

# DERECHO COMPARADO PARA EL SIGLO XXI: DESAFÍOS, NUEVOS ENFOQUES Y UNA PROPUESTA PRELIMINAR PARA SU ENRIQUECIMIENTO

Por FERNANDO VILLASEÑOR RODRÍGUEZ<sup>1</sup>

**RESUMEN:** En este artículo me referiré al Derecho Comparado<sup>2</sup> para contrastarlo y, de ser posible, adaptarlo conforme a varios enfoques y paradigmas críticos contemporáneos. Siendo más específico, trataré de proponer una reconciliación entre el Derecho Comparado con los siguientes movimientos críticos del Derecho: Derecho y Sociedad (*Law and Society*), Derecho y Geografía (*Law and Geography*), Derecho y Cultura (*Law and Culture*), Pluralismo Jurídico (*Legal Pluralism*), y las Aproximaciones del Tercer Mundo al Derecho Internacional (*Third World Approaches to International Law*).<sup>3</sup>

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN. 1. DERECHO COMPARADO. 2. CRÍTICAS CONTEMPORÁNEAS AL DERECHO COMPARADO. 3. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

## INTRODUCCIÓN

Este texto tiene dos funciones principales: 1) Responder a los reclamos que los estudios críticos del derecho y las teorías posmodernas han establecido sobre el Derecho Comparado y, 2) Hacer una introducción a cinco de las teorías críticas que más activamente se han relacionado con los temas actuales del Derecho Comparado.

- 1 Doctor en Derecho por la University of British Columbia. Investigador de la Escuela Libre de Derecho y Profesor de Maestría y Doctorado en El Colegio de México y la Universidad Anáhuac.
- 2 Entenderé por Derecho Comparado aquel que en su connotación moderna sigue la tradición de autores como René David, Jean Constantinesco, Konrad Zweigart y Hein Kötz. Asimismo, usaré el término de Derecho Comparado (*con Mayúsculas*) para referirme a la disciplina y metodología que es distinto del derecho comparado (*con minúsculas*) como práctica.
- 3 Aunque reconozco la importancia de otros enfoques postmodernos, no entraré a su estudio ya que, en primer lugar, expresamente rechazan la validez o posibilidad siquiera del Derecho Comparado y, en segundo lugar, sus postulados exceden el alcance de este trabajo. Para un estudio panorámico de tales enfoques. *Cfr.* Peters, Anne y Schwenke, Heiner, "Comparative Law Beyond Post-Modernism", en *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 49. No. 4. pp. 800 – 834.

Mi estudio está dividido de la siguiente manera:

En la Sección I, haré un breve recuento histórico del Derecho Comparado y explicaré cómo el funcionalismo y la macrocomparación se volvieron esenciales para definirlo en su connotación moderna.

En la Sección II, abordaré las críticas contemporáneas de varios autores y teorías respecto del Derecho Comparado intentando armonizar ambas posturas cuando sea posible.

Finalmente, en la Sección III comentaré algunos de los pasos preliminares que considero deben ser tomados para enriquecer al Derecho Comparado.

## 1. DERECHO COMPARADO

Para entrar en materia primero es necesario conocer los antecedentes, tratar de delimitar un concepto y referirse a las técnicas del Derecho Comparado. Esta sección se ocupará brevemente de tales cuestiones.

### A. Una breve historia del Derecho Comparado

Algunos autores ubican el origen de la disciplina *iuscomparatista* a partir de los griegos y particularmente con las obras de Platón y Aristóteles. Otros autores ubican su génesis en el Imperio Romano, con sus múltiples provincias conquistadas (y la necesidad de conocer sus leyes, usos y costumbres), así como con la creación de un orden jurídico diferenciado para los ciudadanos (*ius civile*) y para los extranjeros o provincianos (*ius gentium*).<sup>4</sup>

Por su parte, Friedrich Karl Von Savigny señala que durante los siglos VI y VII se llevó a cabo un ejercicio práctico de comparación jurídica entre las tribus germánicas y francesas que invadieron los territorios romanos.<sup>5</sup> Dichas tribus trataron de adaptar su rudimentario sistema normativo a la *iurisprudentia* romana más civilizada; un esfuerzo que sería perfeccionado un par de siglos después por las escuelas de *glosadores* y *comentadores*.<sup>6</sup>

Para los siglos XVII y XVIII la mayoría de los filósofos más influyentes, desde Hugo Grocio hasta Sir Francis Bacon y de Giambattista Vico al Barón de Montesquieu, comparaban instituciones jurídicas para incluirlas en sus tratados y monografías sobre las mejores formas de regular a la sociedad.<sup>7</sup>

4 Mommsen, Theodor, *Historia de Roma. Libros I y II: Desde la fundación de Roma hasta la Reunión de los Estados Itálicos*. Madrid. Turner. 2003.

