

# COMPARACIÓN JURÍDICA DESDE EL SUR GLOBAL GENEALOGÍA DE UN PROYECTO CRÍTICO\*

## COMPARATIVE LAW FROM THE GLOBAL SOUTH PERSPECTIVE GENEALOGY OF A CRITICAL PROJECT

Roger Merino Acuña\*\*  
Universidad del Pacífico

*Comparative Law is considered a discipline inside the study of Law, characterized by contrasting the legal regulations and the legal development of the different legal systems around the world, under the same premises. In addition, Critical Comparative Law does deeper analysis on the development of legal systems according to their context, letting be a superficial comparison, as in the case of the Global South.*

*In this article, the author analyzes several theoretical bases of Comparative Law, as well as the main questions of orthodox and heterodox theories related to the text. Especially the role of the Global South academy in this discipline.*

**KEY WORDS:** *Comparative Law, South America, Common Law, Civil Law, Global South.*

*Se considera al Derecho Comparado como una disciplina inserta en el estudio del Derecho, que se caracteriza por contrastar la normativa legal y el desarrollo jurídico de los distintos ordenamientos jurídicos existentes, bajo las mismas premisas. Asimismo, existe el Derecho Comparado Crítico, el cual hace un análisis más profundo sobre el desarrollo de los ordenamientos jurídicos según su contexto, dejando de ser una comparación superficial, como aquel que se da en el Sur Global.*

*En el presente artículo, el autor analiza diversas bases teóricas propias del Derecho Comparado, así como los principales cuestionamientos de las teorías ortodoxas y heterodoxas relacionadas al texto. En especial el rol de la academia del Sur Global en esta disciplina.*

**PALABRAS CLAVE:** *Derecho Comparado, América del Sur, Common Law, Civil Law, Global South.*

\* Este artículo desarrolla algunas ideas planteadas en la monografía: MERINO ACUÑA, R. *Comparative Law from Below - The construction of a Critical Project in Comparative Legal Studies* (Saarbrücken, Lambert, 2012).

Agradezco a Carlos Quispe, asistente de investigación en la Universidad del Pacífico, por su apoyo en la traducción al castellano de algunas secciones del mencionado libro.

\*\* Abogado. PhD. en Ciencias Sociales y Políticas por la Universidad de Bath, Reino Unido. Máster en Políticas Públicas y Globalización por la misma casa de estudios. Magíster en Derecho Comparado, Economía y Finanzas por la Universidad Internacional de Turín. Máster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor e investigador en la Universidad del Pacífico. Contacto: ra.merino@up.edu.pe.

## I. INTRODUCCIÓN

Aunque existen diversas aproximaciones dentro del campo del Derecho Comparado (Leckey, 2017), el estructuralismo y el funcionalismo son los enfoques o metodologías dominantes (di Robiland, 2016). En particular, en las últimas décadas el funcionalismo ha sido la base teórica de los operadores jurídicos –conscientes o inconscientes –para los procesos de reforma legal en la mayoría de países del Sur Global, a través de la incorporación de **mejores prácticas** o normas más eficientes. Las aproximaciones críticas en la disciplina son marginales y, en todo caso, poco estudiadas, salvo excepciones (López Medina, 2004; Gonzales, 2006).

¿Por qué repensar el Derecho Comparado desde el Sur Global? El concepto de Sur Global es un concepto clave para el análisis comparativo, pues abre las posibilidades de cuestionar la pretensión de universalismo legal desde aquellas áreas donde el legado colonial sigue subordinando formas alternativas de convivencia social, económica y política (Sousa Santos, 2002; Sousa Santos y Rodríguez, 2005). Este concepto denota, más que un espacio geográfico, un espacio epistemológico que surge desde los procesos sociales de resistencia frente a las inequidades de la globalización. Esta resistencia es no solo política sino también legal por lo que su comprensión es fundamental para tener un conocimiento realmente cosmopolita del fenómeno jurídico.

En dicho contexto, el presente artículo busca contribuir a una comprensión más profunda de las bases teóricas tanto de las perspectivas ortodoxas como heterodoxas en el Derecho Comparado. Para ello, se presenta una crítica a los postulados teóricos del funcionalismo (y sus vertientes) y del estructuralismo, y se reflexiona sobre los diversos cuestionamientos formulados por los enfoques críticos, en particular, aquellos que cuestionan el etnocentrismo, la neutralidad, el universalismo y, en general, los dogmas del proyecto de la Modernidad (Habermas, 1987).<sup>1</sup>

No obstante, el artículo también muestra las limitaciones de las reflexiones críticas y la posibilidad de formular las bases teóricas para una teoría crítica del Derecho Comparado desde el Sur Global. De hecho, el argumento principal de este trabajo es que ni las actuales vertientes ortodoxas ni las heterodoxas son satisfactorias para comprender a cabalidad el fenómeno de lo jurídico en los es-

tudios comparativos. Las perspectivas ortodoxas descuidan el rol del poder, del intérprete y del contexto en el análisis comparado, mientras que las perspectivas heterodoxas tienden a priorizar la crítica discursiva sobre la crítica social.

## II. FUNDAMENTOS Y DIFUSIÓN DEL DERECHO COMPARADO: EL FUNCIONALISMO

En sus inicios, el Derecho Comparado estuvo enfocado en comparar textos legislativos, ignorando la jurisprudencia y la doctrina. Su función principal era facilitar la comprensión de la legislación, así como la mejora de su aplicación práctica (Kamba, 1974, pp. 489-490). Frente a ello, el fundador del funcionalismo en los estudios comparativos legales, Ernst Rabel (Peters y Schwenke, 2000, p. 808), señaló enfáticamente “Derecho Comparado, no legislación comparada”, con lo cual proponía no solo comparar la legislación, sino también los procesos de formación de la ley y las decisiones de los tribunales (Palmer, 2004, p. 22).

La metodología de Rabel consistía en observar cómo un problema era resuelto en dos o más sistemas legales, explorando las diferencias y similitudes. Se trató de una nueva forma de pensar y aplicar la disciplina, el método de función/contexto (Gerber, 2001, p. 199).

Actualmente, el método funcional es el dominante en el Derecho Comparado (Zweigert y Kötz, 1998, p. 34; Peters y Schwenke, 2000, p. 809; Platsas, 2008); sin embargo, sus bases teóricas son ambiguas porque no existe solo un método funcional en las ciencias sociales, sino muchos en varias disciplinas (Michaels, 2008, p. 345) y el método funcional del Derecho Comparado utiliza varias de ellas, independientemente de su incompatibilidad (2008, p. 351). Por un lado, este enfoque tiene un trasfondo aristotélico al partir de la creencia en que las similitudes entre diferentes órdenes legales son prueba de la existencia de valores universales profundos. Por otro, usa las funciones de una manera abiertamente teleológica, como una forma de progreso al considerar que solo los sistemas legales en etapas similares de evolución son comparables (evolucionismo). Otras veces, los comparatistas se centran en las instituciones legales como herramientas para preservar la estabilidad, lo cual es más cercano al funcionalismo sociológico clásico. En otras ocasiones, enfatizan la importancia del instrumentalismo. Si el Derecho cumple funciones y satisface necesidades sociales, entonces, la labor de los comparatistas sería diseñar leyes que

<sup>1</sup> Por “Proyecto de la Modernidad”, se alude a los fundamentos filosóficos de la Ilustración que teóricamente significaron la superación de la sociedad tradicional por la sociedad liberal, a través de la exaltación del poder del progreso y la racionalidad humana en lugar del mito y la creencia religiosa.

realicen estas tareas (ingeniería social) para promover grados similares de progreso.

En este contexto, el funcionalismo persigue diferentes funciones: metodológicas (sirve para el análisis de datos), la mejora y unificación de la legislación local e internacional (sirve para ingeniería social) y el conocimiento (sirve para fines científicos). Estas funciones se reflejan en las tres categorías teóricas planteadas por esta escuela, *tertia comparationis*, equivalencia funcional y presunción de similitud.

