfermedad (Jaffee), y que no “es un edificio en absoluto”, sólo arena (Anita Bernstein). El pelotón de los

(47) Respecto a esto, el derecho comparado no se preocupa sobre las formas jurídicas, sino en los hechos, (véase SACCO, Rodolfo. *Legal Formant...*; p. 388), no menos que la economía u otras ciencias.

## El Futuro de los Profesores de Derecho y el Derecho Comparado *The Future of Law Professors and Comparative Law*

voluntarios para la sentencia de muerte es uno abarrotado. La verdad es que, a pesar de su atractivo intuitivo, el análisis económico del derecho es cambiante, y no lo es menos que la teoría económica que lo subyace. El principio básico -la elección racional, la voluntad de las personas para conseguir lo que quieren, dado lo que ellos creen acerca de las circunstancias- se encuentra bajo ataque. Un cuerpo grande y creciente de evidencia empírica revela que las personas a menudo no logran cumplir con el paradigma del *homo economicus*, ni adoptar medidas que estén en conflicto con sus intereses (según lo predicho por la teoría económica estándar). ¿Por qué entonces molestarse con modelos basados en suposiciones que no reflejan las principales características de la realidad? Las reacciones a este tipo de objeciones son tres. Uno de ellos es el completo rechazo: el L&E es un gigante anciano, cuyo certificado de muerte ya ha sido firmado, de modo que va a desaparecer; cuanto más pronto, mejor. Otra postura asume la forma de una estrategia de cooptación: básicamente, trae a colación la conducta recalcitrante del L&E, ya sea por la búsqueda de nuevos insumos en los modelos antiguos (por ejemplo, preferencias o creencias sofisticadas, la asimetría de información, señalización, comportamiento estratégico) o, más recientemente, mediante la aplicación de modelos antiguos en nuevas formas (por ejemplo, acomodando las ideas del *Behavioral Economics*).

La tercera reacción, aun en buena parte indefinida, podría ser un intento comprometedor de sacar lo mejor del L&E. Lo que significa que algo debe ser rescatado y modernizado, mientras muchas otras cosas deben ser desechadas y dejadas atrás. Después de todo, todavía es plausible afirmar que la teoría de la elección racional, a pesar de todas sus críticas, es la que ofrece perspectivas atractivas en muchas circunstancias, de modo que pueda seguir iluminando a los abogados en sus esfuerzos para diseñar regulaciones de ajuste en ámbitos

disparos, como el medio ambiente y el derecho de la competencia.

Lo que realmente importa, sin embargo, es que el valor del análisis positivo debe ser defendido y afirmado, a pesar de que la técnica jurídica a menudo parece ser inaccesible y kafkiana. El L&E ha contribuido a dar luz sobre muchos de estos agujeros negros, y aún puede hacer mucho más para clarificar y racionalizar conceptos jurídicos<sup>(48)</sup>. Hay que añadir que, una vez que se acepta esta trayectoria, la perspectiva del Derecho Comparado podría ofrecer una serie de modelos del mundo real para ser examinados y así contribuir a hacer el laboratorio más útil<sup>(49)</sup>. Esto es precisamente lo contrario de la opinión de ortodoxos que aislarían el sistema de derecho interno de cualquier influencia externa.

### 3.2. Midiendo Sistemas Legales

Un resultado paradójico de la difícil relación entre el análisis económico y la escuela comparatista es que uno de los mecanismos tradicionales en la “caja de herramientas” del estudioso del derecho comparado (la diferencia, además, entre el *Common Law* y el *Civil Law*) se ha convertido en la base para la articular una celebrada hipótesis empírica, primero, en la literatura comenzando con La Porta y sus coautores en 1997 y con la colaboración de Andrei Shleifer como “gurú”; la cual fue conocida *Legal Origins Theory* (de ahora en adelante *LO Theory*)<sup>(50)</sup>.

(48) Véase de manera general FAUST, Florian. *Comparative Law and Economic Analysis of Law*. REIMANN, Mathias y Reinhard ZIMMERMANN (editores). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. 2006; p. 837. Explican y exploran la relación entre el derecho comparado y el análisis económico.

(49) Véase BELLANTOUNO, Giuseppe. *Comparative Legal Diagnostics 7* (Working Paper JEL Classification K00. K12, 2012), disponible en <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2000608>>

En los noventa, el *Comparative Law and Economics* prometía proporcionar abogados comparatistas con herramientas suficientes para realizar una evaluación más precisa de similitudes y diferencias, así como las consecuencias económicas de estas. Para una gran mayoría, esa promesa no se cumplió. La metodología económica tomó la iniciativa y adoptó suposiciones simplificadas. Salvo algunas importantes excepciones, esta no llegó a enfrentarse con la demanda de una minuciosa exploración del contexto institucional planteada por la investigación del Derecho Comparado.

(50) El origen del movimiento de *Law & Finance* puede remontarse al artículo LA PORTA, Rafael. *Law and Finance*. En: *Journal of*



## Roberto Pardolesi y Massimiliano Granieri

El impacto de las variables económicas de origen legal ha llevado a estos autores a argumentar que los sistemas legales originados del *Common Law* inglés desarrollen instituciones superiores para el crecimiento y desarrollo económico que aquellas instituciones del *Civil Law* francés, ello esencialmente por dos razones. En primer lugar, el *Common Law* procede de instituciones más adecuadas para mercados financieros y transacciones de negocios, que a su vez estimulan un mayor crecimiento económico. Y en segundo lugar, el *Civil Law* francés presupone un mayor rol para la intervención estatal, lo cual es perjudicial para la libertad económica y la eficiencia del mercado. Sin embargo, más allá del simple ofrecimiento de una narración descriptiva de qué decisiones legales en el pasado generaron las consecuencias económicas de hoy, la *LO Theory*, y su progenie, dirigidos por el proyecto *Doing Business* del Banco Mundial, pretenden ofrecer una prescripción *ex ante* de qué opciones legales propiciarían mejores rendimientos futuros.

La recién nacida Economía Comparada ha logrado un enorme éxito. El caso del *Doing Business ranking*, inaugurado en 2004, ha logrado extenderse y captar la atención de los medios de comunicación, con espectaculares efectos en términos de influencia operativa: En noviembre 2010, se nos ha dicho que ciento veinticinco estados han adoptado las reformas regulatorias diseñadas a partir de la receta elaborada por

*Doing Business*<sup>(51)</sup>. En una palabra, mientras los estudiosos del Derecho Comparado (con algunas notables excepciones)<sup>(52)</sup> se mantienen viviendo en las torres (ya no más de marfil), perfeccionando sus taxonomías y, alternativamente, inspeccionando los tecnicismos y detalles insoportables de unos algunos sistemas legales, siempre con un estado de ánimo cualitativo y neutral, los economistas comparatistas emprenden investigaciones cuantitativas y de amplia muestra, divulgando sus resultados y alcanzando la gloria; y el dinero.

A nadie debería sorprender que los estudiosos del Derecho Comparado hayan sido ferozmente críticos ante el reduccionismo de sus inesperados y triunfantes rivales<sup>(53)</sup>. Pero su (nuestra) angustia existencial ha emergido y ya no puede permanecer oculta.