5 Savigny, Friedrich Karl, *History of the Roman Law during the middle ages*. Connecticut. Hyperion Press. 1979.

6 Wieacker, Franz, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*. Madrid. Editorial Aguilar. 1957.

7 Hug, Walther, "The History of Comparative Law", en *Harvard Law Review*. Vol. 45. No. 6. pp. 1045-1052.

Pero no obstante el desarrollo anterior, René David señala que “el término moderno de Derecho Comparado no se usó sino hasta el final del Siglo XIX y principios del Siglo XX, cuando la necesidad de una aproximación sistemática, científica y universal sustituyó a los estudios nacionalistas de Derecho”.<sup>8</sup>

## B. ¿Qué es el Derecho Comparado?

John Henry Wigmore ha dicho que: “el Derecho Comparado es un término conveniente pero ambiguo”.<sup>9</sup> En este sentido, no existe consenso sobre su alcance o terminología entre los *iuscomparatistas*, e incluso su estatus epistemológico permanece en disputa hasta nuestros días. Estos problemas se reflejan en la pluralidad de definiciones que proveen poca o ninguna información acerca del propósito, método y límites de esta disciplina.

Por poner algunos ejemplos, Harold Gutteridge considera que “el Derecho Comparado es un término equívoco que se refiere a diferentes metodologías con funciones descriptivas, aplicadas o especulativas que se asignan a cuando menos dos sistemas normativos”.<sup>10</sup> Konrad Zweigert y Hein Kötz establecieron una definición según la cual el Derecho Comparado “es la actividad intelectual cuyo objeto es el Derecho y cuyo método es la comparación”.<sup>11</sup> Incluso Peter de Cruz, uno de los comparatistas más progresistas, define a la disciplina como “el estudio sistemático de tradiciones y reglas jurídicas particulares conforme a una base comparativa”.<sup>12</sup>

Los anteriores ejemplos dejan claro que no existe una opinión unánime sobre la definición o metodología del Derecho Comparado. Según algunos de sus críticos como Myres McDougal, esto ha tenido el efecto de generar “una literatura que resulta voluminosa, obsesivamente repetitiva y estéril”.<sup>13</sup> La pregunta lógica entonces es: ¿Por qué seguir haciendo Derecho Comparado? Algunas de las respuestas a esta interrogante pueden dividirse en las siguientes tres categorías:

- a) Porque permite un mejor entendimiento del sistema jurídico propio al contrastarlo con otros. De acuerdo con René David, el Derecho Comparado tiene la

8 David, René, *Los grandes sistemas jurídicos comparados*. Madrid. Editorial Aguilar. 1972. p. 3.

9 Wigmore, John Henry, *A panorama of the World's Legal Systems*. Washington, D.C. Washington Law Book Co. 1936. p. III.

10 Gutteridge, Harold, *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*. Cambridge. Cambridge University Press. 1946. p. 1

11 Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *An Introduction to Comparative Law*. 2nda edición. Amsterdam. North-Holland Pub. 1992. p. 2

12 De Cruz, Peter, *Comparative Law in a Changing World*. 2nda edición. Londres. Cavendish Publishing Limited. 1995. p. 3.

13 McDougal, Myres, “The Comparative Study of Law for Policy Purposes: Value Clarification as an Instrument of Democratic World Order” en *American Journal of Comparative Law*. Vol. 24. No. 29.

virtud de dar perspectiva al estudioso que quiere comprender mejor la racionalidad, límites y posibilidades de su legislación nacional.<sup>14</sup>

- b) Porque provee conocimiento acerca de la relación entre diferentes sistemas jurídicos y sus tradiciones. Allan Watson considera que entender cómo los sistemas jurídicos se han formado e interactuado entre ellos permite un adecuado análisis de los éxitos y fracasos de los “trasplantes jurídicos”,<sup>15</sup> mismos que han ocurrido desde el origen de las civilizaciones.
- c) Porque puede usarse para armonizar distintos sistemas jurídicos. Con tal fin, se enfatizan similitudes y se minimizan diferencias facilitando las relaciones políticas, económicas y sociales entre dos o más países. Quizás el mejor ejemplo sobre este uso es el que encontramos en la legislación de la Unión Europea.