Con *Tertia comparationis* se sugiere que en la labor de comparación debe construirse un denominador común comparativo como tercera unidad además de las dos instituciones o sistemas a ser comparados (siendo estas el *comparatum* y el *comparandum*) para identificar parámetros universalmente aceptados en el diseño legal (Örücü, 2006, p. 442; Reitz, 1998, p. 622). Desde un nivel macro, el funcionalismo sugiere que la comparación solo es posible desde dos sistemas que se encuentran en una etapa similar en su evolución legal (y a menudo política, económica y social) (de Cruz, 1999, p. 220). En el nivel micro, se aplica la **equivalencia funcional**; es decir, los comparatistas buscan instituciones que están cumpliendo roles similares, tienen “comparabilidad funcional” o resuelven el mismo problema (similitud de soluciones). Según este método, en el Derecho son comparables aquellos instrumentos que cumplen la misma función (Örücü, 2006, p. 443; Platsas, 2008, p. 2). En este contexto, Zweigert y Kötz sugieren la **presunción de similitud**. El comparatista debe suponer que las diferentes sociedades enfrentan necesidades similares y que, para sobrevivir, deben contar con instituciones (funcionalmente equivalentes) que satisfagan estas necesidades (Zweigert y Kötz, 1998, p. 45; Michaels, 2008, p. 369; de Cruz, 1999, p. 231). Esto es especialmente relevante para áreas “apolíticas” del Derecho, como los negocios, las transacciones comerciales y la propiedad.

Finalmente, para los funcionalistas el Derecho Comparado ofrece la oportunidad de encontrar la “mejor solución” de ingeniería legal (Zweigert y Kötz, 1998, p. 45); asimismo, afirman que esta disciplina, al revelar las formas en que los sistemas legales son similares, ayuda a profundizar la creencia en la existencia de un sentido unitario de justicia (1998, p. 46), un enfoque basado en la tradición de la ley natural, y en la búsqueda de principios morales eternamente válidos y universales (Hill, 1989, p. 103).

El marco teórico del funcionalismo en el Derecho Comparado ha sido desarrollado principalmente a partir de tres sub-escuelas, la metodología del nú-

cleo común (*Common Core*), el Derecho Comparado y Economía, y la teoría de los Orígenes Legales.

#### A. Metodología del núcleo común y la unificación legal internacional

La metodología del núcleo común se basa en la idea de universalidad como consecuencia de una convergencia natural de soluciones legales en diferentes órdenes legales (Peters y Schwenke, 2000, pp. 809-810). Así, a diferencia del siglo XVIII, que se caracterizó por la construcción de fronteras entre las naciones (Lepaulle, 1922, p. 855) —de acuerdo con Schlesinger (1995, p. 479)— en las últimas décadas, el péndulo ha oscilado hacia la apertura internacional. Bajo el impacto de la intensificación mundial de intercambios transnacionales y el movimiento de personas, bienes, servicios y capital, la investigación jurídica comparada ha comenzado a buscar el núcleo común de los sistemas jurídicos y, por lo tanto, ha procurado poner de relieve las similitudes antes que las diferencias. Por ejemplo, la aparición de la Unión Europea ha implicado un proceso de comparación integradora de las leyes de los miembros de la unión para construir un nuevo *ius commune* (Schlesinger, 1995, p. 479).

El funcionalismo está en la base de esta empresa debido a su capacidad para identificar similitudes entre los sistemas legales (Michaels, 2008, p. 376). Se promueve la estandarización para acelerar el proceso de convergencia legal con el doble beneficio de reducción de costos de transacción para los inversionistas transnacionales y el incremento de la calidad de instituciones legales en países cuyas instituciones se encontrarían menos desarrolladas (Pistor, 2002, p. 98). La cuestión es, sin embargo, si acaso esta estandarización no es meramente un eufemismo para propiciar el “imperialismo legal” norteamericano y europeo (Peters y Schwenke, 2000, 809; Peters, 1999, p. 367; Menski, 2006, p. 37).

Además, los intentos de unificación se pueden observar desde los orígenes del Derecho Comparado. En el Primer Congreso Internacional de Derecho Comparado realizado en París el año 1900, el comparatista francés Raymond Saleilles describió que el objetivo de esta rama del Derecho es el descubrimiento de los conceptos y principios comunes a todos los sistemas legales “civilizados” (Peters y Schwenke, 2000, p. 806). En este mismo Congreso se señaló que el objetivo final de cualquier comparación debe ser la unificación legal (2000, p. 807).

1. Derecho Comparado y Economía, Competencia entre sistemas legales

El Derecho Comparado y Economía (en adelante, “DCE”) analiza cómo y por qué se realizan los

trasplantes legales y qué patrón legal es más eficiente (Mattei et al., 2000, p. 507). Este enfoque se basa en el movimiento Derecho y Economía (en adelante, “DyE”) y en el funcionalismo. Sin embargo, se trata de una versión simplificada del funcionalismo pues, en términos generales, no busca identificar y promover funciones sociales, sino exclusivamente una función particular: la eficiencia en términos económicos (Peters y Heiner, 2007). Incluso recientemente se ha señalado que antes que ser un subcampo de la comparación jurídica, se trataría de una orientación metodológica dentro del DyE (Ramello, 2016).

El movimiento de DyE se sustenta ontológicamente en el funcionalismo al comprender que el Derecho es un sistema dirigido a lograr ciertos objetivos sociales y económicos prácticos (Somma, 2007). Asimismo, el DCE explica la convergencia de los sistemas legales al afirmar que estos buscan de forma natural la eficiencia económica bajo las siguientes premisas: i) todo sistema legal produce diferentes técnicas legales para solucionar determinados problemas; ii) estos diferentes insumos conforman el “mercado de la cultura jurídica”, donde los proveedores satisfacen las necesidades de los consumidores; iii) este proceso de competencia puede determinar la supervivencia de la doctrina y diseño legal más eficiente (Caterina, 2006, p. 162).

El DCE aplica el teorema de Coase a la dinámica de los trasplantes legales, asumiendo que “las teorías y soluciones legales más eficientes se extenderían en un mundo con cero costos de transacción”. Así, en su dimensión normativa, el DCE describe y promueve la exportación de sistemas legales que han alcanzado soluciones eficientes (Caterina, 2006, p. 163; Ajani, 2001, p. 8). Sin embargo, la realidad legal muestra que existen costos de transacción muy elevados para estos procesos, por ejemplo, cuando las tradiciones legales se oponen a la expansión de supuestas leyes eficientes.

Otra premisa del DCE es que las interacciones con otras jurisdicciones crean competencia externa para el suministro del Derecho, produciendo cierta convergencia de las leyes nacionales (Ogus, 1999, p. 409). Este proceso es llamado “carrera hacia el abismo” o *race to the bottom*, que hace referencia a como los países del mundo que compiten para atraer capital extranjero tienden a reducir los

estándares de protección en áreas tales como la laboral, impuestos, protección ambiental y regulación financiera (Pistor, 2002, p. 104).

Esto genera dos reacciones. La primera reside en no hacer nada, siendo que esta competencia sería beneficiosa pues conducirá a que las reglas sean más eficientes; la segunda reacción es el establecimiento de estándares legales globales como el salario mínimo o estándares ambientales para evitar los efectos negativos de esta competencia. Sin embargo, esta última opción no es desarrollada por los teóricos del DCE, sino más bien por los sociólogos de la globalización (Mattei y Monti, 2001, p. 17; Brecher y Costello, 1999).

Por otro lado, aunque el DCE rechaza la teoría económica neoclásica aplicada en el DyE, proclamando su adherencia a la “economía neo-institucional” (Mattei et al., 2000, p. 521; Mattei y Cafaggi, 1998, p. 347; Caterina, 2006, p. 165), se olvida que el neo-institucionalismo y la economía neoclásica se encuentran conectados. Los neo-institucionalistas argumentan que las instituciones tienen un rol importante en la actuación de agentes económicos y en la sociedad. Ellos aceptan que el mercado tiene fallas, que los agentes no siempre son racionales (Williamson, 2000, p. 601; North, 1971, p. 122) y que no siempre se puede tener resultados óptimos. Sin embargo, no proponen una crítica a los paradigmas del sistema económico dominante (Coase, 1998, p. 72), más bien tratan de explicar las instituciones desde un punto de vista neoclásico, complementándolo (Gruchy, 1984, p. 548; Granovetter, 1985, p. 488; Merino, 2016). Cabe señalar que el neoinstitucionalismo y el DCE promueven la idea de buenas prácticas, sin poner mucha atención a los problemas que puede suscitar la incorporación de trasplantes legales.