En vez de elegir el camino fácil de unirnos al coro de voces negativas, aun siendo razonables muchas de ellas,<sup>(54)</sup> uno debería señalar plausiblemente algunos puntos:

---

*Political Economy*. Volumen 106. 1998; p. 1998. Véase también MÉNARD, Claude y Bertrand DU MARAIS. *Can We Rank Legal Systems According to their Economic Efficiency?*. En: *Washington University Journal of Law & Policy*. No. 26. 2008; p. 55.

- (51) Véase en World Bank, *Business 2012 Report, Executive Summary*, 2012, disponible en <http://www.doingbusiness.org/reports/global-reports/~media/FPDKM/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB12-Chapters/Executive-Summary.pdf>.
- (52) Véase MICHAELS, Ralf. *Op. cit.*; p. 765.
- (53) Véase SIEMS, Mathias L. *Numerical Comparative Law – Do We Need Statistical Evidence in Order to Reduce Complexity?*. En: *Cardozo Journal of International and Comparative Law*. No. 13. 2005; p. 521. SPAMANN, Holger. *Large-Sample, Quantitative Research Designs for Comparative Law?*. En: *American Journal of Comparative Law*. Volumen 57. 2009; p. 797; LEGRAND, Pierre. “Econocentrism”. En: *University of Toronto Law Journal*. No. 59. 2009; p. 215; HADFIELD, Gillian. *The Strategy of Methodology: The Virtues of Being Reductionist for Comparative Law*. En: *University of Toronto Law Journal*. No. 59. 2009; p. 223. Una de las corrientes de crítica fluye directamente desde el enfoque dinámico de formantes legales que asume como contribución específica del Derecho Comparado a la doctrina jurídica, la revelación de “patrones que encuentran implícitos pero que tienen efectos externos”. SACCO, Rodolfo. *Op. cit.*; p. 385. Una de las conclusiones a la que llega esta posición “es que los modelos que se pueden utilizar para la comprensión y manipulación de órdenes humanos son igual o más complejas que el fenómeno que es objeto de estudio. En este ámbito del conocimiento académico no podemos construir un modelo de cómo funciona algo que es menos complejo que la cosa en sí: el modelo simplificado no nos permite captar intelectualmente el objeto de estudio”. MONATERI. *Cross-System*, *Supra* nota 32.
- (54) Existe una excepción notable respecto a los argumentos que llevan a la conclusión de que los sistemas jurídicos no son comparables entre sí, y que la eficiencia o el crecimiento económico no son aspectos relevantes para entender el sistema legal, ya que tal “enfoque no ayuda a la comprensión de las limitaciones de la literatura de origen jurídico y resulta contraproducente para cualquier análisis de eficiencia significativo y manejable”. GAROUPA, Nuno y Carlo GOMEZ LIGÜERRE. *The Syndrome of the Efficiency of the Common Law*. En: *Boston University International Law Journal*. No. 29.

## El Futuro de los Profesores de Derecho y el Derecho Comparado *The Future of Law Professors and Comparative Law*

- a. *The Law and Finance Movement*, en la raíz de toda la historia, debería ser acreditado para inducir a la opinión pública a reconocer que las normas legales si importan y merecen un cuidadoso diseño: los abogados han estado conscientes de esta interrelación, pero no han convenido satisfactoriamente un mensaje para el público en general. Sigue siendo una contundente paradoja el hecho de que dicha fuerte declaración sobre el instrumentalismo del Derecho haya sido hecha por los economistas (y cobrando impulso debido a estos)<sup>(55)</sup>.
- b. Organizar una clasificación de sistemas legales no es inviable ni mucho menos tonto: es simplemente inútil. Basta con ver la entrada más reciente, el *OCDE better life index*, y será demasiado obvio que incluso lo inconmensurable se puede medir, si se acepta un grado ilimitado de aproximación sincera<sup>(56)</sup>. La clasificación, en su mejor momento, exhibirá las mismas virtudes e inconvenientes, de un modelo económico. Los economistas construyen modelos con el fin de desenredar las interacciones del mundo real, aquellas complejas y difíciles de descifrar; asimismo, enfocan su atención en la estructura detallada de una lógica sobre como los procesos y sistemas trabajan. La virtud de construir un modelo es que permite una discusión clara sobre lo que está siendo reclamado. La desventaja es que lo que se puede estar dejando afuera es el mismo *quid* de la cuestión. En la misma línea, una clasificación puede ser establecida, enfocándose en algunas peculiaridades de los sistemas legales: pero ya que cada sistema es extremadamente complicado, no existe ninguna manera de mantener constante los otros factores; incontables circunstancias y eventos pueden ser antecedentes de un resultado social deseable, asumiendo que pueda alcanzarse un consenso sobre lo que es deseable. Cuando la clasificación es producto de la maestría individual (que es bastante inusual) va a dar una imagen fragmentada del sistema retratado. La selección por mandatarios, aunque importante y sugestiva,

tampoco ayudará, simplemente porque sería fácil organizar una diferente forma de selección para apoyar un resultado opuesto<sup>(57)</sup>.

- c. La eficacia de los números ha sido resaltada por la nueva ola de economistas comparatistas: el genio ha salido de la lámpara y no puede ser puesto de vuelta en ella. Acostumbrado a la oscilación cualitativa del análisis del método del caso, el estudioso ortodoxo del Derecho Comparado se ve tentado a rechazar cualquier herramienta cuantitativa, argumentando que los números no se ajustan a su reino. Pero herramientas cuantitativas son simplemente herramientas; ellas son neutrales en el sentido de que su resultado dependerán de como sean desplegadas. El que el universo legal no sea, o sea menos, compatible con el análisis cuantitativo es un sentimiento generalizado debido a la falta de familiaridad con esta armería. Pero solo encontrando las dimensiones adecuadas, resultará valioso. Por último, la pregunta real no es si la "leximétrica" es deseable o no, sino si puede ser implementada en la práctica, por ejemplo, si es posible a un costo razonable construir medidas de un fenómeno relevante que sea lo suficientemente significativo como para generar resultados convincentes.

*Doing Business* como proyecto puede ser objetado *per se*; con todo, esté ha dado a lugar a una enorme atención del rol del Derecho y las

2001: pp. 287-292; Véase también GAROUPA, Nuno y Andrew P. MORRIS. *The Fable of the Codes: The Efficiency of the Common Law, Legal Origins and Codification Movements*. En: *III. Program in Law, Behavioral & Social Sciences*. Paper No. LBSS11-32. 2001, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1925104>.

(55) Hubo un "momento fascinante" constituido por el hecho de que "los economistas nos habían proporcionado algunos resultados empíricos importantes sobre la relación entre las instituciones legales y los resultados económicos que reflejan aquellas teorías ya avanzadas por grandes pensadores de anteriores generaciones", desde Max Weber hasta Friedrich Hayek. MILHAUPT, Curtis J. *Beyond Legal Origin: Rethinking Law's Relationship to the Economy Implications for Policy*. *American Journal of Comparative Law*. Volumen 57. 2009; p. 831.

(56) *The OECD Better Life Index*, disponible en <http://oecdbetterlifeindex.org/>. Consulta: 10 de Mayo del 2012.

(57) Véase GAROUPA, Nuno y Carlo GOMEZ LIGÜERRE. *Óp. cit.*; pp. 321-324.



## Roberto Pardolesi y Massimiliano Granieri

instituciones legales como factores comparativos y su relaciones íntima con las decisiones políticas que influyen en el rendimiento de los sistemas legales. Ya que la competencia entre los sistemas legales implica una variedad de soluciones jurídicas, no hay duda alguna sobre el papel prominente que se les otorga a los abogados comparatistas, y ello los compele a una revisión de la identidad de los abogados en las sociedades contemporáneas.

