

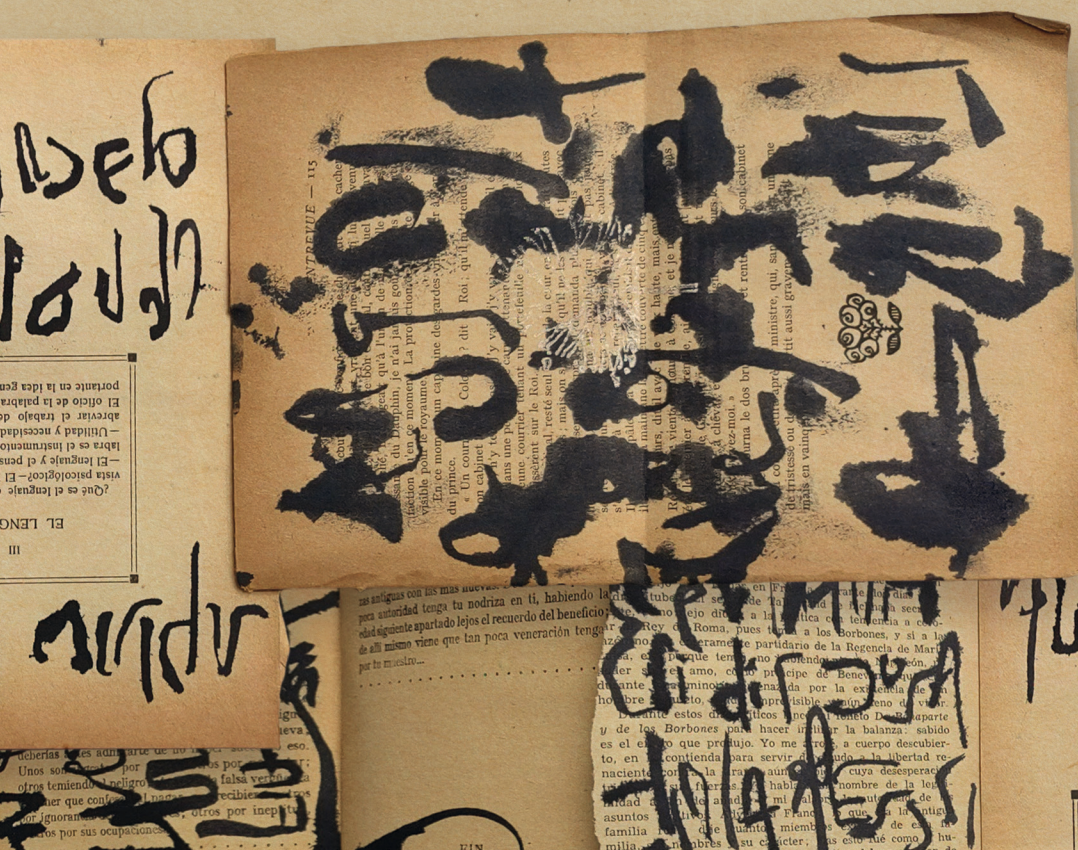
DERECHO COMPARADO

MATERIALES MODERNOS Y POSMODERNOS

DANIEL BONILLA MALDONADO

RALF MICHAELS

(EDICIÓN ACADÉMICA)



DERECHO COMPARADO

MATERIALES MODERNOS
Y POSMODERNOS

COMITÉ EDITORIAL

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

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

Esteban Hoyos Ceballos,
Escuela de Derecho, Universidad EAFIT

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

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

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

Norberto Hernández Jiménez,
Facultad de Derecho,
Pontificia Universidad Javeriana

DERECHO COMPARADO

MATERIALES MODERNOS Y POSMODERNOS

Daniel Bonilla Maldonado
Ralf Michaels

(edición académica)

Traducción de Carlos Francisco Morales de Setién Ravina

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

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

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

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

Materias: Derecho comparado

Clasificación: CDD 340.2-dc23

SBLUA

Primera edición: octubre del 2023

- © Daniel Bonilla Maldonado y Ralf Michaels (editores académicos)
© Carlos Francisco Morales de Setién Ravina, por la traducción
© Pierre Legrand, Ran Hirschl, Alan Watson, William Twining, Günter Frankenberg, Pier Giuseppe Monateri, Teemu Ruskola
© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes

Carrera 1.ª n.º 18A-12, bloque Tm

Bogotá, D. C., Colombia

Teléfono: 601 3394949, ext. 2133

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

infeduni@uniandes.edu.co

ISBN: 978-958-798-549-8

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

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

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

Corrección de estilo: Tatiana Grosch

Diagramación interior: Samantha Sabogal

Diagramación de cubierta: Angélica Ramos

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

Impresión:

Nomos Impresores

Diagonal 18 Bis n.º 41-17

Teléfono: 601 2086500

Bogotá, D. C., Colombia

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

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

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

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

Resolución 582 del 9 de enero del 2015, Mineducación.

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

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	
UN MAPA DE LOS PROBLEMAS CENTRALES DE LA DISCIPLINA	9
Ralf Michaels	
Daniel Bonilla Maldonado	
PARTE I	
CONCEPTOS, FINES Y MÉTODOS	
EL MÉTODO FUNCIONALISTA DEL DERECHO COMPARADO	53
Ralf Michaels	
EL DERECHO EXTRANJERO COMO ESTRATEGIA DE AUTODEFINICIÓN DE LA IDENTIDAD DEL JURISTA O <i>SELF-FASHIONING</i>	113
Pierre Legrand	
SOBRE LA MATRIZ METODOLÓGICA DIFUSA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO	169
Ran Hirschl	
PARTE II	
LA CIRCULACIÓN DE CONOCIMIENTO JURÍDICO: LOS TRASPLANTES JURÍDICOS	
INTRODUCCIÓN A LOS TRASPLANTES JURÍDICOS	201
Alan Watson	
LAS VIRTUDES DEL DERECHO COMPARADO	213
Alan Watson	

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

Introducción

Un mapa de los problemas centrales de la disciplina*

Ralf Michaels
Daniel Bonilla Maldonado

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

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

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

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

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

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

Enfoques tradicionales del derecho comparado

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

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

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

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

El derecho comparado culturalista

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

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

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

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

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

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

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

- 9 Elizabeth Kolsky, “Codification and the Rule of Colonial Difference: Criminal Procedure in British India”, *Law and History Review* 23, n.º 3 (otoño, 2005), pp. 631-683.
- 10 John Owen Haley, *The Spirit of Japanese Law* (Athens y Londres: University of Georgia Press, 2006); Bernard G. Weiss, *The Spirit of Islamic Law* (Athens y Londres: University of Georgia Press, 2006); Geoffrey MacCormack, *The Spirit of Traditional Chinese Law* (Athens y Londres: University of Georgia Press, 2019).
- 11 Por ejemplo, Pierre Legrand, “European Legal Systems are Not Converging”, *The International and Comparative Law Quarterly* 45, n.º 1 (ene., 1996), pp. 52-81.
- 12 Edward L. Glaeser y Andrei Shleifer, “Legal Origins”, *The Quarterly Journal of Economics* 117, n.º 4 (2002), pp. 1193-1229. Los autores cambiaron posteriormente el derecho por la política como variable relevante: Rafael La Porta, Florencio López-de-Silanes y Andrei Shleifer, “The Economic Consequences of Legal Origins”, *Journal of Economic Literature* 46, n.º 2 (2008), pp. 285-332.
- 13 Véase la crítica desde una perspectiva africana en W. J. Kamba, “Comparative Law: A Theoretical Framework”, *The International and Comparative Law Quarterly* 23, n.º 3 (jul., 1974), pp. 485-519, 506 y ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El derecho comparado formalista

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

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

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

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

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

27 Legrand, en este volumen.

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

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

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

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

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

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

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

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

El derecho comparado funcionalista

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

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

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

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

35 Michaels, en este volumen.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

41 Michaels, en este volumen.

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

Trasplantes legales

Trasplantes, difusión y entrecruzamientos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El derecho comparado formalista y los trasplantes jurídicos

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

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

47 Alan Watson, en este volumen.

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

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

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

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