## 2. Funcionalismo en Latinoamérica, los Orígenes legales

El funcionalismo comparado se ha difundido en Latinoamérica a través de la teoría de Orígenes legales que utiliza premisas del funcionalismo y del DyE (González, 2003, p. 302)<sup>2</sup>. Esta teoría también es conocida como Derecho y Finanzas debido a que se enfoca en la evolución financiera de las familias legales (La Porta et. al, 1998, p. 113), dicha teoría explica la tradición jurídica actual de Latinoamérica en términos de trasplantes, princi-

<sup>2</sup> Ciertamente, puede afirmarse que el método funcional fue utilizado en América Latina desde el inicio de la era republicana. Justo Arosemena en 1870 escribió un libro titulado *Estudios Constitucionales sobre los Gobiernos de América Latina*, en el cual propuso la unificación constitucional de los países latinoamericanos. “[S]eñala que es posible identificar problemas comunes y buscar mejores soluciones entre órdenes legales utilizando categorías constitucionales transnacionales [...] El método de Arosemena se encontraba cerca del método actual utilizado en el Derecho Comparado”.

palmente, desde la tradición legal del Derecho Civil francés (La Porta et. al, 2008, p. 288).

Según esta corriente, a diferencia del derecho civil francés, el *Common Law* es asociado con: i) una mejor protección del inversor, el óptimo desarrollo financiero, un mejor acceso a la financiación y una mayor difusión de la propiedad; ii) menor corrupción, mejores mercados laborales y pequeñas economías informales; y iii) sistemas judiciales menos formalistas e independientes, que aseguran una correcta protección de los derechos de propiedad, así como una mejor ejecución de los contratos (La Porta et. al, 2008, p. 298). Esto sugeriría que el *Common Law* produce mejores resultados económicos que el Derecho civil francés (2008, p. 302), a su vez, explicaría que el bajo rendimiento económico de la regulación latinoamericana se debe a que se encuentra sustentada en el modelo francés. Aunque la teoría se refiere a la regulación financiera, en el Perú se ha extendido a otras ramas del derecho, como la propiedad (Pasquel, 2010), derecho societario (Patrón, 2006), derecho de competencia (Pasquel y Diez-Canseco, 2004), entre otros (Bullard, 2010, p. 129; Escobar, 2007, p. 231).<sup>3</sup>

Dado que la teoría de los Orígenes legales se sustenta en el funcionalismo comparado y el DYE, adolece de sus mismos defectos (Whytock, 2009, p. 1880). Su discurso es mostrado como objetivo, neutral y científico debido a que se basa en datos supuestamente imparciales. Sin embargo, la aludida “neutralidad” del funcionalismo y del DYE debe ser cuestionada pues las llamadas mejores soluciones que proponen muchas veces benefician más a las inversiones extranjeras que a las comunidades locales que habitan los espacios donde se desarrollan grandes proyectos de inversión y son afectadas por sus impactos sociales y ambientales.

Aparentemente, la teoría de los Orígenes legales pone atención al contexto en el que existen las reglas legales (Laporta et. al, 2008, p. 308); sin embargo, el único factor contextual para esta teoría es el origen legal del país (Whytock, 2009, p. 1899). De ese modo, no importa mucho la historia que explica la posición internacional del modelo a seguir, siendo un ejemplo de ello el sistema del *Common Law* de los EEUU, ni el contexto social y cultural del país receptor.

### 3. Críticas a las teorías funcionalistas

Las premisas del funcionalismo en el Derecho Comparado y sus vertientes han sido fuertemente cuestionadas. Frankenberg y Legrand critican su nomocentrismo y legocentrismo, estos términos denotan los peligros de una disciplina que enfatiza su propia importancia al sugerir que todos los problemas políticos y sociales pueden ser resueltos a través del Derecho como un orden objetivo y neutral (Grosswald, 2008, p. 675). Para los funcionalistas, no hay nada fuera de los textos legales y las instituciones existentes, no ponen atención a lo que no está formalizado y no regulado bajo un régimen legal determinado, promoviendo así el formalismo legal (Frankenberg, 1985, p. 438; Legrand, 2005). La crítica es que el lenguaje y la cultura son desvinculados de las instituciones legales, expresando una visión “pura” del Derecho (Legrand, 2005, p. 659).

Ya ha sido afirmado que el Derecho Comparado como un discurso legal no puede ser neutral (Van Hoecke & Warrington, 1998, p. 535); depende de la orientación científica y bagaje cultural del intérprete y, por lo tanto, es extremadamente subjetivo (Somma, 2007, p. 6). No debe olvidarse que el Derecho se encuentra influenciado por la ideología y que los abogados y legisladores tienen un interés ideológico (Glenn, 2004, p. 62). A pesar de ello, la objetividad, científicidad, neutralidad, “anti-política”, son los sellos paradigmáticos de la práctica comparativa dominante. Estas ideas se han naturalizado de tal manera que constituyen un marco incuestionable (Legrand, 2005, p. 645).

Otra crítica al funcionalismo es su pretensión universalista. El funcionalismo propone la uniformización mediante la identificación del mejor diseño legal, independientemente de las tradiciones jurídicas y las condiciones económicas y políticas de los países en los que se aplicará. Aunque el enfoque primigenio de Rabel se llamó “función/contexto” debido a su enfoque en problemas concretos, la metodología elaborada por Kötz y Zweigert (1998) rechaza un análisis contextual real al afirmar que los comparatistas deben abstraer cualquier problema de su contexto para encontrar una *tertia comparationis* ideal. Por lo tanto, las reglas se reducen a su descripción operativa “liberada del contexto” de sus propios sistemas (Örücü, 2006, p. 443). Sin embargo, las diversas condiciones socio-

<sup>3</sup> Ambos autores utilizan el marco de “DCE” para explicar que existe una competencia entre el *Common Law* (especialmente el marco normativo de los Estados Unidos) y el *Civil Law* (especialmente el Derecho Civil Continental). Al final, afirman que el Derecho Estadounidense es más eficiente y por esa razón sus instituciones deben ser trasplantadas.

económicas y culturales producen diferencias en los sistemas legales. En consecuencia, los sistemas legales bajo estudio comparado deben ser vistos en el contexto sociocultural en el cual se desarrollan; esta es la única manera de desarrollar una comprensión crítica del Derecho (Somma, 2007, p. 6). De este modo, es probable que la comparación que se concentre en las reglas formales del Derecho con exclusión del contexto socioeconómico, proporcione una imagen incompleta y distorsionada de los sistemas comparados (Kamba, 1974, p. 513). De hecho, el enfoque funcional exalta una noción limitada de cultura, en la que el pasado está ampliamente marginado, mientras que otras culturas aparecen simplemente como patrones de conducta observables, divorciados de sus razones subyacentes o justificaciones (Glenn, 2004, p. 16). Las singularidades se pasan por alto y la diferencia se suprime (Legrand, 2005, p. 656).

De esta forma, el funcionalismo promueve el universalismo a través de su pretensión de similitud, la cual puede interpretarse como “miedo a la alteridad” al desentenderse de las complejidades locales (Frankenberg, 2006, p. 444). Estos defectos se encuentran en los fundamentos intelectuales de la metodología del “núcleo común” y su idea de que, independientemente de las culturas, los sistemas legales convergerán en la solución de sus problemas (Fletcher, 1998, p. 694).

Otro problema tiene que ver con la arrogancia y conservadurismo (Hill, 1989, p. 107). Zweigert y Kötz (1998, p. 34) sostienen que el principio metodológico básico en el Derecho Comparado es la “funcionalidad”. Esta afirmación ha sido ampliamente criticada por ser arrogante ya que es posible explorar otras variables además de la función de las reglas y principios legales, como sus fundamentos políticos, sociales o culturales (Palmer, 2004, p. 23; Reitz, 1998, p. 624). Además, esta frase es reduccionista porque ignora los enfoques no ortodoxos (Örücü, 2006, p. 443; Palmer, 2004, p. 23) que consideran al funcionalismo legal como una versión grosera del funcionalismo sociológico por su carácter reduccionista de la complejidad social (Frankenberg, 1985, p. 434).

Por otro lado, el funcionalismo esconde conflictos internos en nombre de la cohesión social y el desarrollo del sistema, con lo cual sirve al orden establecido donde el Derecho es visto como una herramienta utilizada en todas partes para satisfacer las mismas necesidades humanas y aspiraciones (Somma, 2007, p. 15). Del mismo modo, las propuestas de reforma basadas en el funcionalismo, generalmente operan en un nivel puramente técnico, ofreciendo una forma más “elegante” de lograr la misma solución práctica a un problema.

Como resultado, los comparatistas consideran que su tarea es esencialmente antipolítica o neutral. Por lo tanto, “la mejor solución” en el Derecho Comparado es fundamentalmente conservadora, porque su énfasis en los “aspectos técnicos” evita preguntas más desafiantes sobre la política legal y el rol del Derecho en la sociedad.