### 4. Lo que el Derecho es y lo que debería ser

#### 4.1. El rol del Derecho en un mundo globalizado

Gran parte del debate sobre los objetivos y métodos del Derecho Comparado, así como todas las contribuciones a la investigación jurídica por los estudiosos del Derecho Comparado, son como una pintura que aún no está terminada, cuyos contornos y colores parecen cambiar de acuerdo a la década. Eventualmente, ahora que la globalización y otros “cambios mayores” han eliminado gradualmente las diferencias y han hecho fácilmente accesibles “otros” sistemas legales, así como más comprensibles a comparación de lo que eran apenas hace unos 50 años atrás, nos queda, sin embargo, una pregunta fundamental<sup>(58)</sup>: ¿es un asunto legítimo y auténtico el seguir discutiendo sobre los objetivos y la metodología del Derecho Comparado si su destino fuera independientemente con respecto al rol de los estudios jurídicos en general? ¿O tal vez deberíamos llevar la discusión a un nivel más general, tomando en consideración la posición de los abogados en las sociedades modernas, así como del futuro de los profesores de

derecho? Nosotros sostenemos la posición de que la respuesta al Derecho Comparado solo puede ser dada en relación a la respuesta al rol de los abogados en la sociedad; desde este punto de vista, la suerte de cada abogado se encuentra inevitablemente entrelazada con la de sus pares<sup>(59)</sup>. Más aun, ya que los sistemas legales están convergiendo ante el modelo del Estado de Derecho, podemos afirmar que una orientación del Derecho hacia como debería ser es inevitable para los juristas, cuya identidad solo puede ser la de científicos en la ciencia de la comparación<sup>(60)</sup>.

La pregunta fundamental, “¿qué es lo que defendemos?” no es una pregunta que solo los abogados comparatistas tengan la carga de responder. Es, en cambio, una interrogante inevitable y fundamental sobre el rol que esperamos que tenga el Derecho en el nuevo orden social; donde las complejidades de las economías, los mercados interconectados, la globalización de los derechos humanos, los conflictos políticos y religiosos, y las tecnologías de difusión anulan cualquier intento por concebir al Derecho como una manifestación nacional pura de soberanía mientras se refuerza su rol de técnica de dominación para gobernar las relaciones humanas.

(58) Véase CLARK, David Scott. *Óp. cit.*, p. 872. Se resaltan los cambios sociales, económicos y culturales que marcaron el lapso de tiempo entre 1900 y 2000, y aun así la historia ha evolucionado más rápidamente en la última década.

(59) En adelante, asumimos que los sistemas legales son accesibles y comprensibles, implícitamente nos negamos a aceptar las teorías postmodernas del Derecho y sus consecuencias extremas. En cambio, tendemos a mostrar que puede existir una metodología del Derecho y que esta puede servir para un propósito científico. Así postulamos el que una metodología jurídica es científica aún si su objetivo inmediato no es el adquirir mayor conocimiento o respaldar el proceso interno de interpretación, pero sí el concurrir en la elaboración de un orden jurídico. Para argumentos sobre el método jurídico como método científico, véase RÜCKERT, Joachim. *Friedrich Carl Von Savigny, The Legal Method, and the Modernity of Law*. En: *Juridical Int'l*. No. 11. 2006; pp. 55 y 66. Para las razones por las que los abogados fueron perdiendo peso en otras disciplinas, véase POSNER, Richard A. *The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987*. En: *Harvard Law Review*. No. 100. 1987; pp. 761 y 769. Otras ciencias han rivalizado con “la pretensión del Derecho de privilegiar su perspectiva dentro de su propia materia”. La respuesta de los juristas ha sido inadecuada así como a negarse a que el Derecho sea consistentemente interdisciplinario. Véase también REIMANN, Mathias. *The Progress...*; p. 685 (incluso el derecho comparado ha fracasado en esta tarea porque “a pesar de muchas advertencias y necesidades obvias, el Derecho Comparado aún no se ha convertido en interdisciplinario”) (notas a pie de página omitidas).

(60) La asunción básica de nuestra posición es que “muchos problemas jurídicos son conceptualmente los mismos donde sea que estos surjan” y “si las preguntas surgidas son las mismas para los juristas de distintas naciones, entonces la ciencia jurídica debería ser transnacional”. GORDLEY, James. *Comparative Legal...*; p. 560.

## El Futuro de los Profesores de Derecho y el Derecho Comparado *The Future of Law Professors and Comparative Law*

Y es que hay un rol mucho más importante para el Derecho en una sociedad globalizada; uno de los efectos inmediatos de la globalización ha sido la erosión en muchos sistemas jurídicos de las áreas de la vida humana y de la sociedad que se rigen por las reglas de la política o las reglas de la tradición<sup>(61)</sup>. En cierto sentido, el nuevo orden económico parece ser más confiable para el Estado de Derecho de lo que era en el pasado, y los cambios legales desencadenados por los reportes y rankings de *Doing Business* implican un recurso masivo para las herramientas jurídicas para el mejoramiento del desempeño económico de los sistemas jurídicos. En este “calentamiento global jurídico”, la importancia del Derecho se ha incrementado, pero otras ciencias sociales amenazan la exclusividad de los abogados en el manejo del cambio legal. Como se ha observado repetidamente, la *LO Theory* y “la “versión política” de los orígenes de la literatura jurídica” (es decir, el reporte *Doing Business*)<sup>(62)</sup> son originalmente sugerencias hechas por economistas<sup>(63)</sup>. Holmes escribió que el hombre del futuro era el hombre de la economía y maestro de las estadísticas<sup>(64)</sup>; ¿pero es cierto que el futuro no pertenece a los abogados? ¿O fue más bien una sugerencia (como ciertamente lo fue) de que el abogado del futuro deberá de abrirse a la disciplina de la economía y las estadísticas? ¿Fue una proposición sobre la evolución de la profesión legal o simplemente un presagio de su fin? Indudablemente, la profesión legal como meramente una práctica profesional (una técnica, más que una ciencia aplicada) no va a desaparecer; los jueces y abogados se mantendrán como actores activos en el ámbito legal. La pregunta es en cambio sobre el Derecho como ciencia y la investigación jurídica como una

empresa para el avance del bienestar humano que provea soluciones eficientes para los problemas contemporáneos.

Si un papel puede ser reconocido positivamente al Derecho Comparado y una nueva dirección puede ser sugerida para los estudios de Derecho Comparado, dependerá de la habilidad de proveer una contribución especial al nuevo orden social que otras ciencias jurídicas (y sociales) no están en capacidad de ofrecer. Esta contribución dependerá del tipo de conocimiento adquirido a través de la comparación de los sistemas jurídicos y su uso en relación con los proyectos de cambio legal<sup>(65)</sup>.

