

VERSIÓN ESCRITA DE LA CONFERENCIA PRONUNCIADA  
POR EL GALARDONADO AL RECIBIR EL PREMIO  
INTERNACIONAL DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO  
“HÉCTOR FIX-ZAMUDIO” 2014. “EL DERECHO COMPARADO  
Y LA COMPARACIÓN DE CULTURAS JURÍDICAS.  
UNA PERSPECTIVA LATINOAMERICANA”

Rogelio PÉREZ-PERDOMO\*

I. PREÁMBULO

Es un muy alto honor recibir el Premio Internacional de Investigación Jurídica “Héctor Fix-Zamudio”. Me complace especialmente que el premio lleve el nombre del gran jurista que es Héctor Fix-Zamudio, quien es un modelo para los juristas académicos de este continente, ya que supo evitar las tentaciones de los altos cargos públicos, ha permanecido fiel a su vocación y ha tenido una productividad asombrosa.

En esta conferencia voy a desarrollar algo que tiene relación con dos ideas importantes que están implícitas en su obra, y que fueron explícitas en su acción como promotor de la investigación jurídica: el estudio del derecho como *praxis* social y la atención a los otros países de América Latina.

Don Héctor es un jurista perceptivo e informado que concluye varias de sus obras con el señalamiento de la importancia de continuar la investigación en el campo, de ver al derecho en acción. Y sabemos que ha animado a los miembros del Instituto a realizar estas investigaciones. Otro camino que abrió don Héctor fue el incluir a los países de América Latina en el derecho comparado, lo que implicó una renovación de la disciplina. El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM fue originalmente un instituto de derecho comparado que no se concentró sólo en Europa y los Estados Unidos, como era lo habitual en la época. Esto me lleva a analizar cuál es la importancia de esta orientación para el derecho com-

\* Universidad Metropolitana, Caracas.

parado y, especialmente, para quienes hacemos derecho comparado en América Latina.

En este trabajo abordaremos los cambios en la concepción del derecho comparado que se produjeron a mediados y finales del siglo XX, las implicaciones de tomar la cultura jurídica como el objeto a comparar, y el significado de ocuparnos de la cultura jurídica de América Latina en perspectiva comparada.

## II. UNA MIRADA AL DERECHO COMPARADO Y SU HISTORIA

### 1. *De la legislación a las tradiciones jurídicas como objeto del derecho comparado*

Sabemos que el derecho comparado es una disciplina de constitución relativamente reciente en la historia de las ideas. Se mencionan como predecesores a Aristóteles, Bodino o Montesquieu, pero como disciplina consciente de sí misma, los hitos de su constitución generalmente se buscan en asociaciones, reuniones y revistas que aparecieron a mediados del siglo XIX.

Por supuesto, desde la Edad Antigua había conciencia de las diferencias en las reglas de derecho. Se cita a Aristóteles y su estudio de las Constituciones de las *poleis* griegas como un antecedente importante del derecho comparado. Pero no hubo desarrollo de la comparación, porque se consideraba que el derecho surgía de la experiencia. En el pluralismo jurídico antiguo y medieval, las reglas podían coexistir en su diversidad sin ofrecer ningún desafío intelectual. En cambio, cuando se pensó que el derecho era derivado de la razón, la diversidad se vio como una anomalía. Este es el sentido de la conocida frase de Pascal: “Plaisante justice qu’une rivière ou une montagne borne! Vérité en deçà de Pyrénées, erreur au delà”.<sup>1</sup> La oración implica que la justicia, o el verdadero derecho, tenía que ser una para toda la humanidad, pues debía ser conforme a la razón. Grocio había planteado el tema a la inversa: si estudiamos los distintos derechos y vemos reglas comunes, puede suponerse que éstas son confor-

---

<sup>1</sup> *Pensées*, núm. 294. La frase podría traducirse aproximadamente así: “¡Extraña justicia que un río o una montaña limitan! Verdad de este lado de los Pirineos, error del otro”.

mes con la razón. El derecho comparado tendría así la utilidad de ayudar a construir el derecho natural.<sup>2</sup>

Hasta el siglo XVIII se pensaba que el verdadero derecho era el romano, pues para muchos era sencillamente la *ratio scripta*. Había legislación y era obligatoria. Sin embargo, si ésta modificaba la regla romana, se consideraba una excepción. Sólo en el siglo XIX el derecho se identificó con la legislación y se hizo un esfuerzo por sistematizarla. Constantinesco señala, con razón, que sólo en ese siglo se dieron las condiciones para emprender el estudio sistemático de la diversidad de derechos, y pone nombres y apellidos a los primeros comparatistas.<sup>3</sup> A mediados de siglo surgen las primeras revistas y cátedras de derecho comparado, que generalmente se consideran como su acta de nacimiento.

El derecho comparado tuvo un rápido desarrollo, del cual no estuvo ausente el mundo hispano. Se mencionan los trabajos de Gumersindo de Azcárate<sup>4</sup> y de Clóvis de Beviláqua,<sup>5</sup> profesores de esta materia en Madrid y Recife, respectivamente, como contribuciones importantes a la disciplina. Me complace señalar que un autor venezolano, Ricardo Ovidio Limardo, publicó en 1869 una obra significativa, denominada *Legislación comercial comparada de Europa y América*.<sup>6</sup> En 1900 se reunió en París el Primer Congreso Internacional de Derecho Comparado, al cual asistieron 76 juristas de dieciséis países,<sup>7</sup> lo cual era muestra de la difusión en el

---

<sup>2</sup> Grotius, Hugo, *Le droit de la guerre et de la paix* [1625], París, Presses Universitaires de France, 1999.

<sup>3</sup> Constantinesco, Léontin-Jean, *Traité de droit comparé*, París, LGDJ, 1972.

<sup>4</sup> Azcárate, Gumersindo de, *Ensayo de una introducción al estudio de la legislación comparada y programa de esta asignatura*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1874.

<sup>5</sup> Beviláqua, Clóvis de, *Lições de legislação comparada sobre o direito privado*, Bahía, Livraria Magalhaes, 1897.

<sup>6</sup> El título completo de la obra es *Legislación comercial comparada o sea códigos de comercio de Europa y América comparados entre sí, con una introducción y apreciaciones crítico-filosóficas sobre los principios de legislación que le sirven de base* (París, 1869). El autor es identificado como doctor en derecho civil por Caracas, abogado habilitado para ejercer en España y sus dominios, individuo correspondiente de la Real Academia Española. Aparentemente sólo se publicó el primer volumen de varios previstos. Tiene 769 páginas y, en contra de lo que sugiere el título, hay un largo tratamiento de la producción y el comercio de los países latinoamericanos, lo que muestra su creciente importancia. Llama al estudio de los códigos de comercio con el propósito de la unificación legislativa.

<sup>7</sup> Clark, David S., "Nothing New in 2000? Comparative Law in 1900 and Today", *Tulane Law Review*, vol. 75, 2001.

mundo de esta nueva disciplina. México fue el único país latinoamericano representado en el evento.

En un ensayo reciente, David Clark sostiene que cien años después, en los cuales el mundo ha cambiado tanto, no hay nada nuevo en el derecho comparado.<sup>8</sup> Los diversos planteamientos que se hicieron en ese congreso han conservado su vigencia. Su artículo es un análisis muy cuidadoso de las ideas centrales sobre el propósito y la materia del derecho comparado, según se manifestaron en 1900, y cómo esas ideas marcaron los rumbos posteriores. Mi propósito se sitúa en las antípodas de su planteamiento, porque yo me centro en el análisis del conjunto de la producción intelectual de los comparatistas, con la intención de ver qué ha cambiado en el derecho comparado en su siglo y medio de existencia.

En el siglo XIX, el derecho comparado se pensó como comparación de legislaciones. El nombre de varias de las sociedades científicas y cátedras universitarias en la época era justamente el de “legislación comparada”. Por supuesto, los juristas de entonces entendían que no se trataba de comparar mecánicamente los textos legales escritos, pues también contaba la manera como se entendían las reglas en la jurisprudencia y en la doctrina. La manera tópica (o de poco rigor, como diría un jurista de hoy) permitía introducir gran variedad de información y argumentos basados en la historia o el análisis social. Por ejemplo, Limardo, quien llama a su obra “códigos de comercio comparados de Europa y América”, provee una rica información sobre los flujos comerciales entre esos continentes.<sup>9</sup> Pero el texto legal era el punto a destacar, pues se confiaba en el derecho para cambiar la sociedad.<sup>10</sup>

El punto de llegada era la determinación de cuáles reglas eran las mejores. La comparación podría así producir la unificación del derecho, una ambición no muy distante de la de Grocio, ya señalada. A este respecto, el derecho comparado ha tenido triunfos importantes. Institucionalmente, el más notable es Unidroit o Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. Fue creado en 1926 por la Sociedad de Naciones, y restablecido en 1940, a la desaparición de ésta, y desde entonces ha tenido una actividad continua con resultados muy apreciables. Esto muestra que uno de los planteamientos dominantes en el Congreso de 1900 sigue

---

<sup>8</sup> *Idem.*

<sup>9</sup> Véase, Ovidio Limardo, Ricardo, *Legislación comercial comparada o sea códigos...*, *cit.*

<sup>10</sup> Véase también Bevilacqua, Clóvis de, *op. cit.*

estando presente. En la medida en que todavía en la actualidad haya juristas que usan al derecho comparado con una ambición, que podemos llamar pascaliana, para buscar las reglas más convenientes o más conformes con la razón, se aprecia la fuerza de esta idea, pero mi punto es que esto dista de ser considerado hoy la función principal del derecho comparado.