### III. EL ENFOQUE ESTRUCTURAL, DE LA CRÍTICA AL NEO-POSITIVISMO

Aunque menos prominente que el funcionalismo, el enfoque estructural en el Derecho Comparado (desarrollado por Rodolfo Sacco en Italia) es considerado una escuela importante dentro del campo. De modo similar al funcionalismo que nació como una crítica a la “legislación comparada”, el estructuralismo critica la completitud y consistencia del sistema legal (Somma, 2007, p. 7). Sin embargo, el estructuralismo y el funcionalismo convergen en su retórica (ambos se presentan como antipositivistas, centrándose en elementos no inmediatamente perceptibles, como la estructura y función de los sistemas legales), y sus deficiencias (ambas están marcadas por las fallas del enfoque positivista, descontextualización, cientificismo y neutralidad) (Somma, 2007, p. 14).

En el análisis estructural el término “formante” es usado para indicar un conjunto de reglas creadas por varios actores, aquellas contenidas en la legislación, formuladas por académicos, o declaradas y aplicadas por los tribunales. Por lo tanto, el Derecho Comparado ofrece un amplio campo en el que después de descomponer cada sistema legal en formantes específicos, se puede establecer el grado de disociación y concordancia entre cada uno (Sacco, 1992, p. 49). El estructuralismo también se enfoca en una parte más profunda del Derecho que opera dentro de la sociedad y da fundamento a las estructuras legales. Esta dimensión “invisible” está formada por los llamados “criptotipos”, que solo se pueden analizar explorando las costumbres, historia, religión, ética, geografía y el lenguaje de sociedades específicas (Eberle, 2009, p. 463).

A pesar de sus pretensiones de investigación interdisciplinaria y anti-positivista, la disociación de formantes también podría ser un medio para el cientificismo. Aunque usando este método, los comparatistas desacreditan los afanes de coherencia interna de los académicos locales, al mismo tiempo proclaman una suerte de coherencia dentro de los formantes y afirman que la consistencia de un sistema legal solo se puede medir si es analizado de manera puramente descriptiva. El sistema legal es considerado una estructura que puede describirse enfatizando las conexiones mutuas entre sus diversos elementos (Somma, 2007, p. 12).

Por otra parte, una muestra de cómo el estructuralismo excluye un análisis agudo de los contextos legales específicos es su convicción en que es posible identificar elementos centrales del sistema que no se encuentran condicionados por contingencias históricas (criptotipos).

Estos defectos se agravan porque los estructuralistas creen que la “estructura” es una entidad que puede percibirse científicamente y de una manera objetiva, sin considerar el carácter subjetivo de la interpretación, es decir, que la comparación también es subjetiva (Somma, 2007, p. 8). Además, su excesivo cientificismo también se observa al centrarse en el Derecho Comparado “como un medio para expandir el conocimiento”. Para Sacco hay un falso problema en el objetivo de una disciplina científica, ya que el objetivo de cualquier ciencia es el conocimiento. Por supuesto, es difícil argumentar en contra del aprendizaje y el conocimiento, pero la pregunta es si este es un objetivo suficiente y necesario del Derecho Comparado como disciplina (Glenn, 2006, p. 59).

Este enfoque también proclama neutralidad política en su análisis. Con respecto a los trasplantes legales, Sacco afirma que este proceso ocurre por dos factores, fuerza y prestigio (Sacco, 1992, p. 148). La primera situación surge, por ejemplo, en conflictos de guerra o colonización donde un sistema se impone sobre otro. La segunda situación ocurre cuando un sistema legal se convierte en líder debido a sus méritos intelectuales, y es considerado como tal por otros sistemas legales. Por ejemplo, el Código Civil Napoleónico y el Código Civil alemán fueron trasplantados en muchas partes del mundo debido a su prestigio intelectual; sin embargo, la idea de prestigio no se analiza profundamente. Para Sacco (1992, p. 151), una regla trasplantada podría ser políticamente neutral o estar conectada a una elección política; así, la regla políticamente neutral se importa con mayor libertad porque se difunde por su prestigio. Esta idea, sin embargo, podría apoyar la recepción de teorías tales como los Orígenes Legales que reivindican la neutralidad ideológica y prestigio basados en la eficiencia.

El enfoque estructural es casi ignorado en Latinoamérica<sup>4</sup>. Sin embargo, la referencia a doctrinas, legislación y jurisprudencia internacional es recurrente en textos dogmáticos que pretenden ser “cosmopolitas” al mostrar doctrinas legales extranjeras. Esta situación conlleva a dos problemas, Primero, la comparación no es crítica, se reduce

a revisar construcciones legales foráneas (básicamente de Europa y recientemente de EEUU) en un análisis meramente textual (González, 2006, p. 310), que a menudo deriva en una reivindicación funcionalista, las reglas extranjeras son más “desarrolladas” que las locales. Segundo, el verdadero objetivo de este proceso es, básicamente, “demostrar erudición” del académico (2006, p. 301). Por ejemplo, en un famoso libro sobre Derecho de Obligaciones (Alterini, et. al, 1996), puede observarse constantes referencias a la doctrina francesa (y en menor grado a la española e italiana), solo como parte del razonamiento dogmático de sistematizar y conceptualizar algunas nociones legales, sin analizar los contextos. Además, el análisis de las normas extranjeras se limita a un párrafo en el que el autor proporciona la opinión de un experto extranjero. Este esquema es observado en muchos libros legales importantes en Latinoamérica. Esta forma de hacer comparación se encuentra relacionada en cierta medida con un estructuralismo inconsciente, la primera falla mencionada, el análisis reduccionista de construcciones meramente legales podría entenderse como un ejemplo de exceso de positivismo y descontextualización; el segundo defecto, el intento de “probar la erudición”, se encuentra conectado a la exaltación estructural de la científicidad según la cual el conocimiento es el objetivo principal del Derecho Comparado.

#### IV. ENFOQUES NO-ORTODOXOS EN EL DERECHO COMPARADO

En los últimos años ha surgido un gran número de aproximaciones críticas que buscan repensar los métodos y teorías de la disciplina, revisar la genealogía de la tradición occidental (confrontando su legado colonial), reevaluar el agnosticismo ideológico autoproclamado en la comparación, reconsiderar los marcos etnocéntricos frente a la globalización, entre otros fines diversos (Frankenberg, 2016). Este ímpetu crítico comenzó en los años ochenta con la inclusión de los *Critical Legal Studies* (en adelante CLS) en las reflexiones de los comparatistas.

Los CLS al igual que el enfoque de Derecho y Economía (DyE) son hijos del realismo jurídico que nació en la década de 1930 como una reacción contra el positivismo, sin embargo, se distancia completamente del análisis económico tradicional al criticar el supuesto carácter neutral y racional del orden legal y subrayar su contenido ideológico. Con el tiempo, los CLS han desarrollado un campo de

<sup>4</sup> Las ideas de Sacco han sido difundidas por Leon (2005), aunque incluye planteamientos funcionalistas cuando afirma que el objetivo del Derecho Comparado, respecto de los países en desarrollo, es elegir mejores leyes para mejorar el Sistema nacional (Leon, 2007, p. 262).

pensamiento bastante amplio que abarca desde el Derecho Privado hasta el Derecho Constitucional, sobre la base de la teoría crítica de la sociedad (Escuela de Frankfurt), el neo/post-marxismo (especialmente Gramsci y su concepto de hegemonía) y el post-estructuralismo francés (especialmente Derrida y Foucault). Esta compleja base teórica es usualmente conocida como post-modernismo en la teoría social y presenta una crítica profunda a los valores más arraigados del proyecto de la modernidad en la constitución de la sociedad moderna, la racionalidad abstracta, el universalismo y la idea de progreso (Merino, 2016).

Para decirlo de manera simplificada, los CLS argumentan que el Derecho es inconsistente interna y externamente, ya que conforma un sistema de técnicas manipulables diseñadas para ocultar el hecho de que el juzgador simplemente elige entre valores. Esta inconsistencia interna evita que el derecho pueda proyectar una consistencia externa pues el sistema no está predeterminado sino sujeto a variables políticas. El Derecho sería ideológico y parcializado antes que neutral e independiente (1998, p. 690; Whitehead, 1999, p. 706; Kennedy, 2006a, p. 47).