### 4.2. Leyes de la naturaleza y las leyes humanas

Todas las ciencias han reflexionado sobre sus objetivos y métodos; el Derecho no es la excepción. Para otras disciplinas el descubrir su misma identidad basada en lo que hacen es relativamente más fácil que para las disciplinas jurídicas. Una primera y sencilla diferencia es que muchas ciencias son universales por naturaleza. Estas formulan reglas y principios que son válidos y verificables independientemente del lugar en que estas operan. El Derecho es, en su mayor parte,

(61) Como una cuestión de hecho, el impacto del cambio legal y la erosión comenzó mucho antes, incluso el matrimonio en el Derecho Hindú se ha visto influenciado por los modelos occidentales. Véase KHAN- FREUND, Otto, *On Uses and Abuses of Comparative Law*. En: *Modern Law Review*. No. 37. 1974; pp. 1-3. Deberíamos ser conscientes que la categoría occidental de Derecho es una construcción que no todas las sociedades conocen. SACCO, Rodolfo. *Antropologia giuridica...*; p. 385. La contribución sobre las sociedades sin Estado o fuera del Derecho es una que el Derecho Comparado debe a la Antropología Legal.

(62) Para la definición, véase GAROUPA, Nuno y Carlo GOMEZ LIGÜERRE. *Óp. cit.*; pp. 321-289. Supra nota 54.

(63) Más sarcásticamente, MICHAELS, Ralf. *Óp. cit.*; pp. 775-776, supra nota 31, en, se refiere a los autores de la tesis del origen jurídico y los reportes *Doing Business* como “todos los economistas (y los “aspirantes de abogados”, como alguno de ellos alguna vez lo dijo) que apuntan al proyecto de la economía comparada, y no a la del derecho comparado”.

(64) Véase HOLMES, Oliver W. *Óp. cit.*; p. 469.

(65) Usamos la expresión “cambio legal” en sentido amplio, no como sinónimo de reforma legal. Los cambios legales suceden cuando sea que una autoridad dada (jueces, legisladores, funcionarios públicos) mejoran la oferta de normas en la sociedad, ya sea promulgando nuevas normativas o resolviendo disputas sentando su interpretación. Estamos de acuerdo con EISENBERG, Melvin A. *The Nature of Common Law*. 1988; p. 5, cuando señala que las cortes mejoran la oferta legal de normas. Véase también REIMANN, Mathias. *Óp. cit.*; p. 677, supra nota 3.



## Roberto Pardolesi y Massimiliano Granieri

un fenómeno nacional, al menos lo es desde la formación de los Estados-Nación, por lo que cualquier discurso sobre el Derecho esta inevitablemente influenciado por la experiencia y la educación de quienes elaboraron las teorías y formularon las proposiciones de la ciencia jurídica<sup>(66)</sup>. Hasta cierto punto, los debates sobre los objetivos y la metodología del Derecho Comparado están influenciados en este aspecto, así como cualquiera que quiera brindar una respuesta está influenciado, más o menos consciente, desde sus orígenes<sup>(67)</sup>. La medicina y la física no son nacionales en la misma forma en que el Derecho puede llegar a serlo. Dicha característica intrínseca tiene implicancias obvias para la enseñanza y la conducción de la investigación y la aplicación de la medicina y la física<sup>(68)</sup>.

En cuanto a lo que se ocupan el método y los objetivos de dichas ciencias, la respuesta es más fácil en comparación con el Derecho. Así como hay un vínculo innegable entre el desarrollo científico y práctico y los métodos. Las ciencias médicas generan conocimiento sobre la manera en que nuestros cuerpos trabajan y como puede ser curado en caso de enfermedad. La Física, de similar manera, investiga las leyes que rigen la naturaleza y su enseñanza puede ser aplicada en otras áreas, como la mecánica, para inventar y construir

máquinas y herramientas. De forma importante, incluso los estudios epistemológicos tienden a distinguir convencionalmente las ciencias básicas de las aplicadas, es claro que cualquier investigación se mantiene científicamente válida, independientemente de la etiqueta que se le dé. El conocimiento básico fuera de la investigación científica no pierde su dignidad científica porque en cierto punto se vuelve útil<sup>(69)</sup>. En el mismo punto, nadie emprende la ciencia aplicada asumiendo que resultados útiles de su actividad no valdrán desde algún punto de vista científico<sup>(70)</sup>.

A pesar de las diferencias entre dichas ciencias y el Derecho, hay muchas más similitudes de las que uno podría creer.

Ante todo, en la explicación de los fenómenos de la naturaleza, aquellas ciencias que algunas veces denominamos como “exactas” o “duras” ya no son deterministas en términos absolutos<sup>(71)</sup>. Después de la afirmación del

- 
- (66) Hay una conexión inevitable con la problemática noción de cultura. Véase EBERLE, Edward J. *Óp. cit.*; p. 677, supra nota 3; MINDA, Gary. *Óp. cit.*; p. 68, supra nota 18.
- (67) MICHAELS, Ralf. *Óp. cit.*; p. 786, supra nota 31, se refiere a estos como *homeward bias*; GORDLEY, James. *Is Comparative Law a Distinct Discipline?* En: *American Journal of Comparative Law*. Volumen 46. 1998; pp. 607 y 611. Gordley se refiere a ellos como “sesgos del sistema”. Eberle adopta la noción de “*Cognitive Lock-in*”, originalmente propuesta por Vivian Curran. EBERLE, Edward J. *Óp. cit.*; p. 453.
- (68) Como consecuencia de ellos, ciencias como la Medicina, Química, Física, así como la Economía, Sociología, o Estadística pueden ser aplicadas y enseñadas, o convertirse en materia de la investigación científica, sin limitaciones geográficas o políticas.
- (69) Estamos de acuerdo con que “es una vulgar falacia el suponer que una investigación científica no puede ser fundamental si promete en convertirse útil o si alza en respuesta a los problemas del mundo cotidiano. El mundo real, a decir verdad, es el más fértil de todos los recursos para buenas preguntas de investigación que claman por una investigación científica básica”. SIMON, Herbert A. *Rational Decision Making in Business Organization*. En: *American Economic Review*. 1979; pp. 493 y 494
- (70) Argumentando que la oposición entre el Derecho como ciencia y el Derecho como herramienta para resolver conflictos aun ilustra las diferencias de enfoque entre los estudiosos de Derecho Comparado europeos y los norteamericanos, véase WERRO, Franz. *Óp. cit.*; p.1229, supra nota 3.
- (71) Véase KUHN, Thomas. *Óp. cit.* 1996; p. 145. Supra nota 22. Véase también MAJORANA, Ettore. *Il valore delle Leggi Statistiche nella Fisica e nelle Scienze Sociali*. En: *Scientia*. No. 36. 1942; pp. 58-66, reimpresso en SCIASCIA, Leonardo. *La Scomparsa di Majorana*. 1997; pp. 63 y 64.  
“*La disintigración de un átomo radiactivo può obbligare un contatore automatico a registrarlo con effetto meccanico, reso possibile da adatta amplificazione. Bastano quindi comuni artifici di laboratorio per preparare una catena comunque complessa e vistosa di fenomeni che sia comandata dalla disintigración accidentale di un solo átomo radiactivo. Non vi è nulla dal*

## El Futuro de los Profesores de Derecho y el Derecho Comparado *The Future of Law Professors and Comparative Law*

principio de Indeterminación de Heisenberg, incluso la física se ha vuelto probabilística. Y las más importantes contribuciones en las ciencias de la vida reconocen que conocemos muy poco en términos de la expresión genética y la recombinación, a menos que confiemos en la información estadística y los modelos que predicen como la materia viva evoluciona<sup>(72)</sup>. Las leyes que describen el funcionamiento de la materia son verdaderas, universales, orgánicas, como cual se espera que cualquier ley científica lo sea, y aun así estas pueden fallar en explicar su objeto<sup>(73)</sup>. Nuevas leyes deben, entonces, ser proporcionadas<sup>(74)</sup>. Pero cuando una ley científica es lo suficientemente confiable como para explicar un fenómeno natural, no sufrirá de limitaciones geográficas o políticas.