En la conferencia de París de 1900, Gabriel Tarde y Charles Esmein propusieron la observación científica como método para el derecho comparado. Esmein sugirió una clasificación de los sistemas jurídicos del mundo basado en características observables. Lo hizo en cinco grupos: el latino, que incluye a América Latina; el germánico, en el cual incluye a los países escandinavos; el angloamericano; el eslavo, y el islámico.<sup>11</sup> Ya antes, Clóvis de Beviláqua había propuesto una clasificación cuyo criterio principal era el grado de incorporación del derecho romano.<sup>12</sup> En ese orden, el primer grupo, o el de mayor resistencia, incluía a Rusia, Finlandia, Polonia, Suecia, Noruega, Dinamarca, Inglaterra y los Estados Unidos. El grupo donde predominaba el elemento romano incluía a Italia, España, Portugal, Suiza y Austria. El tercer grupo, en el que los elementos “idionómicos”<sup>13</sup> y romanos se equilibraban, estaba constituido por Francia, Bélgica, Holanda, Alemania, Suiza y Austria. Beviláqua agrega dos grupos que parecen casos extremos de alotrinomía e idionomía: los derechos latinoamericanos, el derecho hebreo y el musulmán. Nótese el desacuerdo entre los autores, porque usan criterios distintos de clasificación. Sin embargo, el trazado del mapa jurídico del mundo no era el objeto central de su obra de legislación comparada.

Mi impresión es que la clasificación de los sistemas jurídicos del mundo se convirtió en el objeto central del derecho comparado a mediados del siglo XX. La obra más representativa al respecto es la de René David sobre los grandes sistemas jurídicos contemporáneos,<sup>14</sup> que se convirtió en el manual estándar de derecho comparado.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> Clark, David S., “Nothing New in 2000? Comparative Law in 1900 and Today”, *cit.*

<sup>12</sup> Beviláqua, *op. cit.*

<sup>13</sup> Probablemente los términos fueron inventados por Beviláqua: “idionómico” es la capacidad de producir las propias leyes a las cuales estamos sometidos; “alotrinomía” se refiere a la asimilación de leyes extranjeras. Véase Beviláqua, *op. cit.*, pp. 36 y 37.

<sup>14</sup> David, René, *Les grands systèmes de droit contemporains*, París, Dalloz, 1964.

<sup>15</sup> Gordley, James, “Comparative Law and Legal History”, en Reimann, Mahtias y Zimmermann, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford. Oxford University Press, 2006.

John Henry Merryman no aceptó la metáfora, frecuente al final del siglo pasado, que hablaba de familias, y prefirió hablar de tradiciones jurídicas. Esta segunda denominación es la que parece haber prevalecido entre los comparatistas.<sup>16</sup> El nombre “tradición” no es inocuo. Implica una referencia a la historia y a la cultura, lo que da una especial dimensión al derecho comparado.<sup>17</sup> Esta manera de concebir el derecho comparado nos ha enseñado mucho. Aprendimos que en los distintos ordenamientos jurídicos se daba un lugar diferente a los jueces, a los legisladores, a los profesores de derecho; también, que la profesión de abogado se concebía de manera bastante diferente. Así, se destacaban las profundas raíces históricas de estas maneras de concebir al derecho.

En definitiva, esas dos concepciones del derecho comparado parecían partir de definiciones de derecho bastantes diferentes, pues mientras que en la concepción que podemos llamar prolegislación se trabajaba con reglas de derecho que tenían una frecuente variación en el tiempo, así como de un país a otro, la concepción protradición permitía discernir patrones relativamente estables en la vida jurídica y situar al derecho en su contexto histórico y cultural.

Creo que este cambio hizo al derecho comparado un tipo de estudio que se consideró muy relevante para comprender las distintas concepciones del derecho y para trazar el mapa jurídico del mundo. Podría decirse que la segunda mitad del siglo XX fue la edad de oro del derecho comparado: se multiplicaron las reuniones y publicaciones; en no pocas universidades se fundaron institutos y cátedras, y se crearon también maestrías u otros programas de posgrado en la materia. En la Biblioteca de Derecho

---

<sup>16</sup> Glendon, Mary A. et al., *Comparative Legal Traditions in a Nutshell*, 2a. ed., Saint Paul, West Group, 1999; Head, John W., *Great Legal Traditions: Civil Law, Common Law, and Chinese Law in Historical and Operational Perspective*, Durham, Carolina Academic Press, 2011; Zartner, Dana, *Courts, Codes, and Customs: Legal Traditions and the State Policy toward International Human Rights and Environmental Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2014; Glenn, H. Patrick, *Legal Traditions of the World*, 5a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2014.

<sup>17</sup> Conviene citar a Merryman literalmente: la tradición jurídica es “un conjunto de actitudes enraizadas profundamente y condicionadas históricamente sobre la naturaleza del derecho, su papel en la sociedad y la política, la organización y apropiado funcionamiento del sistema jurídico. También sobre cómo el derecho se crea, se aplica y se estudia, o cómo debe ser creado, aplicado y estudiado. La tradición jurídica relaciona el derecho con la cultura, de la cual es expresión parcial. Pone al derecho en perspectiva cultural”. Merryman, John Henry y Pérez-Perdomo, Rogelio, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, Stanford, Stanford University Press, 2007, p. 2.

de la Universidad de Stanford se pueden consultar noventa títulos de revistas que conciernen al derecho comparado. En su mayor parte fueron fundadas a mediados o en la segunda mitad del siglo XX y siguen activas; pero dentro de ese considerable florecimiento se sienten signos de un malestar, que conviene tratar de elucidar.

Destaco que la literatura didáctica se ha hecho repetitiva; con un agravante: los viejos mapas enfrentan la enorme dificultad de servir de orientación en un mundo en constante cambio. El manual de René David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, puede servir de ejemplo, pues se convirtió en un libro canónico para entender el mapa jurídico del mundo.<sup>18</sup> David distinguió tres grandes familias: “*common law*, la romano-germánica y la socialista”. La undécima edición de esta obra, actualizada por la profesora Jauffret-Spinosi, revela la dificultad de mantener la antigua clasificación cuando la Unión Soviética ha desaparecido y los derechos socialistas asumen una importancia mucho menor de la que tenían en 1964.<sup>19</sup> Cuniberti usa el mismo nombre de “grandes sistemas jurídicos contemporáneos”, pero para el lector latinoamericano la mezcla de lo que llama la tradición jurídica continental y los derechos tradicionales africanos con capítulos dedicados a sistemas jurídicos nacionales (el derecho inglés, el de los Estados Unidos, el chino y el japonés) revela falta de criterio para hacer la distinción.<sup>20</sup> La escogencia de países luce arbitraria. La obra de Zweigert y Kötz distingue la familia romanista de la germánica y la nórdica, pero, leyéndola, parece que los países de idioma español o portugués no hubieran producido derecho, como tampoco la India, Rusia o los países islámicos.<sup>21</sup> A juzgar por la literatura didáctica, estamos frente a un área del conocimiento en completa desorientación. Es como si mantuvié-

---

<sup>18</sup> David, René, *op. cit.*

<sup>19</sup> David, René y Camille Jauffret-Spinosi, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Facultad Libre de Derecho de Monterrey, 2010.

<sup>20</sup> Cuneberti, Gilles, *Grands systèmes de droit contemporains*, 2a. ed., París, LGDJ, 2011.

<sup>21</sup> Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *An Introduction to Comparative Law*, 3a. ed., trad. de Tony Weir, Nueva York, Oxford University Press, 1998 (hay traducción española: *Introducción al derecho comparado*, México, Oxford University Press, 2002). Kleinheisterkamp destaca que Zweigert y Kötz dedican página y media a la América Latina, mientras otorgan mucho más espacio a gigantes como Suiza. Véase Kleinheisterkamp, Jan, “Development of Comparative Law in Latin America”, en Reimann, Mathias y Zimmermann, Reinhard (eds.), *op. cit.*

ramos viejos trajes que pueden ser atractivos y gustarnos mucho, pero que ya no corresponden a nuestro cuerpo.