En los Estudios Legales Comparados, la “Comparación Crítica” de Frankenberg aplica las premisas teóricas de esta escuela. Este autor argumenta que la comparación requiere dos operaciones, distanciamiento y diferenciación. El distanciamiento busca romper con creencias arraigadas y conocimientos preestablecidos sobre los sistemas legales (Frankenberg, 1985, p. 414). La diferenciación no solo se relaciona con la diversidad y heterogeneidad, sino que también implica un esfuerzo consciente por valorar la subjetividad, es decir, el impacto de la perspectiva y experiencia del observador sobre el fenómeno legal. De esta manera, en lugar de continuar con la búsqueda interminable de una postura neutral y objetiva, los comparatistas deben reconocer que son “observadores participantes”, por lo tanto, sus estudios deben ser autorreflexivos y autocríticos (1985, p. 455); en lugar de presuponer la necesidad, funcionalidad y universalidad de la ley, las comparaciones críticas resaltan los contextos históricos, culturales, políticos y socioeconómicos.

A pesar del ensayo pionero de Frankenberg, ningún trabajo ha desarrollado una teoría sistemática de Comparación crítica (Mattei, 2008, p. 815), salvo la actualización que hace el propio Frankenberg en su obra *Comparative Law as Critique* (2016). Este libro constituye un buen recuento del estado de la cuestión de la teoría crítica aplicada a la comparación jurídica, más no presenta una propuesta teórica sólida y articulada. Lo mismo sucede con

diversas vertientes críticas basadas en algunos conceptos y premisas teóricas sobre los que se sustentan los CLS.

#### A. Derecho Comparado e imperialismo

Las herramientas conceptuales del neo-marxismo como “hegemonía” han sido utilizadas por Ugo Mattei para elaborar una teoría radical sobre los trasplantes legales. Mattei argumenta que después de la Guerra Fría nació un nuevo Derecho Imperial. La difusión de este modelo no puede explicarse por la teoría de los trasplantes legales que solo considera la fuerza abierta y el prestigio como motivos para realizar los trasplantes. Para comprender la hegemonía legal actual es necesario captar el modo en el que se construye un grado de consentimiento en el ámbito internacional (Mattei, 2003, p. 3).

Las teorías clásicas de los trasplantes legales se centran en los legisladores locales. Por ejemplo, Watson argumenta que los patrones legales se trasplantan porque son atractivos para los legisladores, y no por su contenido. Y son atractivos cuando son fácilmente accesibles debido al idioma, la cultura o la moda. Por lo tanto, las élites legales crean una estructura legal de una manera completamente autónoma de la sociedad (Watson, 1995, p. 469). Sacco complementa esta idea cuando argumenta que muchos trasplantes legales están influenciados por el prestigio, aunque otro grupo de trasplantes podría difundirse por la fuerza abierta (a través de guerras o colonización) (Sacco, 1992, p. 151).

Mattei critica este marco teórico al analizar el poder hegemónico que promueve su propio modelo. De hecho, el sistema no solo lo construyen los políticos o el poder militar, en el capitalismo global, agentes económicos transnacionales influyen en la creación del Derecho (Kennedy, 2006b, p. 19; Ajani, 1995, p. 97). La retórica de la democracia y Estado de Derecho es utilizada por el modelo imperial de gobierno triunfante a la par con el modelo neoeestadounidense de capitalismo global promovido por la revolución Reagan-Thatcher en los años 80’ (Mattei, 2003, p. 3; Chomsky, 2004, p. 23).

El proceso de hegemonía es muy diferente a su ejercicio en el pasado. Mientras que en la época colonial se realizó un uso abierto de la fuerza y violencia política, en la etapa de la globalización la violencia se ha transformado en violencia legal (Mattei, 2003, 4). Este tipo de violencia se desarrolla por una dominación simbólica que es ejercida por los sectores profesionales, económico y político de las élites americanas en el mercado internacional de regulación económica (Izquierdo, 1999, p. 171).

Según esta teoría, este proceso no puede entenderse como un ejemplo de adaptación de las normas jurídicas por prestigio o fuerza abierta. Es impuesta mediante violencia simbólica, chantaje (por ejemplo, los “ajustes estructurales” impuestos por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional) para acceder al mercado internacional y obtener crecimiento económico (Mattei, 2003, p. 6; Kelley, 2007, p. 2).

## B. Derecho Comparado y Estudios Postcoloniales

El primer Congreso Internacional de Derecho Comparado realizado en París en 1990 estuvo marcado por una fuerte creencia en la racionalidad humana y el progreso. En ese contexto, el Derecho Occidental era considerado sinónimo de “modernidad” (Menski, 2006, 25). El colonialismo y el evolucionismo eran las principales fuentes de esta ilusión etnocéntrica de superioridad de Occidente (Demleitner, 1998, 654). Desde sus comienzos, el Derecho Comparado realizó una clara distinción entre las naciones civilizadas y las denominadas “primitivas” (Lepaulle, 1922, 855). El problema es que el Derecho Comparado hasta el día de hoy sigue siendo Eurocéntrico (Munshi, 2017).

La corriente dominante en el Derecho Comparado aún está inspirada por la “misión civilizadora” del periodo colonial (Menski, 2006, 26). Debemos recordar que las colonias fueron espacios de experimentación legal en las cual los poderes europeos inventaron nuevas formas de soberanía y derechos de propiedad y contratos, comunidades racializadas y sujetas a la gestión y al control (Munshi, 2017). Sin embargo, el funcionalismo pretende olvidar este pasado y prefiere identificar problemas universales supuestamente compartidos por varias sociedades y luego analizar cómo los diferentes sistemas legales resuelven el mismo problema. De este modo, el funcionalismo conduce a una especie de imperialismo epistemológico, bien encontramos en las culturas jurídicas extranjeras la confirmación de la universalidad (proyectada) de nuestras propias categorías legales, o encontramos “pruebas” de que otras culturales legales carecen de una legalidad adecuada (Ruskola, 2002, 190). De este modo, el funcionalismo necesitaba del Derecho del “otro” para definir y legitimarse a sí mismo (Wilf, 2009, p. 67).

En ese contexto, surge la idea de “Orientalismo jurídico”, inspirado en Edward Said, quien utilizó el término “orientalismo” para referirse a los discursos que estructuran la comprensión occidental de Oriente, reduciéndolo a un objeto pasivo a ser conocido por un sujeto cognitivamente privilegiado (Occidente). Para esta corriente, en el Derecho

Comparado es necesario un estudio de las formas jurídicas específicas del orientalismo, las formas en que “Oriente”, así como “Occidente”, se ha producido a través de la retórica del Derecho (Ruskola, 2002, pp. 192-93). Sin embargo, en lugar de una moral simplista antiorientalista, que efectivamente terminaría con el Derecho Comparado, es importante comparar; pues, en última instancia, es la única forma de encontrar y entablar relaciones con los demás. Lo que el Derecho Comparado necesita es una ética del Orientalismo, en lugar de una moralidad de antiorientalismo (2002, p. 225).

Por lo tanto, dado que la comparación necesariamente implica la “Orientalización”, deben considerarse los efectos que las comparaciones tienen sobre otros, evitando, por ejemplo, una autoimagen demasiado idealizada del sujeto legal estadounidense y una visión indebidamente negativa de los otros sistemas legales (Ruskola, 2002, pp. 226-229).

## C. Derecho Comparado y lenguaje

El funcionalismo en el Derecho Comparado se basa en una dicotomía clásica de sujeto/objeto según el cual el **objeto** (Derecho) se considera externo al observador y puede ser representado adecuadamente si el método seguido es correcto (Legrand, 2007, p. 7). Para Legrand (2007; 2017) la supuesta objetividad del Derecho es en realidad construida dado que esta operación interpretativa es incesantemente repetida y rearticulada por maestros y discípulos, expresando una forma hegemónica de poder.

Por ello, Legrand propone deconstruir esta metafísica comparativa. No se requiere más conocimiento técnico sobre lo que establece una ley foránea en un punto y momento dado; por el contrario, existe la necesidad urgente de entender cómo piensan las comunidades jurídicas foráneas sobre el Derecho, qué es lo que piensan, cómo lo hacen, por qué sería difícil pensar el Derecho de otra manera, y cómo su pensamiento difiere del nuestro (Legrand, 2005, p. 707). La premisa de este autor es que el Derecho expresa la diferencia cultural. Una de las metas para los comparatistas debe ser “volver a expresar” (o “deconstruir”) la localidad del Derecho para hacerlo susceptible a la negociación translegal/transcultural/tradicional.