Sería extender demasiado la similitud si uno dijera que lo mismo sucede con el Derecho. Las leyes humanas (aquellas estudiadas, interpretadas y algunas veces redactadas por los juristas) no describen el comportamiento humano. Ellas prescriben comportamientos que se supone deben asegurar

la existencia pacífica y el bienestar de las sociedades en conjunto. El Derecho está más preocupado de responder a las acciones, en vez de inducirlos<sup>(75)</sup>. Los abogados no están preocupados de las reacciones esperables de los individuos hacia el derecho, sino de redactar proyectos de ley o de interpretar las leyes así como los precedentes, para cualquier comportamiento humano relevante que deba encontrar respuesta en una norma. Todo esto significa que los abogados y el estudio del Derecho no tienen virtudes proféticas (como hemos observado, la ciencia jurídica se ocupa más de las acciones del pasado) y esta es una de las razones por la que los encargados de formular las políticas recurren a la economía si quieren saber con mayor antelación de las reacciones individuales probables a los incentivos y castigos. Si se puede encontrar

---

*punto di vista strettamente scientifico che impedisca di considerare come plausibile che all'origine di avvenimenti umani possa trovarsi un fatto vitale egualmente semplice, invisibile e imprevedibili. Se è così, come noi riteniamo, le leggi statistiche delle scienze sociali vedono accresciuto il loro ufficio che non è soltanto quello di stabilire empiricamente la risultante di un gran numero di cause sconosciute, ma soprattutto di dare della realtà una testimonianza immediata e concreta. La cui interpretazione richiede un'arte speciale, non ultimo sussidio dell'art' di governo".*

Véase también ROTONDI, Mario. *Technique du droit, domatique et droit comparé*. En: *Revue Internationale du Droit Comparé*, No. 20. 1968 ; p. 11.

- (72) Los juristas interesados en la evolución de las normas e instituciones jurídicas se han valido de las explicaciones teóricas de otras ciencias sobre la evolución. Una de las mayores contribuciones proviene de la filosofía de la ciencia. Véase KUHN, supra nota 22 (discute la teoría de los paradigmas y revoluciones científicas). El Análisis Económico del Derecho, tradicionalmente imbuido y fascinado por el modelo evolucionista clásico, también ha recurrido a otras teorías que fueron originalmente elaboradas en la biología. Véase generalmente ROE, Mark J. *Chaos and Evolution in the Law and Economics*. En: *University of Pennsylvania Law Review*. 1983; pp. 1121 y 1136. Discutiendo la relación compleja entre el derecho y la sociedad y las explicaciones sobre el cambio legal basándose en argumentos históricos y sociológicos, véase también: WATSON, Alan. *Legal Change: Sources of Law and Legal Culture*. En: *University of Pennsylvania Law Review*. No. 131. 1983; pp. 1121 y 1136.
- (73) Considerando el carácter universal y la unidad orgánica de los dos criterios para considerar si una doctrina es susceptible de construcción científica, véase ROTONDI, Mario. *Op. cit.*; p. 9.
- (74) Véase ROTONDI, Mario. *Op. cit.* (las leyes naturales "représentent le point d'arrivée de la recherche théorique ou expérimentale, et doivent donc être corrigées chaque fois que l'on constate une divergence entre elles et la réalité du phénomène") (nota de pie de página omitida).
- (75) Ver KHAN- FREUND, Otto. *Op. cit.*; p. 5, también provee ejemplos del uso de patrones legales foráneos "con el propósito de producir más que responder al cambio social en casa". El autor considera que los trasplantes jurídicos como aquellos casos en donde el cambio legal se da a propósito, y advierte sobre los cambios del uso del Derecho Comparado al respecto. Por supuesto, hay leyes y resoluciones por jueces que traen cambios directos en sociedad, incluso si estos están originalmente dirigidos para la resolución de conflictos, incluso si están originalmente dirigidos para la resolución de conflictos entre los justiciables concretos. *Brown v. Bd. of Educ. of Topeka*, 347 U.S. 453 (1954) sigue siendo un ejemplo notable del impacto del sistema educacional en los Estados Unidos.



## Roberto Pardolesi y Massimiliano Granieri

una razón a la pérdida progresiva de centralidad del Derecho entre las ciencias sociales, la falta de capacidad predictiva puede ser contada como una<sup>(76)</sup>. Este mismo defecto también explica el éxito del Análisis Económico del Derecho en todas las áreas del Derecho.

No es necesario decir que, ya que el trabajo de los abogados en ejercicio no tiene nada que ver con predecir comportamientos futuros, la ley de la cual ellos se ocupan es en retrospectiva; las leyes imponen una conducta e imponen una sanción si los individuos no se comportan de acuerdo a la conducta esperada. Este aspecto no debe ser sobrestimado, ya que las previsiones *ex ante* tienen una influencia en la conducta humana. Cuando el Derecho es interpretado y aplicado, se refiere a hechos del pasado y su aplicación e interpretación actual no nos dice nada sobre el futuro. La misma idea de “normalidad” implícita en el concepto de “norma” se da después de todo lo ocurrido en el pasado y esta se basa en lo que se ha expresado mediante la fórmula latina de *Id quod plerumque accidit*. Notese que *plerumque* (la mayoría) no significa todos, bajo ninguna condición, en cualquier tiempo. Las normas supletorias, por ejemplo, están basadas en una asunción anecdótica, que es que las partes contratantes en un escenario dado *no van* a contratar bajo estas normas porque ante similares condiciones una buena cantidad de partes contratantes no lo han hecho en el pasado<sup>(77)</sup>.

Incluso si las leyes de la naturaleza y las leyes humanas confiaran en asunciones probabilísticas, las primeras son de alguna manera intrínsecamente predecibles. Una vez aceptado esto como su paradigma dominante, una ley de la naturaleza (y su codificación) puede describir el pasado tan bien como nos puede decir como la materia reaccionará ante

condiciones iguales o similares. No porque la ley este prescribiendo una reacción dada o una conducta, sino porque dicha ley es interna al fenómeno observado. Esta, por supuesto, no es la situación de las leyes promulgadas por los legisladores y las resoluciones emitidas por los jueces.

Los científicos sociales aceptan la idea de que pueden valerse de menos leyes descriptivas del comportamiento humano comparado que la cantidad de leyes descriptivas de fenómenos naturales empleadas por otros científicos<sup>(78)</sup>. Incluso si la física u otras disciplinas aceptan explicaciones probabilísticas sobre lo que sucede en la realidad, el elemento que diferencia a las ciencias sociales de las demás es el libre albedrío de los individuos. Una de las pocas leyes aceptadas en el estudio de la conducta humana es que  $[B = f(P, E)]$ , lo que significa que la forma en que las personas actúan (B) depende de su personalidad (P) y de su entorno externo (E). En la ecuación, el Derecho no aparece. Aunque nadie puede negar que el Derecho forma parte integrante de dicho entorno. Es aquella “variable dependiente” que concurre en la explicación de cómo la gente reacciona ante los incentivos o la previsión de una sanción<sup>(79)</sup>. La ecuación indica que las personas siempre tienen la opción de escoger y que, una vez que el entorno cambia, su respuesta puede ser diferente. Después de todo, la idea misma de la ingeniería social se basa en esta ecuación.