El tema mismo de las clasificaciones de los sistemas jurídicos claramente no está cerrado. Clark tiene razón al señalar que los criterios de clasificación dependen de los propósitos que nos propongamos.<sup>22</sup> Por ejemplo, en 1997, Mattei propuso una clasificación que atiende al grado de autonomía de los sistemas, especialmente en lo que concierne a las decisiones judiciales. Los tipos serían tres: ordenamientos jurídicos autónomos, independientes de la política y la religión; los dependientes de la política, y los dependientes de la religión.<sup>23</sup> El interés de Mattei radica en los trasplantes de derecho y en la predicción de cuándo un trasplante puede ser exitoso. Pero esto nos aleja por completo del interés del derecho comparado de la segunda mitad del siglo XX, consistente en estudiar las grandes tradiciones o en dibujar el mapa jurídico del mundo.

Antes de pasar a esbozar los desarrollos más recientes del derecho comparado, deseo analizar una distinción de dos grandes tradiciones que tuvo una enorme influencia y que se convirtió en uno de los objetos predilectos de la comparación de tradiciones: la comparación del *common law* y la tradición romanista.

## 2. Tradición romanista y common law

La política colonizadora de Europa entre los siglos XVI y XX hizo esta distinción muy importante para el mundo. Los países de Europa continental, que configuraron la tradición romanista, e Inglaterra, cuna del *common law*, se expandieron mundialmente, imponiendo o exportando una u otra manera de concebir al derecho.

Generalmente se acepta que el *common law* nació con la conquista normanda de Inglaterra (batalla de Hastings en 1066) y la designación de jueces itinerantes para hacer justicia en nombre del rey. En cambio, la tradición romanista se reclama del derecho romano, que tiene una historia mucho más larga, pero tal vez sea apropiado no llevarlo más allá del estu-

---

<sup>22</sup> Clark, David S., "Legal Systems, Classification of", *International Encyclopedia of Social Sciences*, Amsterdam, Elsevier, 2001, vol. 13.

<sup>23</sup> Mattei, Ugo, "Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems", *American Journal of Comparative Law*, vol. 45, 1997.

dio del Corpus Iuris Civilis de Justiniano en las universidades europeas del siglo XII. Esto indicaría que estas dos concepciones distintas del derecho se desarrollaron desde fines de la Edad Media.

A comienzos del siglo XX, cuando el derecho comparado cobró importancia, parecían dos formas bien diferentes de pensar el derecho. Los ejes de la distinción estaban en la centralidad de la legislación y los códigos en la tradición romanista, mientras que en el *common law* el derecho derivaba fundamentalmente de lo resuelto por los jueces. En realidad, esa distinción hacía referencia a las transformaciones más recientes del derecho en esas tradiciones, que estaban bastante lejos de sus raíces medievales, porque las tradiciones no son estáticas, sino que van transformándose, aunque lo hagan, al menos parcialmente, por el sendero ya trazado. Es lo que hoy denominamos con un anglicismo: *path dependency*.

Si miramos la manera como operaba el sistema jurídico en Inglaterra y en Europa continental en el siglo XVIII, la diferencia entre *common law* y derechos romanistas no radicaba en los códigos (que no existían todavía en esa época), sino en que en Europa los abogados se educaban en las universidades, mientras que en Inglaterra el entrenamiento estaba a cargo de la propia profesión. Esto determinaba que los libros de casos fueran importantes en Inglaterra, mientras que en el continente se usaba el Corpus Iuris Civilis, sobre todo la Instituta comentada y el Digesto. Para la práctica jurídica se usaban libros frecuentemente llamados prontuarios. Lo que hizo la codificación fue sustituir tanto el Corpus Iuris como los libros para la práctica, por los códigos y los manuales y tratados de los profesores. Pero no se puede identificar la tradición romanista con los códigos. Hay sistemas jurídicos en esta tradición que codificaron en el siglo XX o que no han codificado todavía, y jurisdicciones del *common law* donde existen y se usan los códigos.<sup>24</sup>

La mayor o menor recepción del derecho romano no parece un criterio válido cuando uno pone atención a la historia. Los normandos que invadieron Inglaterra estaban romanizados y cristianizados. Hablaban en francés. Por un tiempo, el lenguaje usado en la corte real de Inglaterra fue el francés, y el lenguaje jurídico se llamó *Law French*, una mezcla de inglés con francés medieval lleno de expresiones latinas. Todavía hoy, el lenguaje jurídico inglés conserva muchas palabras o expresiones que vienen del

---

<sup>24</sup> Merryman, John Henry y Pérez-Perdomo, Rogelio, *op. cit.*

francés o del latín. De hecho, un gran historiador del derecho, Peter Stein, profesor en Cambridge, destaca que el *common law* está más cerca del derecho romano antiguo en su estructura y en sus conceptos fundamentales que el derecho de la tradición que nosotros llamamos romanista.<sup>25</sup>

Por otra parte, en las universidades inglesas, en Oxford y Cambridge, se estudió el *Corpus Iuris Civilis*, como en el resto de Europa; es decir, que el mismo derecho romano se estudiaba en las universidades de Inglaterra y de Europa continental hasta el siglo XVIII. En Inglaterra se produjo la distinción entre *common law* y *civil law*. Los *civil lawyers* se formaban en las universidades mediante el *Corpus Iuris Civilis*, y por ello se les llamaba así; tenían el privilegio de litigar ante los tribunales más importantes, concentrados en Londres, mientras que los *common lawyers* litigaban en los tribunales reales, distribuidos en toda Inglaterra. Durante la Revolución inglesa del siglo XVII, los *civil lawyers* tomaron el partido del rey, mientras que los *common lawyers* apoyaron al Parlamento. El resultado fue que los *civil lawyers* perdieron su privilegio y, progresivamente, su importancia, pues su número disminuyó sustancialmente. Por eso asociamos a Inglaterra con el *common law*.

Pero no exageremos. Las dos grandes tradiciones no se desarrollaron con completa independencia entre sí, sino que siempre hubo comunicación entre *common law* y *civil law*; éste era más elaborado intelectualmente, y ciertamente influyó en el primero. Los *common lawyers* también podrían invocar al derecho romano en el origen de su tradición, aunque generalmente no estén conscientes de ello. Cuando miramos los cambios en el tiempo y le damos al derecho comparado su dimensión histórica, podemos hacer otros hallazgos. Estados Unidos, a raíz de su independencia, prestó gran atención al derecho europeo, especialmente al francés.<sup>26</sup>

Lo central era más bien la importancia de las universidades, pues en la tradición romanista éstas configuraban a la profesión, al determinar quiénes serían los miembros de ella, su lenguaje y su saber.<sup>27</sup> Los jueces

---

<sup>25</sup> Stein, Peter, "Roman Law, Common Law, and Civil Law", *Tulane Law Review*, vol. 66, 1992.

<sup>26</sup> Stein, Peter, "The Attraction of the Civil Law in Post-Revolutionary America", *Virginia Law Review*, vol. 52, 1966.

<sup>27</sup> Dos visiones contrapuestas e interesantes de lo que se aprendía (o se aprende) en las universidades de la tradición romanista y la de los Estados Unidos son las de Damaska y Merryman. Véase Damaska, Mirjan, "A Continental Lawyer in an American Law

se pensaban como funcionarios del Estado. En el *common law*, la profesión estaba en el centro organizativo del derecho, pues tenía a su cargo la formación y acreditación de sus miembros. Las universidades no eran importantes, mientras que los jueces se concebían como miembros destacados de la profesión. Esto hacía que los casos fueran importantes y que la legislación ocupara un lugar secundario. En definitiva, en el *common law* se privilegiaban los casos, y en los derechos romanistas, los textos escritos (legislación y literatura académica).

En el siglo XIX, los Estados Unidos optaron por un rasgo que caracterizaba a la tradición romanista hasta entonces: la formación de los abogados en las universidades. Un siglo después, Inglaterra siguió el ejemplo, y hoy en todos los países del *common law* las universidades tienen un papel muy importante en la formación de los profesionales del derecho.<sup>28</sup> La formación universitaria de los abogados ya no es un rasgo de la tradición romanista, sino que se ha incorporado en el *common law* de los siglos XIX y XX.