Las anteriores respuestas comparten, hasta cierto punto, la noción de que *problemas similares pueden ser abordados con soluciones jurídicas similares*. Esta noción representa tanto el atractivo como la cruz del Derecho Comparado. De manera muy importante, es también el fundamento del funcionalismo.

### C. Funcionalismo

El funcionalismo es un concepto filosófico adoptado por la teoría del derecho para limitar algunos de los excesos del formalismo. Fue usado primeramente por Ernst Rabel en 1948, pero se convirtió en el método predominante para el Derecho Comparado cuando se desarrolló por Max Rheinstein. El funcionalismo considera que cada sociedad tiene una solución jurídica para problemas similares; esta solución se conoce como la “función de la norma”, empero, las instituciones jurídicas mediante las cuales se solucionan tales problemas no son siempre iguales; estas variaciones se conocen como las “formas de la norma”. En tanto que las funciones de las instituciones son similares en cada sistema jurídico, las formas que toman tienden a ser diferentes. Por lo tanto, la ventaja de este método es que permite comparar instituciones jurídicas que aparentan tener diversas formas, pero que cumplen una función muy similar.

En este sentido, Rheinstein establece que “cada institución debe justificar su existencia respondiendo a dos preguntas: Primero, ¿qué función sirve a la sociedad actual? Segundo, ¿sirve esa función adecuadamente o habría otra institución que podría hacerlo mejor?”<sup>16</sup> Como se puede ver, Rheinstein no limita la comparación a una mera descripción, sino que establece que conlleva un juicio de valor. Esta es una de las principales

14 David, René, *supra* nota 7, pp. 4-8.

15 Se le conoce como “trasplante jurídico” al desplazamiento de una regla jurídica o de un sistema jurídico de un país a otro, o de un grupo de personas a otro. Cfr. Watson, Alan, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*. Washington. The University of Georgia Press. 1993. pp. 2-5.

16 Rheinstein, Max, “Teaching Comparative Law”, en *University of Chicago Law Review*. Vol. 5. No. 4. p. 618.

críticas que el Derecho Comparado en general, y el funcionalismo en particular, han recibido por los académicos contemporáneos. La razón de ello es que las respuestas a ambas preguntas se relacionan directamente con los prejuicios, ideología y limitaciones terminológicas y conceptuales de cada comparatista.

La comparación en el funcionalismo es en sí misma controversial, ya que hay casos en los cuales el derecho extranjero no cuenta con una institución jurídica comparable, no se refiere a la misma cuestión o, aún más problemático, le da a una institución una función completamente diferente que el derecho local. Para tratar de resolver este dilema, la influencia de la religión, historia, valores y cultura deben ser considerados, lo que genera aún más subjetividad. Además, aunque la sociología, antropología y estudios culturales pueden ofrecer ventajas significativas para entender y explicar estos fenómenos, cada especialista puede decidir privilegiar arbitrariamente alguna de estas disciplinas auxiliares (o incluso ciertas tendencias dentro de las mismas), lo que genera tantas posibles explicaciones como enfoques existan.

El proceso evaluativo que forma parte del funcionalismo es un punto aún más controvertido. Conforme a este proceso, la solución o enfoque que utiliza un derecho extranjero se contrasta para determinar la eficiencia del derecho nacional. Un problema que comúnmente ocurre es que las instituciones que se usan en otros países pueden no ser viables o siquiera jurídicamente aplicables en el propio país. Aún más importante, algunas veces es difícil y otras tantas imposible determinar cuál sistema de valores se usa en cada país por lo que surge la pregunta: ¿La eficiencia de una institución debería ser medida en términos económicos, morales o prácticos?

Por último, el proceso final del funcionalismo implica proponer una mejor solución para un problema jurídico que tome en cuenta las experiencias de instituciones extranjeras y provea alternativas a problemas nacionales. Aunque este proceso es encomiable por transformar una disciplina especulativa en otra práctica, se ha criticado que dicha capacidad pragmática depende más de las argumentaciones del comparatista, que de la objetividad en sus estudios. Esto último resulta aún más grave cuando se usa para legitimar políticas, regímenes o paradigmas normativos que presentan como verdades empíricas lo que en realidad son aseveraciones retóricas.