(76) Señalando que el debate sobre los orígenes jurídicos y de los reportes *Doing Business* debe en parte a su “fuerte elemento normativo”, véase MICHAELS, Ralf. *Op. cit.*; p. 780, supra nota 31.

(77) Sobre que las normas supletorias son preferidas por la mayoría de un grupo de contratistas, véase: AYRES Ian y Robert GERTNER. *Majoritarian vs. Minoritarian Defaults*. En: *Stanford Law Review*. No. 51. 1999; p. 1591.

(78) Curiosamente, Kuhn en el prefacio de su obra *The Structure of Scientific Revolutions*, da testimonio de cómo, siendo un científico que no pertenece a las ciencias sociales, se vio sorprendido por la falta de consenso existente entre las distintas disciplinas a las que estuvo expuesto en sus trabajos de investigación, y no respecto de la naturaleza de los problemas y métodos científicos. Véase KUHN, supra nota 22, capítulo X. Su sorpresa debería de restar importancia a las críticas hechas hacia el Derecho Comparado, en lo que respecta a sus dificultades para encontrar un acuerdo temporal entre sus estudiosos sobre sus objetivos y metodología.

(79) Sobre la idea del Derecho como variable dependiente, véase; MACAULAY, Stewart. *The New Versus the Old Legal Realism: “Things Ain’t What They Used to Be”*. En: *Wisconsin Law Review*. 2005; p. 365.

## El Futuro de los Profesores de Derecho y el Derecho Comparado *The Future of Law Professors and Comparative Law*

Nuestra afirmación principal es que la probabilidad de que una nueva regla (promulgada por legisladores, dispuestas por jueces o impuesta por autoridades administrativas) o su ausencia produzcan un resultado socialmente deseable, no puede calcularse desde una perspectiva meramente local<sup>(80)</sup>. Los juristas del Derecho Comparado han insistido en esto, para reafirmar su rol más que como una necesidad. Sin embargo, hay razones tanto objetivas como imperativas para una experiencia comparada. Si un sistema legal está dispuesto a conocer el impacto de la norma, en otras palabras, poder predecir el efecto de una regla en el comportamiento humano, la única opción posible es establecer la regla y esperar. Por supuesto, esta opción (de gran semejanza con un patrón de prueba y error) debe de sopesarse con el riesgo de que el experimento falle y con los costos asociados al potencial aplazamiento de objetivos socialmente deseables.

Pero si el riesgo es demasiado alto, al ser de suma importancia los valores en juego, la única otra opción es mirar al exterior y observar a otros para aprender de su gloria o miseria.

La observación de lo ocurrido en otros sistemas jurídicos lejanos en el espacio o en el tiempo, nos ayuda a ganar conocimiento sobre el funcionamiento de una regla observada, las condiciones externas, las reacciones de los individuos, y

el nivel de adhesión a sus preceptos<sup>(81)</sup>. Sin ninguna discontinuidad lógica con respecto a los mismos conocimientos adquiridos sobre la ley observada, la misma información puede ser utilizada para predecir, no de manera determinista sino probabilística, cuál sería el resultado si la misma regla o ley se aplicase en otro lugar, o si la opción del status quo fuera preferida. El grado de probabilidad será mayor o menor dependiendo de la cantidad existente de condiciones observadas en otros sistemas (o en el pasado de un mismo sistema) o que puedan ser reproducida en el presente. Otros elementos iguales, las mismas reglas o las mismas instituciones, habrán de producir los mismos resultados<sup>(82)</sup>. Lo predictivo aquí no es la introducción de una nueva norma, o la decisión de no regular un ámbito determinado; ambas opciones sufrirían un sesgo intrínseco debido al limitado punto de vista desde el que se adoptan. Sin el conocimiento (comparativo) externo no hay manera confiable de seleccionar los elementos (sean normativos o facticos) que, entre una serie de factores, están relacionados de alguna manera con el resultado previsto o los efectos deseados<sup>(83)</sup>.

- (80) El objetivo final no es el proporcionar soluciones, sino de por lo menos poner sobre la mesa elementos que se puedan utilizar para evaluar tanto el marco legal vigente como el proyectado a futuro. Sobre una perspectiva comparatista “para estimular el pensamiento crítico mediante la apertura de la mente a otros posibles resultados” véase ANDERSON, Jerry L. *Comparative Perspectives on Property Rights: The Right to Exclude*. En: *Journal of Legal Education*. No. 56. 2006; pp. 539 y 543.
- (81) La importancia de los contextos ha sido ampliamente reafirmada, comenzando por las contribuciones de Rabel; véase MARKESINIS, Basil S. *Óp. cit.*; p 38, supra nota 2. Raoul de la Grasserie (tal y como lo indica CLARK, David Scott. *Óp. cit.*; p. 881. Supra nota 1), en el Congreso de Derecho Comparado en 1900, ya había considerado “a la legislación extranjera como un vasto campo experimental, en el que el legislador puede observar los efectos de las tentativas de reforma que han venido realizando distintas naciones civilizadas.” (pie de página omitido). A pesar de ello, esa generación de comparatistas no estaba interesada en cómo debía ser el derecho, sino en cómo es realmente y cómo va evolucionando hacia un derecho común para la humanidad (*Ídem.*; p. 884)
- (82) Un notable ejemplo de lo difícil que es hacer un cambio legal que se ajuste a los propósitos iniciales es el de la responsabilidad civil por los productos en Europa, a diferencia de los Estados Unidos. Aún después de muchos años- la directiva Europea fue aprobada en 1988, los casos de responsabilidad por productos defectuosos se mantienen en cifras pequeñas.
- (83) Cabe destacar que SACCO, Rodolfo. *Legal Formants...*; p. 389, intuyó que el Derecho Comparado podía ser utilizado como una variable de control; el abogado “puede buscar una correspondencia entre la causa y efecto” y puede obtener control para distintos propósitos “elaborando una lista de los países en los cuales tal o cual evento haya tenido lugar”. El problema con la posición de Sacco es que, desde su dimensión constructivista pura, el Derecho Comparado es declarado útil para la sociología, más que para el derecho. Para efectos legales, el Derecho Comparado permanece como un esfuerzo puramente intelectual para la adquisición de conocimiento.



## Roberto Pardolesi y Massimiliano Granieri

Lo que es realmente predictivo es la experiencia de opciones regulatorias similares en otros sistemas jurídicos y la capacidad de identificar las condiciones, que con un nivel aceptable de probabilidad sean conducentes a resultados similares, y aquellas otras condiciones que probablemente frustren el propósito normativo<sup>(84)</sup>.

Nosotros desarrollamos la noción de que cuando se trate de lo que debería ser el Derecho, el Derecho Comparado es para los juristas la fuente de la “variable controlada” del cambio legal.<sup>(85)</sup> El conocimiento sobre otros sistemas jurídicos, sus leyes, su estructura social, y sus atributos institucionales, es la contribución específica que el Derecho Comparado puede aportar a la edificación de nuevos órdenes sociales,<sup>(86)</sup> no para sugerir trasplantes legales (esto se deja a la política), o simplemente medir las similitudes y diferencias, sino para establecer correlaciones positivas en términos de probabilidad entre una ley y los objetivos socialmente deseables<sup>(87)</sup>.