Es cierto que cuando Harvard creó la primera escuela universitaria de derecho innovó al convertir los casos contenidos en las sentencias de los jueces en el objeto primario de análisis. En el siglo XX se sustituyó este objeto por casos en los que se informaba sobre su contexto social y económico, y luego se incorporó la enseñanza a base de problemas, la simulación, la clínica jurídica y el entrenamiento directo en destrezas o competencias, como la escritura jurídica, la argumentación oral y la negociación.

Fue una innovación relativa, porque si miramos a la tradición romanista, el aprendizaje basado en problemas ya se usaba en las universidades, y también fuera de ellas, para el entrenamiento de los abogados. Indico sólo una muestra: cuando en 1826 el gobierno de Colombia ordenó que se suprimieran las disputas y que los profesores enseñaran exponiendo la nueva literatura, los profesores de la Universidad Central de Venezuela protestaron, porque sostenían que las disputas tenían un amplio valor pedagógico.<sup>29</sup> Las disputas constituían una forma de enseñanza

---

School”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 116, 1968, y Merryman, John Henry, “Legal Education There and Here”, *Stanford Law Review*, vol. 27, 1975.

<sup>28</sup> Clark, David S., “Legal Education”, en Clark, David S. (ed.), *Comparative Law and Society*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012.

<sup>29</sup> Pérez Perdomo, Rogelio, *Los abogados de Venezuela. Estudio de una elite intelectual y política, 1780-1980*, Caracas, Monte Ávila, 1981.

activa basada en problemas, y además de estimular el aprendizaje, entrenaba al estudiante en la argumentación oral. Nótese que esto ocurría casi cincuenta años antes de la creación de la Escuela de Derecho de Harvard y de la invención de Langdell. Cuando en la década de 1970 un grupo de profesores de la Universidad Central de Venezuela propusieron la enseñanza por casos, los profesores más conservadores los acusaron de estar introduciendo métodos apropiados para el *common law*, pero no para la tradición romanista.<sup>30</sup> Sin duda, una triste ironía y una muestra de supina ignorancia de la historia de la educación jurídica. Esa historia enseña precisamente que las tradiciones cambian y que están expuestas a variadas influencias. Los verdaderos profesores no están interesados en seguir una tradición, sino en buscar las formas más adecuadas de aprendizaje. De ahí que aceptar estas influencias recíprocas no debe tomarse como traición a la patria.

Otra diferencia a elucidar es la importancia de la legislación y la codificación como característica de los derechos romanistas frente al papel de la jurisprudencia y los jueces en el *common law*. Tomemos el caso del derecho administrativo francés, sin duda una de las contribuciones mayores de la cultura jurídica francesa a la historia del derecho. El desarrollo del derecho administrativo no se debió a un código o a la legislación, sino a los casos decididos por el Consejo de Estado y a la contribución de los grandes profesores.<sup>31</sup> Aun en el derecho civil francés la jurisprudencia ha sido muy importante. Husson ha mostrado que el derecho de la responsabilidad civil extracontractual cambió sustancialmente en los siglos XIX y XX, sin que el Código Civil se modificara.<sup>32</sup> Las decisiones de la Corte de Casación fueron de importancia para ese cambio, como la tuvieron las del Consejo de Estado en la construcción del derecho administrativo. Y en esta materia también desplegó mucha relevancia la elaboración doctrinal de los casos por los profesores. Por supuesto, igualmente, hay que tomar en cuenta que no fue la inteligencia de los profesores o de los jueces la que produjo el cambio por arte de magia, ni tampoco el prestigio de unos y

---

<sup>30</sup> Pérez Perdomo, Rogelio, *Los abogados de América Latina. Una introducción histórica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

<sup>31</sup> Bigot, Gregoire, *Introduction historique au droit administratif français depuis 1789*, París, Presses Universitaires de France, 2002.

<sup>32</sup> Husson, Léon, *Les transformations de la responsabilité: étude sur la pensée juridique*, París, Presses Universitaires de France, 1947.

otros el que determinó su influencia, sino que supieron interpretar las necesidades de una época dinámica.

El ejemplo de las transformaciones del derecho civil y del derecho administrativo en Francia no constituye una excepción. En materia de legislación social y su interpretación por los jueces contamos con el excelente trabajo de Forbath, quien explica que en los Estados Unidos los jueces anulaban la legislación favorable a los trabajadores gracias al control de la constitucionalidad de las leyes.<sup>33</sup> En cambio, como en Inglaterra no existía ese tipo de control, los trabajadores y los sindicatos ingleses escogieron la vía legislativa para lograr ventajas en la regulación laboral, y así se formó el Partido Laborista. En Estados Unidos no surgió un partido laborista, porque los sindicatos tuvieron que plantearse estrategias no legislativas. El lugar común de que el *common law* es un derecho centrado en los jueces, un *judge made law*, era cierto para los Estados Unidos, pero no para Inglaterra, en lo que concierne a la regulación del trabajo, y esto es importante para entender la relación entre política y derecho en ese momento.

Forbath no fue el primero en destacar la importancia de la interacción entre la legislación social y la acción de los jueces como algo característico de los Estados Unidos. A comienzos del siglo XX esto llamó enormemente la atención de los juristas europeos. El excelente libro de Edouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États Unis*, hizo un excelente planteamiento del problema, tal como era percibido en Europa,<sup>34</sup> en el que fundamentalmente se subrayaba que una judicatura conservadora ponía en peligro a la democracia y a la estabilidad social. Es por eso que las simplificaciones no sólo falsean la historia, sino que impiden entender al derecho en su contexto social y político.

Citamos a Lambert para mostrar que lo que ocurría en los Estados Unidos se observaba con mucha atención en los países de tradición romanista, donde había quienes proponían que los jueces tuvieran a su cargo el control de la constitucionalidad de las leyes. Este tema se convirtió en un eje de la discusión intelectual en la primera mitad del siglo XX, respecto a lo cual cabe destacar un importante artículo de Hans

---

<sup>33</sup> Forbath, William, *Law and the Shaping of the American Labor Movement*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.

<sup>34</sup> Lambert, Edouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États Unis. La expérience américaine du contrôle de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921 (reedición por Dalloz en 2005).

Kelsen.<sup>35</sup> En la segunda mitad del siglo la discusión cesó: prácticamente todos los países de la tradición romanista adoptaron el control de la constitucionalidad de las leyes. Los tribunales constitucionales, generalmente muy activos en un buen número de jurisdicciones, o el uso creciente del control de la constitucionalidad por las cortes supremas en los países donde no hay tribunal constitucional, son la demostración de esta tendencia<sup>36</sup> que ha conferido nueva relevancia a los jueces.<sup>37</sup>

Lo mismo puede decirse de la educación jurídica. En el siglo XIX, en los Estados Unidos la educación jurídica era muy informal, y los abogados eran fundamentalmente autodidactos, como lo demuestra la biografía de algunos abogados que desempeñaron un importante papel político, como John Adams y Abraham Lincoln. Sin embargo, a fines del siglo XIX, se inició la formación de los abogados en las universidades o en las escuelas de derecho independientes. En 1870, la Universidad de Harvard creó una escuela de derecho que rápidamente fue imitada por otras universidades. El método de casos que inventó su primer decano tuvo fortuna y se difundió rápidamente, de modo que a comienzos del siglo XX era usado por prácticamente todas las universidades de los Estados Unidos.<sup>38</sup> Ya en el siglo XX los estudios universitarios de derecho se convirtieron en requisito para la habilitación profesional, y a fines del mismo siglo, Inglaterra siguió este ejemplo. Otras universidades del mundo, especialmente en América Latina, comenzaron a incorporar diversas variantes de los métodos de enseñanza ensayados antes en los Estados Unidos (casos, simulación, clínica jurídica, entrenamiento en destrezas). En un buen número de las universidades de la tradición romanista ya no se enseña el derecho romano.

---

<sup>35</sup> Kelsen, Hans, “La garantie juridictionnelle de la Constitution”, *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, 1928 [hay traducción española: *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001].

<sup>36</sup> Fromont, Michel, *Justice constitutionnelle comparée*, París, Dalloz, 2013.

<sup>37</sup> Vauchez, Antoine, “Judicialization: A Sociohistorical Perspective (Lessons and Questions from the French Fifth Republic)”, en Madsen, Mikael Rask y Thornhill, Chris (eds.), *Law and the Formation of Modern Europe – Perspectives from the Historical Sociology of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014; Tate, Neal C. y Torbjörn Vallinder (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, Nueva York, New York University Press, 1995.

<sup>38</sup> Sobre la historia del derecho en los Estados Unidos, y en particular de la educación jurídica y los abogados, véase Friedman, Lawrence M., *American Law in the 20th Century*, New Haven, Yale University Press, 2002.