En ese sentido Somma (2007, p. 41) argumenta que el Derecho Comparado posmoderno tiene como rasgo básico la subjetividad absoluta en la investigación comparativa (Somma, 2007, p. 41). Una labor crucial del comparatista es entonces comprender la naturaleza política de la interpretación. El análisis del orden legal debe llevar a los

comparatistas a analizar las conexiones inestables y no recíprocas que existen entre las técnicas y los valores, o entre los discursos legales y el orden social que pretenden promover. Este enfoque hermenéutico, por un lado, puede mostrar cómo los discursos legales son constitutivos de la realidad jurídica y, por el otro, explicar el uso de los discursos por parte de la élite gobernante y las características del sistema que intentan crear o mantener.

#### D. Críticas a los enfoques no ortodoxos

Los enfoques críticos se encuentran influenciados por el relativismo cultural y cognitivo y proponen un enfoque subjetivo del fenómeno legal al argumentar que no es posible obtener conocimiento objetivo porque el intérprete tiene sus propios sesgos. Además, no es posible encontrar similitudes reales entre sistemas legales porque cada uno está conformado por su propio contexto particular e inconmensurable. Esta tendencia ha sido señalada por el enfoque posmoderno de Pierre Legrand, Alessandro Somma, el estudio comparado crítico de Frankenberg, y, en cierta medida, por el Orientalismo jurídico.

La primera crítica contra el relativismo es que es contradictorio en la medida de que mantiene la posición relativista como verdadera (Peters, 1999, p. 367). Además, la supuesta inconmensurabilidad de los marcos normativos implicaría la incomparabilidad total y el fracaso de la comparación (Peters y Heiner, 2007, p. 802). Un argumento básico contra el relativismo cultural es que las culturas no son entidades herméticas, cerradas e inmutables (Cotterrell, 2009, p. 6). De hecho, el concepto de marco cerrado representa un tipo de idealismo subjetivo, en el que la realidad no desempeña ningún papel (Peters y Heiner, 2007, p. 816). Se argumenta así que, en la práctica, el relativismo cultural podría apoyar regímenes autoritarios sustentados en el nacionalismo (2007, p. 819).

Otra crítica es la formulación de construcciones abstractas y teóricas que no se pueden aplicar en la realidad. Por ejemplo, la tesis de Legrand acerca de que cada ley es una creación espiritual única y su llamado a un nuevo paradigma, implican la necesidad de desarrollar un método orgánico de comparación; no obstante, él no propone un método concreto (Platsas, 2008, p. 5), a su vez, no existe algún producto de trabajo basado en tales premisas (Palmer, 2004, p. 11). Por el contrario, es muy clara y factible la agenda de los comparatistas funcionalistas que simplemente buscan similitudes como una cuestión de sentido práctico. Se afirma que, si el comparatista debe realizar un trabajo de comparación más ambicioso y que abarque las subjetividades, puede que tenga que recurrir a otras

herramientas de naturaleza extralegal (p. ej., historia, economía, política) (Platsas, 2008, p. 5). Finalmente, los postmodernistas piden a los integrantes de la corriente dominante que busquen “porqués contextuales”, pero no pueden indicar por qué vale la pena tal agenda y cómo deberían hacerlo.

Una crítica recurrente a las teorías no ortodoxas es la ambigüedad política. El único enfoque crítico que no es políticamente ambiguo es el Derecho Imperial neomarxista. Los otros no tienen un compromiso político directo, sufren la ambivalencia política del posmodernismo (Eagleton, 1997, p. 194). En general, el posmodernismo propone una fuerte crítica al sistema dominante de valores universales, principios metafísicos e identidad de los sujetos, pero reproduce la lógica material del capitalismo. No existe una teoría propia de solidaridad, organización y participación política en los estudios postmodernos (1997, pp. 195-198). Del mismo modo, aunque hay un análisis del poder en las obras de Legrand, Somma, Peters o el Orientalismo jurídico y los enfoques de Comparación Crítica, no existe un marco normativo para la acción política.

El principal problema de los enfoques críticos es su falta de homogeneidad. Comparten fuentes similares, pero con enfoques diferentes, creando un conjunto de teorías que a veces se complementan y en otras se contradicen. Por ejemplo, el enfoque del Derecho Imperial Marxista no está en contradicción con la universalidad, pero Legrand, el Orientalismo jurídico y el enfoque de Comparación Crítica proponen un fuerte rechazo a cualquier pretensión de universalidad. Sobre este punto, Peters y Heiner (2007, p. 829) señalan que, si bien el enfoque posmoderno es fundamental para desenmascarar el sesgo cultural de los comparatistas, no tiene por qué haber contradicción entre el respeto por la diversidad y el objetivo de una mayor convergencia internacional. El aumento de la globalización en forma de pluralidad ha creado una necesidad mayor de entendimiento mutuo (Menski, 2006, p. 36). Sin caer en un entusiasmo unificador, los estudios comparados pueden despejar el camino para una adopción cautelosa y adaptación de soluciones extranjeras con el propósito de experimentar con ellas. La evaluación de cualquier solución legal es posible y deseable, porque el comparatista es capaz de escapar de su marco, y porque todos los juicios están sujetos a crítica.

#### V. A MODO DE CONCLUSIÓN: DERECHO COMPARADO DESDE EL SUR GLOBAL

En este artículo, hemos analizado las bases teóricas y principales cuestionamientos de las teorías ortodoxas y heterodoxas en el Derecho Comparado. Observamos al respecto que el rol de la

academia del Sur Global ha sido marginal. Hemos trasplantado diseños legales, doctrinas y discusiones teóricas sin mucha auto-reflexión sobre nuestro propio contexto político y social. Mientras que en la segunda mitad del siglo pasado, los mayores cambios normativos han estado asociados a los esquemas legales promovidos por la cooperación internacional, en las últimas décadas hemos estado influenciados por diseño globales promovidos por el Consenso de Washington, los tratados de libre comercio u organismos transnacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). El comparatista, en dicho contexto, debería tener un rol esencial más allá de la mera pretensión de erudición o simple loa a los paradigmas de progreso.

Para ello, las críticas de las escuelas heterodoxas del Derecho Comparado pueden ser fuentes de inspiración, teniendo en cuenta que las pretensiones del proyecto de la modernidad (progreso, racionalidad abstracta, universalismo) son cada vez más difíciles de sostener frente a las continuas crisis globales de carácter humanitario y ambiental. Sin embargo, es necesario que la perspectiva heterodoxa se desvincule del siempre cómodo espacio de la crítica pura, su relativismo cultural, la subjetividad interpretativa y los meros cuestionamientos a la neutralidad para avanzar la difícil tarea de proponer marcos teóricos más articulados e influyentes para los procesos de reforma legal y política.

Un primer paso es un genuino diálogo interdisciplinario. El Derecho Comparado, siendo una disciplina marginal, busca muy pocos canales de comunicación con otras corrientes, o cuando lo hace es bastante superficial (Di Robiland, 2016). Por ejemplo, sería muy fructífero para la Comparación Crítica dialogar de manera articulada con “Los enfoques del tercer mundo sobre el Derecho Internacional” (*Third World Approaches to International Law – TWAIL*). Esta vertiente crítica desde hace un par de décadas viene desarrollando un marco teórico sólido inspirado en la crítica post-colonial no solo para cuestionar organismos multilaterales y empresas transnacionales, sino también para rediseñar la gobernanza global teniendo en consideración las voces de los países del Sur Global.

El Derecho Comparado Crítico también debería buscar nuevos horizontes más allá del ámbito legal. De hecho, las corrientes críticas legales son interdisciplinarias, pero están arraigadas en la crítica hermenéutica de las humanidades. Sin duda, esta es fundamental en la teoría crítica general, pero el excesivo énfasis en la subjetividad deja de lado críticas más estructurales. En suma, la crítica jurídica debería poner más atención a las ciencias sociales que a las humanidades. El Sur Global tiene

excelentes referentes teóricos que puedan ayudar a esta empresa, como Boaventura de Sousa Santos y su proyecto sobre las epistemologías del Sur. Desde la sociología política muchos autores siguen sus pasos y proponen reflexiones locales/globales que pueden inspirar en mucho las discusiones del Derecho Comparado.