Lo deseable no está totalmente fuera del alcance de los abogados, porque la relación entre un objetivo social y el instrumento para lograrlo es demasiado estrecha y crítica como para que ambos elementos permanezcan en diferentes mundos.<sup>(88)</sup> La evaluación de las soluciones legales (según criterios como la eficiencia o la justicia u otros valores) ha sido a veces despreciada por aquellas escuelas de pensamiento que consideran este tipo de ejercicio intelectual “incompatible

con su principal objetivo de conocimiento puro”<sup>(89)</sup>. Esta es también una causa importante del aislamiento intelectual de los abogados en general, y no sólo para los versados en el Derecho Comparado. Un cambio de perspectiva se llevará a cabo si los abogados son llamados a prestar su ciencia o arte para determinar cómo debe ser la ley. Declaramos aquí nuestra convicción de que no puede haber una mejora en la identidad social de los abogados contemporáneos si es que estos no aceptan el papel del Derecho Comparado como determinante de su particular metodología científica, así como no lo habrá si el Derecho Comparado no redirige sus esfuerzos intelectuales hacia una dimensión funcional así como a los objetivos de la disciplina<sup>(90)</sup>.

La perspectiva histórica es importante, tal como el conocimiento comparado implica el control de las coordenadas de un sistema legal en el espacio y en el tiempo. Si los hechos relativos a un sistema legal son expuestos en un *continuum*, el conocimiento del pasado es parte de aquellos elementos que debe tener en cuenta el Derecho Comparado al definir el conjunto de condiciones que son

(84) Hasta cierto punto, en lo que se refiere a trasplantes legales, estamos de acuerdo con KHAN- FREUND, Otto. *Óp. cit.*; p. 6, en que la relación entre el uso de un modelo extranjero y un objetivo social establecido es también una cuestión de grado. Los trasplantes pueden tener éxito, fracasar, o tener cierto grado de éxito.

(85) Las variables controladas son elementos que pueden afectar el resultado de un experimento o de una observación.

(86) Atributos específicos de los sistemas legales pueden ser considerados como factores ambientales en la teoría de Montesquieu. Sin embargo, los factores ambientales no deben ser interpretados como elementos específicos de algún sistema, que impiden la circulación de un modelo, sino como factores circunstanciales que concurren en el éxito de una norma o de su fracaso.

(87) ROTONDI, Mario. *Óp. cit.*; p. 13, supra nota 71, afirmaba que el estudio del Derecho debería tener como “*but de découvrir-si possible- certains moments constants de ce processus évolutif ininterrompu qui, projetés par l’expérience du passé dans l’incertitude de l’avenir, nous donnent aussi la possibilité de deviner avec une précision suffisante les effets de cette évolution qui ne s’arrête pas dans le présent mais perpétue dans l’avenir*”.

(88) “*Va da sé che, paralelamente, il ruolo del giurista diviene quello dell’ingegnere sociale, ed i critei ermeneutici cui é invitato a por mano sono collegati alla compresione e sviluppo degli obiettivi di policy sottesi alle scelte predette*”. GAMBARO, Antonio. *Óp. cit.*; p. 999.

(89) Véase MICHAELS, Ralf. *Óp. cit.*; p. 784. Sobre la Escuela de Trento y las Tesis de Trento, véase GAMBARO, Antonio. *Óp. cit.*; supra nota 33.

(90) De ninguna manera se está afirmando que el Derecho Comparado es un método más que una ciencia en sí misma. Por el contrario, es una ciencia que no pierde su identidad al ser útil para otras ramas del derecho, proporcionando valiosa información y metodologías para llevar a cabo el tipo de cambio legal descrito anteriormente.

relevantes para un resultado socialmente deseable<sup>(91)</sup>. Así, el conocimiento histórico es conocimiento comparado en la misma medida en que lo es el conocimiento económico, sociológico, lingüístico, o político<sup>(92)</sup>. Incluso, en lo que respecta a la historia, estamos a gustos con la conclusión de que no puede haber ninguna discontinuidad entre la adquisición de conocimientos *per se* y la adquisición de conocimientos para propósitos útiles (sería terrible si no pudiésemos aprender del pasado)<sup>(93)</sup>. Si los hechos están puestos en un *continuum*, no hay mérito alguno en diferenciar entre aquellos que son parte de un esfuerzo cognitivo meramente intelectual y aquellos que representan un componente esencial de un complejo algoritmo para comprobar la consistencia del derecho que empleamos, así como de cualquier propuesta de cambio legal.

## **5. Por un nuevo Derecho Comparado y un nuevo rol para los profesores de Derecho**

Si se nos pregunta cuál es el objetivo del Derecho Comparado, sólo podemos dar una respuesta que tenga la validez de todas las explicaciones científicas<sup>(94)</sup>. La que será ilustrativa y aceptada hasta que sea cuestionada por otros paradigmas. Sostenemos que en un mundo globalizado el Derecho

Comparado es el responsable de evitar la extinción de las especies, es decir, de los abogados como científicos sociales<sup>(95)</sup>. Y aún más que eso, el Derecho Comparado se encarga de proporcionar una identidad social a los abogados en el ordenamiento jurídico contemporáneo, una identidad que está a punto de perderse, ya que el dogma jurídico no garantiza más una posición de exclusividad para los juristas.

La vida de las personas se rige por complejas leyes humanas, económicas y sociales. Los individuos responden a muchos estímulos. El cambio legal generado, sin haber realizado una comparación previa, equivale a intentar definir una correlación entre un evento y sus efectos presumibles sin variables de control, lo cual es, en el mejor de los casos, tan absurdo como las sencillas implicancias que se pueden extraer de los *rankings* de los reportes *Doing Business*<sup>(96)</sup>. Las variables de control, en lo que respecta a los sistemas jurídicos, deben ser externas a los fenómenos observados<sup>(97)</sup>.

(91) Este *continuum* que conecta los hechos de un sistema legal es lo que podemos denominar como tradición legal, una característica común de las sociedades y del Derecho”

(92) Fue la insatisfacción original a raíz de los resultados entre el Derecho Comparado tradicional, la historia del derecho y la sociología del derecho, lo que motivó a Watson a elaborar una nueva síntesis de la relación entre el derecho y la sociedad. Véase WATSON, Alan. *Legal Change...* El objetivo de Watson era explicar el cambio jurídico y concluyó que “es necesario tener en cuenta una serie de sistemas jurídicos y sus cambios a lo largo de un gran período de tiempo”. WATSON, Alan. *Legal Change...*; p. 1125. Por lo tanto, el Derecho Comparado fue sólo uno de los ingredientes del nuevo marco metodológico para explicar la compleja relación entre el Derecho y la sociedad.

(93) “La ciencia jurídica puede ser tanto descriptiva como prescriptiva. Asimismo he de admitir que esta debe ser ambas cosas. Es decir: la ciencia jurídica debe ser practica en lo que se refiere a la ley”. STEWART, Iain. *Critical Approaches in Comparative Law*. En: *Oxford University Comparative Law Forum*. No. 4. 2009; p. 29.

(94) Estamos de acuerdo con REIMANN, Mathias. *Op. cit.*; p. 697, supra nota 3, que si el Derecho Comparado no determina “un norte” ni establece sus “objetivos intelectuales fundamentales”, no habrá progreso alguno.

(95) Sosteniendo que la ciencia legal esta tan enferma como su metodología, y el Derecho Comparado puede ser su medicina, véase ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ. *Op. cit.*; p. 34.