Los múltiples contactos entre la tradición angloamericana y los derechos romanistas no son un accidente o producto sólo de la proximidad geográfica. Los países de ambas tradiciones comparten los valores de la llamada civilización occidental, de la cual el derecho es una parte importante. Están muy imbricados en el mismo sistema mundial;<sup>39</sup> coinciden en los mismos valores que hoy se expresan en el modelo del Estado de derecho (*rule of law*) y en los derechos humanos.<sup>40</sup> Hoy, con seguridad lo más útil y lo intelectualmente más interesante no está en continuar comparando estas dos tradiciones, sino en hacer, a la vez, comparaciones más específicas y dentro de un contexto cultural y político. Esto es el tema de nuestro próximo acápite.

### III. EL DERECHO COMPARADO Y LA COMPARACIÓN DE CULTURAS JURÍDICAS

#### 1. *La incorporación de la dimensión de la cultura jurídica general*

No desconocemos que la noción de cultura jurídica ha generado polémicas en el campo de la sociología del derecho y del derecho comparado<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> Wallerstein, Immanuel M., *The Modern World-System*, Berkeley, University of California Press, 2011.

<sup>40</sup> Merryman, John H., "On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and Common Law", *Stanford Journal of International Law*, vol. 17, 1981; Friedman, Lawrence M., *The Human Rights Culture. A Study on History and Context*, New Orleans, Quid Pro Books, 2011.

<sup>41</sup> Nelken, David, "Legal Cultures", en Clark, David S. (ed.), *Comparative Law and Society*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012; Nelken, David, "Legal Culture and Social Change", en Vanoverbeke, Dimitri et al. (eds.), *The Changing Role of Law in Japan. Empirical Studies in Culture, Society and Policy Making*, Cheltenham, Edward Elgar, 2014; Nelken, David, "Repensando el concepto de cultura jurídica", en Caballero Juárez, José Antonio et al. (coords.), *Sociología del derecho. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2010, t. II; Cotterrell, Roger, "Comparative Law and Legal Culture", en Reimann, Mathias y Zimmermann, Reinhard (eds.), *op. cit.*; Riles, Annelise, "Comparative Law and Socio-legal Studies", en Reimann y Zimmermann, *op. cit.*; Legrand, Pierre, *Fragments on Law-as-Culture*, Deventer, W. E. J. Tjeenk Willink, 1999; Silbey, Susan S., "Legal Culture and Legal Consciousness", *International Encyclopedia of the Social and Behavioural Sciences*, 2001, pp. 8623-8629; Marry, Sally Engle, "Human Rights Law and the Demonization of Culture (and Anthropology along the Way)", *Pola R: Political and Legal Anthropology Review*, vol. 26, 2003, y "Legal Pluralism and Legal Culture: Mapping the Terrain", en Tamanaha, Brian Z. et al.

y que su articulación con el concepto de las tradiciones jurídicas es compleja.<sup>42</sup> Cada autor parece ofrecer su propio concepto de cultura jurídica y esto hace que uno se sienta inclinado a no usar el término. A pesar de esas dificultades, las obras que sostienen que la cultura jurídica es el objeto de la comparación en el derecho comparado son cada vez más numerosas.<sup>43</sup> Clark va en la misma dirección cuando intitula una obra reciente como *Sociología comparada del derecho*.<sup>44</sup> En este apartado nos preguntaremos si la cultura jurídica es el objeto apropiado del derecho comparado, y para ello debemos adoptar una definición instrumental que nos permita determinar a qué nos referimos.

La noción de cultura jurídica requiere situar la comprensión del derecho en su contexto social y político, admitiendo que una parte importante de ese contexto está conformada por los valores, actitudes y opiniones de

---

(eds.), *Legal Pluralism and Development: Scholars and Practitioners in Dialogue*, Cambridge-Nueva York, Cambridge University Press, 2012.

<sup>42</sup> Glenn, H. Patrick, "Legal Cultures and Legal Traditions", en Hoecke, Mark van (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford, Hart, 2004.

<sup>43</sup> Varga, Csaba (ed.), *Comparative Legal Cultures*, Nueva York, New York University Press, 1992; Varga, Csaba, *Comparative Legal Cultures*, Budapest, Szent István Társulat, 2012; Gessner, Volkmar et al. (eds.), *European Legal Cultures*, Aldershot, Dartmouth, 1996; Feest, Johannes y Blankenburg, Erhard (eds.), *Changing Legal Cultures*, Oñati, International Institute for the Sociology of Law, 1997; Nelken, David (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot, Dartmouth, 1997; Van Hoecke, Mark y Warrington, Mark, "Legal Cultures, Legal Paradigms, and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, núm. 3, 1998; Legrand, *op. cit.*, supra nota anterior; Gessner, Volkmar, *El otro derecho comparado. Ensayos sobre cultura y seguridad jurídicas en la era de la globalización*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

La Universidad de Brabante (Tilburg, Holanda) ha creado una Cátedra de Investigación en Culturas Jurídicas Comparadas, lo que permite advertir un desplazamiento del nombre mismo de derecho comparado hacia la comparación de culturas jurídicas. Obras de propósito didáctico, como la de Geoffrey Samuel, destacan las culturas jurídicas como objeto del derecho comparado y discuten los aspectos teóricos y metodológicos involucrados. Véase Samuel, Geoffrey, *An Introduction to Comparative Law. Theory and Method*, Oxford, Hart, 2014.

Puede agregarse que el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM inició en 2004 una serie de congresos internacionales bajo el título genérico de "Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados", con el propósito de retornar a sus orígenes como Instituto de Derecho Comparado, y cuyas memorias pueden consultarse en la Biblioteca Jurídica Virtual del mismo instituto.

<sup>44</sup> Clark, David S. (ed.), *Comparative Law and Society*, *cit.*

las personas en relación con el derecho. Para tal efecto, nos parece útil y central la distinción que hace Friedman entre cultura jurídica “interna” y “externa”.<sup>45</sup>

La construcción de las tradiciones jurídicas se hizo a partir de lo que los juristas piensan del derecho: cómo lo definen, cómo se educan o cómo se reproduce la profesión jurídica, cómo buscan las reglas relevantes (la teoría de las fuentes o el “estilo” del derecho). En términos de la sociología del derecho, esto es parte de la llamada cultura jurídica interna, o profesional, del derecho. Ello permite incluir a los sistemas jurídicos de Francia y Haití en la tradición romanista, aunque hay buenas razones para pensar que la manera como estos sistemas funcionan es muy diferente. Aquí se vuelve relevante el otro aspecto de la cultura jurídica, que se refiere a las actitudes, las conductas y las opiniones de la población. La cultura jurídica externa, o general, es menos estable, tiende a seguir patrones culturales generales, pero se modifica por la interacción entre los ciudadanos y los órganos de poder en el sistema jurídico y político. Veremos que esto tiene una enorme importancia.

Seguramente fue el trabajo de Kawashima el que desató los demonios,<sup>46</sup> pues sostuvo que Japón, a pesar de haber adoptado los códigos y la educación jurídica modelados sobre los de Europa, ofrecía peculiaridades que debían ser estudiadas. Superficialmente, si se atendía a los aspectos formales del derecho, era un país de la tradición jurídica romanista, pero si se examinaban sus tasas de litigio, éstas resultaban comparativamente muy bajas. La explicación fue que esto se debía a la cultura general. En Japón y en otros países del este de Asia, la confrontación directa que implica una demanda judicial choca con una cultura que promueve la armonía y que permita a todos “salvar la cara”. Por ello, hay menos demandas, y cuando las hay, la conciliación o la mediación tienen alta probabilidad de poner fin al conflicto, en vez de que lo haga una sentencia judicial. Este aprecio por la armonía social se ha considerado como posible influencia de las enseñanzas de Confucio;<sup>47</sup> rasgos similares se podían apreciar en Corea y

---

<sup>45</sup> Friedman, Lawrence M., *The Legal System. A Social Science Perspective*, Nueva York, Russell Sage Foundation, 1975.

<sup>46</sup> Kawashima, Takeyoshi, “Dispute Resolution in Postwar Japan”, en Mehren, Arthur von, *Law in Japan. The Legal Order of a Changing Society*, Cambridge, Harvard University Press, 1963.

<sup>47</sup> *Idem*.

en Taiwán. De allí que se comenzara a hablar del confucianismo jurídico como característica del este de Asia. Nótese que lo que se destacaría aquí es la influencia de la cultura general en el comportamiento de los individuos, lo que a su vez determina el uso del derecho.