#### **D. Macrocomparación<sup>17</sup>**

Antes de la 2da Guerra Mundial, la macrocomparación fue desarrollada de manera incipiente por algunos académicos europeos con siglos de experiencia en taxonomía normativa. Empero, el punto de ruptura se alcanzó en la década de los 60s con el tra-

---

17 En este texto me referiré principalmente al proceso de macrocomparación ya que, junto con el método del funcionalismo, ha recibido el mayor número de críticas tanto de teóricos en general, como de los propios comparatistas en particular. Para profundizar sobre estas controversias, véase: Twining, William, *Globalization and Legal Theory*. Evanston. Northwestern University Press. 2000. p. 178.

tado en el cual René David introdujo el concepto de “familias jurídicas”. Las familias jurídicas son “un grupo de jurisdicciones con características similares” y que deben tener en común al menos: “(1) Antecedentes y desarrollo histórico, (2) un particular y característico modo de entender los temas jurídicos, (3) instituciones jurídicas especialmente distintivas, (4) ciertos tipos de fuentes del derecho así como una forma peculiar de utilizarlas y, (5) su ideología”.<sup>18</sup> Conforme con esta categorización David, seguido por Zweigert y Kötz, establecieron las siguientes seis familias para comparar grandes sistemas jurídicos: Romanista, Germánica, Nórdica, Derecho Común, Derecho en el lejano Oriente y Derechos Religiosos.<sup>19</sup>

William Twining reconoce el valor de estas familias jurídicas como un concepto que permite una delimitación preliminar y una perspectiva panorámica de los distintos sistemas normativos. Sin embargo, también destaca que: “Uno no tiene que ser un filósofo para reconocer que las familias jurídicas son una categorización dudosa...Una taxonomía adecuada necesita tener un propósito o propósitos claramente definidos; unidades claras de comparación; diferencias precisas; e idealmente, especies que no se traslapan ni agotan su género. En la teoría de las familias jurídicas, estas condiciones no se cumplen adecuadamente”.<sup>20</sup>

Ha habido otros reclamos de diversos campos de la academia dirigidos al proceso comparatista en general y al de macrocomparación en particular. Algunos de los más recurrentes son su: a) falta de análisis interdisciplinario, b) enfoque excesivamente centrado en la norma, c) insuficiente atención a las dimensiones filosóficas e históricas, d) persistente e irremediable eurocentrismo y, e) obsesión con el derecho privado.

Los comparatistas de posguerra no se han quedado callados y han respondido a las críticas anteriores. Primero, reconocen que sus clasificaciones son meras aproximaciones y no reflejos precisos de la realidad.<sup>21</sup> Segundo, aclaran que el concepto original de “familias jurídicas” ha sido pulido, renovado y remplazado por conceptos complementarios como el de “tradiciones jurídicas”<sup>22</sup> o el de “culturas jurídicas”<sup>23</sup>, los cuales tie-

18 David, René, *supra* nota 7. p 10.

19 En la primera edición de su obra “An Introduction to Comparative Law”, Zweigert y Kötz contemplaban al Derecho Socialista, empero dicha categoría se eliminó como consecuencia de la caída de la U.R.S.S. Asimismo, antes trataban como categorías separadas los derechos orientales (China y Japón) y los Derechos Religiosos (Islam e Hindú).

20 Twining, *supra*, nota 16, p. 180.

21 De Cruz, *supra*, nota 11, pp. 32-34

22 “A set of deeply rooted, historically conditioned attitudes about the nature of law, about the role of law in the society and the polity, about the proper organization and operation of a legal system, and about the way law is or should be made, applied, studied, perfected, and taught.” Merryman, John Henry Clark, David S. y Haley, John O., *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America and East Asia*. Charlottesville. Michie Company Publishing. 1994. pp. 3-4.