(96) “Nadie, por supuesto, pretende simplemente aprobar un estatuto que haya tenido éxito en algún lugar del mundo. No obstante, ideas sugerentes pueden derivarse de este, así como del fracaso de los experimentos extranjeros”. RHEINSTEIN, Max *Op. cit.*; p. 424.

(97) La observación de los fenómenos externos es parte del dominio de otras ciencias (economía, sociología, antropología, psicología), y esto requiere nuevamente de los enfoques interdisciplinarios. Sin embargo, existen elementos contextuales que se encuentran en la ley y otras disciplinas (como la forma en que la enseñanza del Derecho se organiza, el estilo de los tribunales, y muchos otros). Gino Gorla sugirió que los abogados comparatistas también deberían estudiar tales hechos. Véase GORLA, Gino. *Diritto comparato*. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo 12. 1963; p. 928.



## Roberto Pardolesi y Massimiliano Granieri

Sabemos que los modelos prescriptivos creados en el dominio del derecho no tienen las mismas propiedades de las leyes de las ciencias exactas, inclusive si dichas leyes se basan también en elementos probabilísticos para explicar la complejidad. Vivimos en contextos pluralistas, sujetos a numerosas presiones e incluso si el generar un cambio y evolucionar no fuera una pérdida, para los dirigentes políticos de oposición y científicos sociales (incluyendo abogados) deben abstenerse de la ingenuidad, por ejemplo, la creencia de que el comportamiento humano e institucional se rige por reglas deterministas y simplistas<sup>(98)</sup>. Las leyes y normas no son palancas que se pueden mover de forma mecánica<sup>(99)</sup>.

La creación de nuevos ordenamientos jurídicos distintos entre sí, la definición de políticas, la generación de leyes, y la provisión de interpretaciones viables no pueden realizarse sin abogados, y a pesar de ello, estos pierden terreno en el debate científico, así como en los procesos institucionales del cambio legal. Omnipotentes tecnólogos y economistas han asumido el liderazgo intelectual, con o sin razón. De hecho, los juristas se avocan demasiado al rol de técnicos más que de ingenieros<sup>(100)</sup>. Su liderazgo intelectual

depende de la capacidad de recuperar el protagonismo en el debate en torno al cambio legal, y de demostrar que dominan los algoritmos (más complejos) que explican el funcionamiento de la sociedad<sup>(101)</sup>. Aquí el futuro de los abogados se vuelve dependiente del Derecho Comparado, y el destino de derecho comparado está en la mano de los juristas y profesores de derecho de hoy. Ellos son los responsables de crear y transferir conocimientos a través de las generaciones, así como de construir el tipo de identidad social que les da un lugar destacado en las sociedades en general.

El conocimiento con el que pueden contribuir no es sólo el mero conocimiento técnico de las normas convencionales; el conocimiento único con valor añadido que pueden ofrecer es comparado<sup>(102)</sup>. Y si no es comparado, entonces no hay esperanza de que el viento vuelva a soplar a favor de los juristas.

- 
- (98) Esta además decir que el jurista localista se encuentra tentado por la visión determinista del cambio legal, ya que está influenciado por la idea de que el derecho nacional produce un efecto deseado. Sin el control de variables que nos permitan establecer una correlación positiva y significativa entre una regla y una consecuencia, la observación de un abogado sólo puede permitirse explicaciones simplistas.
- (99) Creer que las reglas o instituciones son siempre trasplantables es parte de aquellos malos usos del Derecho Comparado descritos por KHAN-FREUND, Otto: "Cualquier intento de utilizar un patrón jurídico fuera del entorno de su origen, conlleva el riesgo de su rechazo".
- (100) Hasta el momento, incluso la necesidad de investigar otros sistemas jurídicos ha sido declarada como una función interpretativa, más en lo que respecta a un determinado texto de referencia que en una dimensión verdaderamente predictiva, sobre cómo debería ser la ley. Véase GORDLEY, James. *Comparative Legal...*; p. 565.
- (101) "El uso más evidente del Derecho Comparado dentro del marco del derecho nacional es en el ámbito de la creación de derecho, tanto judicial como legislativo". STEIN, Max *Op. cit.*; p. 424. Supra nota 42. Estamos parcialmente de acuerdo con MICHAELS, Ralf. *Op. cit.*; p. 792, cuando sostiene que "por lo menos, el Derecho Comparado debería sobrevivir como base necesaria para una nueva economía comparada". El Derecho Comparado no puede ser una ciencia auxiliar. El conocimiento generado puede ser útil para muchos ámbitos incluso más allá de cualquier experimento económico sugerente.
- (102) Esta conclusión tiene una serie de implicancias sobre el rol del Derecho Comparado en los estudios jurídicos. Si la única forma de enseñar derecho es de forma comparada, entonces los juristas comparatistas no pueden ser remplazados por juristas localistas. Véase McAULEY, Michael. *On a Theme by René David: Comparative Law as Technique Indispensable*. En: *Journal of Legal Education*. No. 52. 2002; pp. 42 y 43. Con los años, muchas contribuciones se han ocupado de este aspecto particular del Derecho Comparado en los planes de estudio. Entre las muchas contribuciones sobre este tema específico, consulte MARKESINIS, Basil S. *Op. cit.*; p. 21, supra nota 23; REIMANN, Mathias. *The End of Comparative Law as an Autonomous Subject*. En *Tulane European & Civil Law*. No. 11. 1996; p. 49; GORDLEY, James. *Comparative Law and Legal Education*. En: *Tulane Law Review*. No. 75. 2001; p. 1003; POUND, Roscoe. *The Place of Comparative Law in the American Law School Curriculum*. En: *Tulane Law Review*. No. 8. 1934; p. 161. Sugiriendo la enseñanza de un Derecho Comparado globalizado, apartado del positivismo y localismo, véase también WERRO, Frank. *Op. cit.*; p. 1233.

Los profesores de Derecho tienen un papel fundamental, no sólo para reclamar la hegemonía intelectual que han perdido, sino para evitar la extinción de la especie, porque si no (i) transformamos la enseñanza jurídica como tal en enseñanza jurídica comparada, y no (ii) enriquecemos nuestra metodología de las ciencias sociales, es de esperarse una pérdida aún más dramática del protagonismo de los abogados y un perjuicio para la sociedad. En cuanto a los procesos de cambio legal, estos se verán privados de un ingrediente insustituible que sólo los abogados comparatistas tienen la capacidad de producir y armonizar en las sociedades contemporáneas<sup>(103)</sup>.

## **6. Conclusiones**

En este artículo se revisan las distintas posiciones que han surgido en los últimos años acerca de los objetivos del Derecho Comparado como una disciplina autónoma. Preguntarse acerca de los objetivos es una cuestión de identidad no sólo para los comparatistas, sino para los juristas en general. Sostenemos que si los abogados quieren recuperar un papel en la sociedad y en la construcción del nuevo orden social, no deben caer en el ya árido campo de la dogmática. Por el contrario, deberían adoptar metodologías que les ayuden a participar en los procesos de cambio legal y a obtener una posición privilegiada para definir, no lo que es el Derecho, sino lo que este debería ser. 

---

(103) "El crecimiento del análisis jurídico interdisciplinario ha sido algo bueno, que debe de (y va a) continuar". POSNER, Richard A. *Óp. cit.*; p. 777. *Supra* nota 59. Véase también VON BOGDANDY, Armin. *Óp. cit.*; p. 58.