Algunos años más tarde, Haley cuestionó la tesis que atribuía este rasgo a la influencia de Confucio, al poner en evidencia que a comienzos del siglo XX, época en que podía suponerse que la influencia confucianista era mayor, las tasas de litigio eran más altas. Para Haley, había sido, en cambio, una política expresa del gobierno conservador y militarista de la época la que había puesto obstáculos estructurales al litigio, predicando la armonía forzada como parte de su programa político.<sup>48</sup>

Estos estudios generaron una polémica considerable. Así, por ejemplo, Ramseyer analiza el problema desde el punto de vista de los costos y beneficios del litigio en Japón, lo que genera la interesante cuestión de si el análisis económico es antinómico del cultural, y si lo cultural sólo se puede usar para explicar conductas irracionales en términos económicos.<sup>49</sup> Tanaka, Miyazawa, Tanase, Yoshida y Murayama han hecho contribuciones importantes para clarificar la discusión.<sup>50</sup> Ginsburg y Hoetker, así como Feldman, han notado y explicado el cambio en los índices de litigiosidad en los años más recientes.<sup>51</sup> Vanoverbeke y sus coautores han producido un volumen integrador sobre el tema.<sup>52</sup> Como puede apreciarse, la discu-

---

<sup>48</sup> Haley, John O., "The Myth of the Reluctant Litigant", *Journal of Japanese Studies*, vol. 4, 1978.

<sup>49</sup> Ramseyer, J. Mark, "Reluctant Litigant Revisited: Rationality and Disputes in Japan", *Journal of Japanese Studies*, vol. 14, 1988.

<sup>50</sup> Tanaka, Hideo, "The Role of Law in Japanese Society: Comparisons with the West", *University of British Columbia Law Review*, vol. 19, 1985; Miyazawa, Setsuo, "Taking Kawashima Seriously: A Review of Japanese Research on Japanese Legal Consciousness and Dispute Behavior", *Law and Society Review*, vol. 21, 1987; Tanase, Takao, "The Empty Space of the Modern Japanese Law Discourse", en Nelken, David y Feest, Johannes (eds.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford, Hart, 2001; Yoshida, Masayuki, "The Reluctant Japanese Litigant: A New Assessment", *Electronic Journal of Contemporary Japanese Studies*, 2003 (Discussion Paper 5); Murayama, Masayuki, "Experiences of Problems and Disputing Behavior in Japan", *Meiji Law Journal*, vol. 14, 2007.

<sup>51</sup> Ginsburg, Tom y G. Hoetker, "The Unreluctant Litigant? An Empirical Analysis of Japan's Turn to Litigation", *Journal of Legal Studies*, vol. 35, 2006; Feldman, Eric, *Law, Culture and Conflict: Dispute Resolution in Postwar Japan*, 2007 (Faculty Scholarship, Paper 148), consultable en [http://scholarship.law.upenn.edu/faculty\\_scholarship/148](http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/148).

<sup>52</sup> Vanoverbeke *et al.* (eds.), *op. cit.*

sión sobre la litigiosidad en Japón ha sido muy importante para plantear los alcances de la noción de cultura jurídica.

El concepto de cultura jurídica no tiene por qué ser opuesto al de estructura. Las políticas conservadoras y los obstáculos estructurales al litigio, que es el planteamiento de Haley, se refieren en definitiva a una cultura. Esa cultura puede haber sido parte de la tradición confuciana transformada por políticos conservadores que adoptaron un aspecto de ella, la divulgaron en la población y crearon estructuras para imponerla. De la misma manera, el apartarse de la tradición así redefinida puede implicar pérdida de prestigio social, algo que tiene a la vez una dimensión cultural y un costo económico. El elemento cultural tampoco tiene por qué estar ausente del análisis estructural o económico. En lo que concierne a este trabajo, cuando se habla de confucianismo jurídico o de políticas públicas conservadoras, se hace referencia a la importancia de la cultura jurídica general y no a la cultura jurídica interna o profesional. En este sentido, cuando nos referimos a la tradición confuciana, estamos incluyendo una dimensión de la cultura jurídica distinta de la que indicamos con las nociones de tradición jurídica romanista o angloamericana.

## 2. *Globalización y diversidad en nuestra época*

Uno de los temas más discutidos en la literatura reciente es el de la globalización y su impacto en el derecho. La globalización sería un cambio en la cultura general, y puede esperarse que ese cambio influya en la concepción del derecho y de nuestros derechos, y en el uso que hagamos del sistema jurídico.

El de la globalización es también un tema polémico, con debates que frecuentemente parten de distintas definiciones. Hay quienes ven en ella un intento político y económico para imponer un gobierno mundial, el predominio de las grandes empresas o el consumo de determinados productos en el mundo. Otros ponen el acento en las relaciones de poder y su combinación con los cambios culturales. En esa perspectiva, muchos ven en la globalización la americanización o la occidentalización del mundo. Esta concepción generalmente se asocia con la reacción contraria de quienes se consideran antiimperialistas o contrahegemónicos. Algunos más se interesan en la dimensión socioeconómica y cultural, pero que afecta todos los ámbitos de la vida humana, incluyendo la política y la fa-

milia.<sup>53</sup> Los cambios tecnológicos que han facilitado las comunicaciones y la apertura de mercados han fortalecido a las empresas transnacionales y, consecuentemente, la difusión de patrones de consumo en el mundo, pero esto no implica la uniformización. Al contrario, lo característico es la mayor diversidad de la información disponible y hasta de lo que comemos. Aun quienes se declaran antiglobalización usan los medios de la globalización, como la Internet, para difundir sus ideas.

Lawrence Friedman es el exponente más acreditado del impacto de la globalización en la cultura jurídica.<sup>54</sup> La globalización ha acentuado el individualismo, pero también la comunicación, la conciencia de los derechos y de su violación. Su libro *Total Justice* (1985) aborda en esta clave la importancia del Estado de derecho a partir de las demandas y reclamaciones que hacemos los ciudadanos, así como del lugar que ocupa el sistema de justicia como *locus* de esas demandas y reclamaciones. *The Human Rights Culture* (2011) destaca la dimensión cultural y universal de los derechos humanos. *The Horizontal Society* (1999) explica cómo esta nueva mentalidad ha destruido las jerarquías que controlaban la vida social, dejando al sistema jurídico como regulador principal. Frente a quienes alegan como prueba empírica de que la globalización no genera una cultura de reclamo de los derechos, está el renacimiento del fervor religioso en Asia;<sup>55</sup> Friedman no niega que haya resistencias, pero la magnitud del cambio social que estamos viviendo permite estimar que esas resistencias se irán debilitando.<sup>56</sup>

En resumen, aun cuando la globalización impone ciertos valores y patrones de consumo compartidos, no están ausentes las variaciones y resistencias de todo tipo. La velocidad con la que penetran las nuevas mentalidades, las resistencias que generan, la respuesta de las autoridades o de los actores sociales mismos a los distintos problemas son muy variados.

---

<sup>53</sup> Por ejemplo, Giddens, Anthony, *Runaway World. How Globalization is Reshaping Our Lives*, Nueva York, Routledge, 2003.

<sup>54</sup> Friedman, Lawrence M., *Total Justice*, Nueva York, Russell Sage Foundation, 1985; *The Horizontal Society*, New Haven, Yale University Press, 1999; *The Human Rights Culture*, *cit.*; "Is There a Modern Legal Culture", *Ratio Juris*, vol. 7, 1994.

<sup>55</sup> Engel, David y Engel, Jaruwat, *Tort, Custom, and Karma: Globalization and Legal Consciousness in Thailand*, Stanford, Stanford University Press, 2010.

<sup>56</sup> Friedman, Lawrence M., "Ghosts, Machines, and Asian Law: Some Comments", *Asian Journal of Law and Society*, vol. 1, 2014.

La sociedad contemporánea está lejos de ser uniforme; no lo está en las ideas ni en las políticas ni menos aun en su funcionamiento real. En esta circunstancia, no es predecible que vayamos hacia la uniformidad y que la globalización terminará matando al derecho comparado. Al contrario, creo que tendrá cada vez más relevancia para entender el efecto de las políticas y de las normas, así como para comparar sus resultados aun entre países culturalmente afines.

Un ejemplo de mucho interés es el de los estudios comparativos sobre litigios y otros aspectos de la cultura jurídica realizados por Erhard Blankenburg sobre Holanda y Alemania.<sup>57</sup> Blankenburg observó que las tasas de litigio y otros indicadores generalmente usados para medir el funcionamiento del sistema jurídico (número de jueces y abogados por cien mil habitantes) eran muy diferentes en Holanda y en el norte de Alemania. Ambos países pertenecen a la tradición romanista, y ambos son miembros de la Unión Europea. Su legislación y organización judicial no son muy diferentes, y tampoco su cultura general es muy distinta. Tienen frecuentes intercambios comerciales, son básicamente similares en desarrollo económico, tecnologías de la vida cotidiana; no hay mayores diferencias en religiosidad, etcétera. Sin embargo, había grandes diferencias en cuanto a indicadores de cultura jurídica. El norte de Alemania presentaba tasas de litigio por cien mil habitantes más altas, con un número más elevado de jueces y abogados en comparación con Holanda.