Finalmente, una Derecho Comparado crítico debe tener como desafío fundamental formular un sistema articulado de pensamiento, algo de lo que carecen las actuales propuestas críticas, a diferencia de las vertientes ortodoxas. En otras disciplinas, la teoría crítica no está divorciada de marco teóricos articulados, incluso teorías críticas en América Latina podrían ser inspiradoras para emprender esa tarea. Por ejemplo, durante los años sesenta y setenta, la “Teoría de la Dependencia”, una teoría neo-marxista latinoamericana, tuvo mucha influencia en las políticas públicas dirigidas a industrializar las economías nacionales (Cardoso, 1977). Esta teoría fue menoscabada con la victoria neoliberal de los años ochenta, pero su análisis de la realidad sigue siendo relevante, e incluso ha sido “importada” hacia los Estados Unidos y reelaborada para ser presentada como “teoría del sistema mundo” (Wallerstein, 2004). Por otro lado, tratando de unificar las humanidades con las ciencias sociales, la perspectiva decolonial (Castro-Gómez y Grosfoguel, 2007; Lander, 2000) nace en América Latina para explicar el rol de la colonización en la construcción de identidades y la política económica del Sur Global. Ambas teóricas resaltan dos ámbitos que pueden ser objeto de mayor profundización en los estudios comparativos legales, el rol de la estructura y la agencia en el fenómeno jurídico.

En otras disciplinas comparativas como la Política Comparada y los Estudios de Comparación de Políticas Públicas, se problematiza y enriquece el objeto de comparación, desde estructuras institucionales más amplias (nacionales o supranacionales), procesos inter e intra institucionales hasta incluso liderazgos individuales para la toma de decisiones, es decir, se compara estructuras y capacidad de agencia individual. Este es un tema que no ha sido suficientemente debatido en la Comparación Jurídica pues los estudios críticos se enfocan en el cómo se compara (debates sobre el rol del interprete y la inconmensurabilidad) antes de el qué debería ser objeto de comparación. Ciertamente, la respuesta más sofisticada de este tema, la del estructuralismo, no parece la más idónea pues además de comparar diseños legales, doctrinas y jurisprudencia, el fenómeno legal es mucho más complejo y se requiere también priorizar los diferentes elementos que a primera vista serían extra-legales. Por ejemplo, si queremos comparar la regla de moratoria del ingreso de organismos gené-

ticamente modificados a un país, no bastaría ciertamente verificar qué países han adoptado esta regla y qué dice en específico la norma (plazos, autoridad responsable, etc.), podría compararse también la matriz productiva de los países seleccionados, la cultura de consumo de estos bienes, la capacidad de *enforcement* de las instituciones responsables y otras variables que están más allá de la regla legal sobre el caso específico, pero que pueden explicar sus fundamentos y limitaciones.

Es fundamental problematizar la comparación jurídica más allá de los actuales debates para poder formular un proyecto crítico arraigado en la sociedad antes que en los discursos. Tengo la convicción que en América Latina tenemos las herramientas y capacidades necesarias para desarrollar este proyecto. 🗣️

## REFERENCIAS

- Ajani, G. (1995). By Chance and Prestige - Legal Transplants in Russia and Eastern Europe. En: *The American Journal of Comparative Law* 1, pp. 93-117.
- (2001). Legal Change and Economic Performance. En: *Global Jurist Advances* 1, pp. 1535-1661. doi: <https://doi.org/10.2202/1535-1661.1016>.
- Alterini, A. A., Ameal, O. y R. López Cabana (1996) *Derecho de Obligaciones*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Benedettini, S. y A. Nicita (2010). Towards the Economics of Comparative Law - The 'Doing Business' Debate. En: *Comparative Law Review* 1, pp. 1-17. doi: <https://doi.org/10.4337/9781781005118.00026>.
- Brecher, J. y T. Costello (1999). *Global Village or Global Pillage - Economic Reconstruction from the Bottom Up*. Segunda edición. Nueva York: South End Press.
- Bullard González, A. (2010). *Derecho y Economía*. Segunda edición. Lima: Palestra.
- Cardoso, F. H. (1977) The Consumption of Dependency Theory in the United States. En: *Latin American Research Review* 12, pp. 7-24.
- Castro-Gómez, S. y R. Grosfoguel (eds.) (2007). *El giro decolonial - Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Santafé de Bogotá: Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana.
- Caterina, R. (2006). Comparative Law and Economics. En: SMITS, J. (ed.). *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Segunda edición. Cheltenham y Northampton: Edward Elgar Publishing Ltd. doi: <https://doi.org/10.4337/9781781006108.00020>.
- Chomsky, N. (2004). The Dilemmas of Dominance. En: A. A. Borón. *New Worldwide Hegemony - Alternatives for change and social movements*. Buenos Aires: CLACSO Books.
- Ciuro, M. (2006) Nuevamente sobre los efectos de la recepción en la cultura jurídica argentina. En: *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social* 29, pp. 49-61.
- Coase, R. (1998). The New Institutional Economics. En: *The American Economic Review* 88.
- Cotterrell, R. (2009). Law and culture – Inside and beyond the Nation State. En: *Queen Mary University of London - School of Law - Legal Studies Research Paper* 4.
- Cruz, P. de (1999). *Comparative Law in a Changing World*. Segunda edición. Londres: Cavendish.
- Demleitner, N. (1998) Challenge, Opportunity and Risk - An Era of Change in Comparative Law. En: *The American Journal of Comparative Law* 46, pp. 647-655.
- Duggan, J. P. (2009). For Latin America, there oughta be a (private) law. En: *The American Spectator*.
- Eagleton, T. (1997). *Las ilusiones del Postmodernismo*. Traducción de Marcos Mayer. Buenos Aires: Paidós.
- Eberle, E. (2009). The method and role of Comparative Law. En: *Global Studies Law Review* 8, pp. 451-486.
- Escobar Rozas, F. (2007). El *Common Law* y el Derecho Germánico - aportes e influencias. En: *Foro Jurídico* 6.
- Fletcher, G. (1998). Comparative Law as a Subversive Discipline. En: *The American Journal of Comparative Law* 46, pp. 683-700.
- Frankenberg, G. (1985). Critical Comparisons - Rethinking Comparative Law. En: *Harvard International Law Journal* 26, pp. 411-4556.
- (2016). *Comparative Law as Critique*. Cheltenham y Northampton: Edward Elgar Publishing Ltd.

- (2006). Comparing constitutions, ideas, ideals, and ideology - Toward a layered narrative. En: *International Journal of Constitutional Law* 4. doi: <https://doi.org/10.1093/icon/mol012>.
- Gerber, D. (2001). Sculpting the Agenda of Comparative Law - Ernst Rabel and the Façade of Language. En: *Rethinking the Masters of Comparative Law*. Oxford y Portland: Hart Publishing.
- Glenn, P. (2006). Aims of Comparative Law. En: SMITS, J. (ed.). *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Segunda edición. Cheltenham y Northampton: Edward Elgar Publishing Ltd. doi: <https://doi.org/10.4337/9781781006108.00020>.
- (2004). Legal Cultures and Legal Traditions. En: *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Oxford y Portland: Hart Publishing.
- González Jácome, J. (2006). El uso del Derecho Comparado como forma de escape de la subordinación colonial. En: *International Law: Revista colombiana de Derecho Internacional* 7, pp. 295-338.
- González Marcos, M. (2003). Comparative law at the service of democracy - A reading of Arosemena's Constitutional Studies of the Latin American governments. En: *Boston University International Law Journal* 21.
- Granovetter, M. (1985). Economic Action and Social Structure - The Problem of Embeddedness. En: *The American Journal of Sociology* 91.
- Grosswald, V. (2008). Comparative Law and Language. En: Reimann, M. y R. Zimmermann (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press. doi: [10.1093/oxfordhb/9780199296064.001.0001](https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199296064.001.0001).
- Gruchy, A. (1984). Neo Institutionalism, Neo-Marxism, and Neo-Keynesianism - An Evaluation. En: *Journal of Economic Issues* 18.
- Habermas, J. (1987). *The Philosophical Discourse of Modernity - Twelve Lectures*. Traducción al inglés de Frederick Lawrence. Cambridge: Polity Press y Blackwell Publishers Ltd.
- Hill, J. (1989). Comparative Law, Law Reform and Legal Theory. En: *Oxford Journal of Legal Studies* 9.
- Izquierdo Martín, J. (1999). De la globalización económica como forma de violencia simbólica. En: *Cuadernos de Relaciones Laborales* 15.
- Kamba, W. J. (1974). Comparative Law, A Theoretical Framework. En: *The International and Comparative Law Quarterly* 23.
- Kelley, T. (2007). Exporting Western Law to the Developing World, The Troubling Case of Niger. En: *Global Jurist Frontiers* 7.
- Kennedy, D. (2006a). La crítica de los derechos en los *Critical Legal Studies*. En: *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, pp. 47-89.
- (2006b). Three Globalizations of Law and Legal Thought, 1850-2000. En: *The New Law and Economic Development - A Critical Appraisal*. Cambridge, Cambridge University Press.
- La Porta, R., López de Silanes Molina, F. y A. Shleifer (2008). *The Economic Consequences of Legal Origins*. En: *Journal of Economic Literature* 46.
- La Porta, R., López de Silanes Molina, F., Shleifer, A. y R. W. Vishny. (1998). *Law and Finance*. En: *Journal of Political Economy* 106.
- Lander, E. (ed.) (2000). *La colonialidad del saber - Eurocentrismo y ciencias sociales - Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO Books.
- Leckey, R. (2017). Review of Comparative Law. En: *Social & Legal Studies* 26, pp. 3-24. doi: <https://doi.org/10.1177/0964663916670718>.
- Legrand, P. (2017). Jameses at Play - A Tractation on the Comparison of Laws. *The American Journal of Comparative Law* 65. pp. 1-132.
- (2005). Paradoxically, D.: for a Comparative Legal Studies. En: *Cardozo Law Review* 27.
- (2007). Word/world (Of primordial issues for comparative legal studies). En: *Research Paper* 7.
- León Hilario, L. L. (2007). Common Law v. Civil Law - la competencia entre ordenamientos jurídicos - Réplica crítica (y amistosa) al profesor Escobar Rozas. En: *Foro Jurídico* 4, pp. 259-267.
- (2005). El Negocio Jurídico según Rodolfo Sacco - Ideas de un maestro italiano. En: *Revista Jurídica del Perú* 60.
- Lepaulle, P. (1922). The Function of Comparative Law with a Critique of Sociological Jurisprudence. En: *Harvard Law Review* 35.