Para Blankenburg, la explicación radicaba en diferencias institucionales; es decir, en elementos estructurales. En lo esencial, Holanda ofrecía una buena infraestructura para el manejo alternativo de los conflictos, mientras que Alemania confiaba más en los jueces y en los abogados para tales propósitos. Por ejemplo, en Holanda las empresas de seguros contaban con mecanismos no judiciales para manejar casos de responsabilidad civil generados por accidentes de automóviles, mientras que esto no ocurría en Alemania. En un estudio posterior, Blankenburg encontró que las diferencias se habían debilitado a raíz de una decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que obligó a Holanda a abrir la vía jurisdiccional para quienes quedaban insatisfechos con las decisiones de los ór-

---

<sup>57</sup> Blankenburg, Erhard, "The Infrastructure for Avoiding Civil Litigation: Comparing Cultures of Legal Behavior in the Netherlands and West Germany", *Law and Society Review*, vol. 28, 1994; "Patterns of Legal Culture: The Netherlands Compared with Neighboring Germany", *American Journal of Comparative Law*, vol. 46, 1998.

ganos administrativos después de un procedimiento de mediación.<sup>58</sup> Esto quiere decir que la diferencia no estaba tanto en la disponibilidad de vías alternas, sino en los obstáculos que existían para recurrir a la vía judicial.

Los trabajos de Haley y Blankenburg darían primacía a las estructuras institucionales para explicar las conductas relacionadas con el derecho, pero, como hemos visto, la oposición estructura-cultura no implica una diferencia radical. Las estructuras son resultado de ciertos rasgos culturales que generan políticas y, en definitiva, instituciones, pero luego las estructuras institucionales cambian y van generando nuevas reacciones culturales. Cultura y estructura son dimensiones dinámicas que interactúan.

Al centrarnos en la cultura jurídica, surge la pregunta de cuál sea el ámbito a que se refiere el derecho comparado, pues es perfectamente posible que la cultura jurídica varíe dentro de un mismo país. En un estudio ya clásico, Gessner hizo un análisis comparativo entre la cultura jurídica de una zona rural, una ciudad relativamente pequeña y la Ciudad de México en relación con el uso de la justicia.<sup>59</sup> Gessner encontró diferencias significativas entre los tres ámbitos. ¿Implica esto que se trata de un estudio de derecho comparado?

Al privilegiar la cultura jurídica o el funcionamiento del sistema jurídico, el derecho comparado se acerca a la sociología y a la antropología del derecho. Si incorpora, además, la dimensión temporal, se aproxima a la historia social o cultural del derecho. El Estado nacional no es necesariamente la unidad de análisis, y en cualquier estudio comparativo debemos tener claridad sobre qué estamos comparando.

Así, entramos en el delicado terreno de las fronteras entre las disciplinas académicas, lo que es una cuestión que atiende más a la necesidad burocrática de distinguir entre los diversos campos de enseñanza e investigación que a las transformaciones de las disciplinas mismas. Por supuesto, empeñarse en encontrar el interés gnoseológico de las fronteras entre los departamentos universitarios significa probablemente una mala

---

<sup>58</sup> Blankenburg, Erhard, "Judicial Systems in Western Europe: Comparative Indicators of Legal Professionals, Courts, Litigation, and Budgets in the 1990s", en Heller, Tom y Jensen, Eric (eds.), *Beyond Common Knowledge: Empirical Approaches to the Rule of Law*, Stanford, Stanford University Press, 2003.

<sup>59</sup> Gessner, Volkmar, *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984.

orientación del esfuerzo científico, pero si no podemos evitar la clasificación burocrática, la propuesta sería hablar de derecho comparado cuando las unidades a comparar configuren o formen parte de sistemas jurídicos distintos, mientras que el estudio interno del derecho en un país se llamaría sociología o antropología del derecho, aunque emplee métodos comparativos. Así, el estudio de Gessner tendría que considerarse como sociología jurídica. Sin embargo, la diferencia no es esencial. Una obra como *Law in Many Societies* es a la vez de sociología jurídica y de derecho comparado.<sup>60</sup>

#### IV. COMPARANDO LAS CULTURAS JURÍDICAS LATINOAMERICANAS

La comparación entre los derechos o las culturas jurídicas de los países de América Latina claramente sería materia del derecho comparado, pues se trata de sistemas jurídicos independientes unos de otros. Pero estos países pertenecen a la misma tradición jurídica. ¿Cuál es entonces el sentido de la comparación?

Aunque tenemos mucho por hacer en materia de historia de las ideas jurídicas y del derecho mismo en América Latina, puede afirmarse que hay corrientes de ideas que han sido comunes a toda la región, y que la configuración jurídica de los distintos países es relativamente similar. Tenemos Constituciones, códigos y abundante legislación, que si bien son diferentes entre sí, tienen un estilo y un número de reglas fundamentales que son comunes. Esos textos legales han cambiado en los doscientos años de historia independiente, pero podemos trabajar con la conjetura de que los cambios han sido paralelos. Podemos citar obras como las de Guzmán Brito<sup>61</sup> y Gargarella<sup>62</sup> sobre los códigos civiles y las Constituciones, respectivamente, para fundamentar esta hipótesis.

Aún más interesante que la comparación de las reglas de derecho es la de culturas jurídicas, pues los países tienen diversos grados de desarrollo

---

<sup>60</sup> Friedman, Lawrence M. *et al.* (eds.), *Law in Many Societies*, Stanford, Stanford University Press, 2011.

<sup>61</sup> Guzmán Brito, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica: siglos XIX y XX*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

<sup>62</sup> Gargarella, Roberto, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine of the Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

económico y presentan diferencias importantes en sus políticas públicas y en sus proyectos políticos, que generalmente inciden no sólo en las normas jurídicas mismas, sino en el funcionamiento de los sistemas jurídicos, en las conductas y en las actitudes sobre el derecho de sus actores principales.

La importancia de estudiar el funcionamiento de los sistemas jurídicos en América Latina no ha escapado a los investigadores y profesores. Una búsqueda en el Centro de Documentación del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati produjo 513 entradas con la expresión “América Latina” (también “Hispanoamérica” y “latinoamericano”) en el título. Estos trabajos generalmente tienen una dimensión de comparación entre dos o más países. No todos los países aparecen comparados con la misma frecuencia. Una limitación obvia de los investigadores es que están sujetos a la existencia de datos o estudios nacionales previos, y los países más frecuentemente estudiados son aquellos que cuentan con más datos y publicaciones, así como con comunidades de estudiosos sociales del derecho más numerosas. En un trabajo pionero, Merryman y otros investigadores recopilaron una base de datos para el estudio comparativo del derecho en América Latina y otros países dentro de la tradición jurídica romanista.<sup>63</sup>

La búsqueda bibliográfica reveló también que los investigadores se han interesado en un cierto número de temas. Las menciones más frecuentes son a la justicia, que incluye la reforma judicial y el acceso a la justicia; a los derechos humanos, incluyendo los derechos de los indígenas; a la dictadura y la democracia en relación con derecho, y al desarrollo urbano y la vivienda. Esto muestra que el estudio del funcionamiento real de los sistemas jurídicos y de la cultura jurídica de América Latina no es una propuesta, sino más bien la detección de una tendencia. Ello permite afirmar que el derecho comparado, entendido como comparación del funcionamiento real de los sistemas jurídicos, tiene pleno sentido para los latinoamericanos y para los latinoamericanistas. Es también comprensible que el interés de la comparación radique en aquellos aspectos del derecho que generan mayor ruido, cognoscitiva y políticamente.

---

<sup>63</sup> Merryman, John Henry *et al.*, *Law and Social Change in Mediterranean Europe and Latin America: A Handbook of Legal and Social Indicators for Comparative Study*, Stanford, Stanford Law School and Dobbs Ferry, 1979. Un proyecto similar, pero con propósitos de enseñanza, es la obra de Merryman, John Henry *et al.* (eds.), *Comparative Law: Historical Developments of the Civil Law Tradition in Europe, Latin America and East Asia*, New Providence, Lexis-Nexis, 2010.