- López Medina, D. (2002). *El derecho de los jueces*. Santafé de Bogotá: Legis.
- (2004). *Teoría Impura del Derecho - La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Santafé de Bogotá: Legis.
- Mattei, U. (2003). A Theory of Imperial Law - A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance. En: *Global Jurist Frontiers* 3.
- (2008). Comparative Law and Critical Legal Studies. En: En: Reimann, M. y R. Zimmermann (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press. doi: 10.1093/oxfordhb/9780199296064.001.0001.
- Mattei U. Y F. Cafaggi (1998). Comparative Law and Economics. En: Newman, P. (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and Law*. Primera edición. doi: 10.1007/978-1-349-14286-6.
- Mattei, U. y A. Monti (2001). Comparative Law and Economics - Borrowing and resistance. En: *Global Jurist Frontier* 1.
- Mattei, U., Antonioli, L. Y A. Rossato (2000). Comparative Law and Economics. En: Bouckaert, B. y Geest, Gerrit de (eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*. Primer volumen. Cheltenham y Northampton: Edward Elgar Publishing Ltd.
- Menski, W. (2006). *Comparative Law in a Global Context - The Legal Systems of Asia and Africa*. Segunda Edición. Cambridge: Cambridge University Press. doi: 10.1017/obo9780511606687.
- Merino Acuña, R. (2016). *Justicia Social y Economía en la Teoría del Derecho - Las intersecciones entre el Derecho, la Economía y la Política*. Lima: Palestra Editores.
- Merino Acuña, R. y A. Valencia Vargas (2018). *Descolonizar el derecho - Pueblos indígenas, derechos humanos y Estado Plurinacional*. Lima: Palestra Editores.
- Michaels, R. (2008). The Functional Method of Comparative Law. En: Reimann, M. y R. Zimmermann (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press. doi: 10.1093/oxfordhb/9780199296064.001.0001.
- Monateri, P.G. (2001). The 'Weak Law' - Contaminations and Legal Cultures. En: *Global Jurist Advances* 1.
- Munshi, S. (2017). Comparative Law and Decolonizing Critique. En: *The American Journal of Comparative Law* 65, pp. 207-235. doi: 10.1093/ajcl/awxO.
- North, D. C. (1971). Institutional Change and Economic Growth. En: *The Journal of Economic History* 31.
- Ogus, A. (1999). Competition between national Legal Systems - A contribution of economic analysis to Comparative Law. En: *The International and Comparative Law Quarterly* 48.
- Örücü, E. (2006). Methodology of Comparative Law. En: Smits, J. (ed.). *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Segunda edición. Cheltenham y Northampton: Edward Elgar Publishing Ltd. doi: <https://doi.org/10.4337/9781781006108.00020>.
- Palmer, V. (2004). From Lerotholi to Lando - Some Examples of Comparative Law Methodology. En: *Global Jurist Frontiers* 4. doi: 10.2202/1535-1653.1126.
- Pasquel Rodríguez, E. (2010). ¿En qué momento se jodió el Sur? - Crecimiento económico, derechos de propiedad y regulación del crédito en las colonias británicas y españolas en América. En: *Revista de Economía y Derecho* 7, pp. 7-30.
- Pasquel Rodríguez, E. Y L. Díez-Canseco Núñez. (2004). Precios excesivos, Una mirada a la luz del derecho comparado. En: *Advocatus* 10. pp. 1-38.
- Patrón Salinas, C. (2006). El perro del hortelano - Definiendo el rol empresarial del Estado en Latinoamérica. En: *THĒMIS - Revista de Derecho* 52, pp. 75-91.
- Peters, A. (1999). Universalist Assumptions and Implications of Comparative Law, Should They Be Deconstructed? En: *Proceedings of the Annual Meeting - American Society of International Law* 93.
- Peters, A. y S. Heiner (2000). Comparative Law beyond Post-Modernism. En: *The International and Comparative Law Quarterly* 49. doi: 10.1017/s002058930064666.
- Pistor, K. (2002). The Standardization of Law and Its Effect on Developing Economies. En: *The American Journal of Comparative Law* 50. doi: 10.2307/840831.
- Platsas, A. (2008). The Functional and the Dysfunctional in the Comparative Method of Law - Some critical remarks. En: *Electronic Journal of Comparative Law* 12.

- Ramello, G. B. (2016). The past, present and future of comparative law and economics. En: Eisenberg, T. y G. B. Ramello. *Comparative Law and Economics*. Cheltenham y Northampton: Edward Elgar Publishing Ltd., pp 3-22.
- Reitz, J. (1998). How to Do Comparative Law. En: *The American Journal of Comparative Law* 46. doi: <https://doi.org/10.2307/840981>.
- Robilant, A. di (2016). Symposium on Ran Hirschl's Comparative Matters - The renaissance of Comparative Constitutional Law. En: *Boston University Law Review* 96.
- Ruskola, T. (2002). Legal Orientalism. En: *Michigan Law Review* 101.
- Sacco, R. (1992). *Introduzione al Diritto Comparato*. Quinta edición. Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese - UTET.
- Sousa Santos, B. de (2002). *Toward a New Legal Common Sense, Law - Globalization and Emancipation*. Segunda edición. Londres: Butterworths y Lexis Nexis.
- Sousa Santos, B. de y C. Rodríguez (2005). *Law and Globalization from Below*. Cambridge y Nueva York: Cambridge University Press.
- Schlesinger, R. (1995). The past and future of Comparative Law. En: *The American Journal of Comparative Law* 43.
- Somma, A. (2007). At the patient's bedside? - Considerations on the Methods of Comparative Law. En: *The Cardozo Electronic Law Bulletin* 13, pp. 1-44.
- Hoecke, M. van y M. Warrington. (1998). Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine - Towards a New Model for Comparative Law. En: *The International and Comparative Law Quarterly* 47.
- Wallerstein, I. (2004). *World System Analysis - An introduction*. Durham y Londres: Duke University Press.
- Watson, A. (1995). *From Legal Transplants to Legal Formants*. En: *The American Journal of Comparative Law*. 43, 5.
- Whitehead, J. (1999). From criticism to critique, preserving the radical potential of critical legal studies through a reexamination of Frankfurt School Critical Theory. En: *Florida State University Law Review*. 26, 3, pp. 701-42.
- Whytock, C. (2009). Legal Origins, Functionalism, and the Future of Comparative Law. *Brigham Young University Law Review* 6, pp. 1879 -1905.
- Wilf, S. (2009). The Invention of Legal Primitivism. En: *Theoretical Inquiries in Law*. 10.
- Williamson, O. (2000). The New Institutional Economics, Taking Stock, Looking Ahead. En: *Journal of Economic Literature*. 25. pp. 595-613.
- Zweigert K. y H. Kötz. (1998). *An Introduction to Comparative Law*. Traducción de Tony Weir. Tercera edición. Oxford: Clarendon Press.