Por ejemplo, expliquemos por qué el funcionamiento de la justicia se ha convertido en un tópico tan frecuentado en la investigación y cuál es el interés de comparar a los países de América Latina. Varios de ellos vivieron dictaduras o regímenes autoritarios en las décadas de 1970 y 1980, y también posteriormente; de ello deriva el interés de estudiar la relación entre los gobernantes autoritarios y los jueces.<sup>64</sup> Desde la década de 1990 ha habido una transición política importante, que generalmente ha traído consigo cambios constitucionales en los distintos países, atención al tema de los derechos humanos y programas dirigidos a consolidar el Estado de derecho. Estos proyectos de cambio político encontraron sistemas esclerosados de justicia, y en prácticamente todos los países se adelantaron reformas judiciales con inversiones importantes. Se pusieron enormes expectativas con relación a la protección de los derechos ciudadanos y al control de la violencia, pero las reformas han encontrado obstáculos importantes, entre ellos los propiamente culturales. Existe ahora una bibliografía muy abundante sobre cada país, y también obras colectivas o individuales que se han realizado con el propósito de dar cuenta de la diversidad de enfoques o de resultados. En las obras colectivas, la parte propiamente comparativa se sitúa en el estudio introductorio o el conclusivo. Sólo cito como ejemplos de esta numerosa bibliografía los trabajos escritos y editados por Pásara, Sieder, Helmke y Ríos Figueroa, y Correa Sutil.<sup>65</sup> Se pueden citar obras similares respecto a la relación entre el derecho y las políticas urbanas,<sup>66</sup> la

<sup>64</sup> Véase, por ejemplo, Pereira, Anthony, *Dictadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e no Argentina*, São Paulo, Paz e Terra, 2010.

<sup>65</sup> Pásara, Luis (comp.), *En búsqueda de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004; Pásara, Luis, *Los actores de la justicia latinoamericana*, Salamanca, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2007; Pásara, Luis, *Ley, justicia y sociedad en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010; Pásara, Luis, *Una reforma imposible. La justicia latinoamericana en el banquillo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015; Sieder, Rachel et al. (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Londres, Palgrave MacMillan, 2005; Helmke, Gretchen y Ríos Figueroa, Julio (eds.), *Tribunales constitucionales en América Latina*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010; Correa Sutil, Jorge (ed.), *Situación y políticas judiciales en América Latina*, Santiago, Universidad Diego Portales, 1993.

<sup>66</sup> Azuela, Antonio (coord.), *La urbanización popular y el orden jurídico en América Latina*, México, UNAM, 1993; Hardoy, Jorge E. y Morse, Richard M. (eds.), *Rethinking the Latin American City*, Washington, D. C., Woodrow Wilson Center Press, 1993; Gilbert, Alan, *The Latin American City*, Londres, LAB, 1994; Fernandes, Edésio y Varley, Anne (eds.), *Illegal Cities. Law and Urban Change in Developing Countries*, London, Zed Books, 1998; Fernandes,

delincuencia violenta,<sup>67</sup> la corrupción.<sup>68</sup> Estos últimos temas corresponden a aspectos problemáticos del desempeño de los sistemas jurídicos, pero hay también obras más generales.<sup>69</sup>

No debe ocultarse que muchos juristas se sienten incómodos ante estos cambios en su disciplina y piensan que esta bibliografía no puede o no debe ser considerada como derecho, y menos aún derecho comparado. Es una reacción comprensible, si siguen anclados en la concepción del derecho como legislación o si consideran como única opción para el estudio del derecho comparado el de las grandes tradiciones jurídicas. Sin embargo, no parece razonable excluir de lo jurídico el estudio social y cultural del derecho. Negar que en el análisis de las Constituciones, de los procesos de constitucionalización o de la cultura constitucional corresponda al derecho, me parece una posición muy difícil de mantener. Lo mismo puede decirse respecto a los procesos de codificación o a los problemas mayores que enfrenta la implantación del Estado de derecho.

Es cierto que el tratamiento de estos temas requiere usar enfoques o métodos propios de otras disciplinas sociales, pero de esto se trata en los estudios interdisciplinarios. La interdisciplina era una aspiración hace treinta o cuarenta años. Ahora está entre nosotros, y no es una sorpresa que plantee dificultades a las personas formadas en una sola disciplina. Es verdad también que la interdisciplina hace más borrosas las fronteras, y que muchos trabajos relevantes para el derecho comparado hay que buscarlos en revistas generalmente consideradas de sociología y antropología jurídicas, o que las revistas de derecho comparado publican trabajos con esta nueva orientación. También está ocurriendo que ante las dificultades que enfrenta la aceptación de nuevas orientaciones se produzca la creación de nichos en donde pueda divulgarse la investigación. A mi juicio es

---

Edésio, *Regularization of Informal Settlements in Latin America*, Cambridge, Lincoln Institute of Land Policy, 2011.

<sup>67</sup> Goicovic Donoso, Igor (comp.), *Escrito con sangre. Historia de la violencia en América Latina, siglos XIX y XX*, Santiago, Ceibo Ediciones, 2013; Londoño de la Cuesta, Juan Luis, et al. (eds.), *Asalto al desarrollo. Violencia en América Latina*, Washington, D. C., Banco Interamericano de Desarrollo, 2000.

<sup>68</sup> Azuela, Antonio (ed.), *La corrupción en América: un continente, muchos frentes*, México, UNAM, 2006; Rico, José Ma. y Salas, Luis, *La corrupción pública en América Latina: manifestaciones y mecanismos de control*, Miami, Centro para la Administración de Justicia, 1996.

<sup>69</sup> Por ejemplo, Fix-Fierro, Héctor et al. (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

el caso de la creación de revistas como las de derecho del trabajo y relaciones laborales o la de historia comparada del derecho.<sup>70</sup>

Al origen de estos cambios en la investigación jurídica, y especialmente en el derecho comparado, está la necesidad de explorar temas que no habían sido atendidos con los enfoques anteriores, o que éstos se mantenían abiertos como problemas confusos o sin solución. El último ejemplo que uso es la investigación en curso, que coordinamos Manuel Gómez y yo, sobre los abogados y firmas de abogados de América Latina y de España, que atienden los grandes negocios. Se trata de un tema básicamente ignorado, a pesar de la importancia que para el derecho, la economía y la política tienen estos abogados y sus actividades. Resulta comprensible que no se estudiara, porque la visión normativista del derecho no tiene mucho que aportar al respecto. La comparación en esta materia puede producir resultados del mayor interés, pues mientras unos países siguen políticas de integración en el sistema mundial, otros, como el mío (Venezuela), han preferido destruir el emprendimiento privado debilitando de paso la base económica del Estado. Esto tiene consecuencias muy importantes respecto a la manera como se ejerce el derecho. Por supuesto, sería prematuro avanzar aquí los resultados, pero creemos que no puede negarse que hacemos comparación, y que tiene que ver con el funcionamiento de los sistemas jurídicos.

Deseo concluir observando que las integraciones regionales y la conciencia creciente de que el derecho no depende completamente del Estado hace cada vez más necesario que adoptemos la perspectiva multinacional y comparada en los estudios jurídicos. Aun en la reciente literatura didáctica se aprecia la incorporación de esta perspectiva. Obras como las recientes de Rolla sobre el derecho constitucional comparado<sup>71</sup> o la de Smits sobre el derecho de los contratos<sup>72</sup> son ejemplos de esa incorporación. Pero nada de esto constituye una novedad absoluta. Obras ya clásicas como las de Dicey<sup>73</sup> y García Pelayo<sup>74</sup> para el derecho constitucional, o

---

<sup>70</sup> *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, desde 1985, y *Comparative Legal History*, desde 2013.

<sup>71</sup> Rolla, Giancarlo, *Elementi di diritto costituzionale comparato*, 2a. ed., Milán, Giuffrè, 2014.

<sup>72</sup> Smits, Jan M., *Contract Law. A Comparative Introduction*, Cheltenham, Edward Elgar, 2014.

<sup>73</sup> Dicey, Albert V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1885 (edición de Liberty Classics, Indianapolis, 1982).

<sup>74</sup> García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Revista de Occidente, 1950.

la de Gorla<sup>75</sup> para el derecho de los contratos, son comparativas, y de ellas todavía tenemos mucho que aprender. Tal vez Clark tenga razón al postular que en el derecho comparado no hay nada nuevo bajo el sol.<sup>76</sup> Pero incorporar en el análisis comparado el estudio serio del funcionamiento del derecho de América Latina, incluyendo la cultura jurídica, es una contribución que estamos haciendo los latinoamericanos y los latinoamericanistas. Para quienes habitamos en países en que el sistema jurídico ha sido sacudido en sus principios y en su funcionamiento por graves cataclismos políticos, realizar estos estudios es una obligación, aunque sea difícil tomar distancia de las complejas circunstancias que vivimos.

---

<sup>75</sup> Gorla, Gino, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milán, Giuffrè, 1954.

<sup>76</sup> Clark, David S., "Nothing New in 2000? Comparative Law in 1900 and Today", *cit.*