23 “Understood as partial constructs of larger social structures consisting of economies, religions, social habits, etc.” en Van Hoecke, Mark y Warrington, Mark, “Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law” en *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 47. No. 3. p. 495.

nen la ventaja de ser permeables, transformables e intercambiables como estructuras dentro de la macrocomparación. Tercero, destacan que se ha cambiado el énfasis de un simple contraste estructuralista, a un estudio que permita entender las preferencias, precomprensiones y errores del pensamiento dentro del proceso comparatista. Cuarto, sugieren que se ha incluido un análisis preliminar de las interacciones entre estas familias, tradiciones y culturas.<sup>24</sup> Quinto, establecen que se ha identificado una constante influencia y en particular, intercambio, entre estas categorías con patrones variantes de importación y exportación de instituciones jurídicas.<sup>25</sup> Sexto, señalan que se ha alcanzado un consenso en reconocer que los trasplantes jurídicos frecuentemente adquieren un significado distinto en un ambiente nuevo.<sup>26</sup> Por último, reconocen que se ha vuelto evidente que los sistemas jurídicos pueden converger pero también divergir, a veces incluso al mismo tiempo, y que este fenómeno depende principalmente de la perspectiva del analista.<sup>27</sup>

## 2. CRÍTICAS CONTEMPORÁNEAS AL DERECHO COMPARADO

Aunque es indudable que se ha logrado un progreso significativo en el comparatismo de posguerra y que, como se mencionó en el párrafo anterior, los comparatistas modernos han dado respuesta a muchas de sus críticas, este progreso sigue limitado por el canon clásico del Derecho Comparado.<sup>28</sup> Este canon, aunque toma en cuenta las críticas referidas párrafos atrás, responde a ellas en la misma forma eurocéntrica y dialéctica, siendo ambas cuestiones parte de su fundamento teórico. Debido a ello, se dice que el Derecho Comparado, al ser dependiente de la metodología funcionalista, proceso macrocomparativo y estructura predominantemente normativista (los elementos definitorios del canon), resulta impermeable a los avances de la teoría del derecho contemporánea.

En este sentido surgen tres preguntas: ¿Debería el Derecho Comparado mantenerse al margen de estas críticas o resulta esencial enfrentarlas para el futuro de la disciplina? ¿Por qué dar preferencia a estas críticas en vez de resolver los problemas epistemológicos que le han impedido convertirse en una ciencia autónoma? Y, finalmente ¿Qué teorías críticas y hasta qué punto deben ser incorporadas al Derecho Comparado?

En esta sección me referiré a una serie de perspectivas contemporáneas e interdisciplinarias de la teoría del derecho. Describiré sus propósitos y métodos en términos ge-

24 Legrand, Pierre, *Fragments on Law-as-Culture*. Paris. Deventer. 1999. pp. 6-9

25 Rheimann, Mathias, "The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century" en *American Journal of Comparative Law*. Vol. 50. No. 4. p. 678.

26 Watson, Alan, *Legal Transplants*. Edinburgh. Scottish Academic Press. 1974.

27 Pizzorusso, Alessandro, *Curso de Derecho Comparado*. Madrid. Editorial Ariel. 1987. pp. 340-346.

28 También llamado el "Canon Occidental y Estatocéntrico del Derecho Comparado". Cfr: Legrand y Munday (eds.) *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge. Cambridge University Press. 2003. p. 304.

nerales e intentaré establecer un dialogo con el Derecho Comparado que refleje ciertos aspectos particulares del canon clásico. Las perspectivas en cuestión son: A. Derecho y Sociedad, B. Derecho y Geografía, C. Derecho y Cultura, D. Pluralismo Jurídico y, E. Aproximaciones del Tercer Mundo al Derecho Internacional.

### A. Derecho y Sociedad (Law and Society)

Derecho y Sociedad es un movimiento influenciado por la Escuela Realista Norteamericana que adquirió notoriedad en los años 60s. Aunque no cuenta con una definición uniforme respecto de su metodología, se conoce comúnmente como: “El estudio del derecho, el comportamiento relacionado con el derecho y lo que resulta endémico de éste”. Este movimiento estudia al derecho como un fenómeno social y privilegia los enfoques multi e interdisciplinarios. También enfatiza la distinción entre: a) El Derecho en Papel y el derecho en la Realidad, b) El rol normativo de los jueces y la relación práctica entre las cortes, la sociedad, la cultura popular y los medios masivos de comunicación y, c) Las perspectivas de jueces y partes en la administración de justicia.

Derecho y Sociedad también le da un carácter definitorio a la metodología y al resultado esperado cuando se hace investigación jurídica. En este sentido, ha impulsado distintas técnicas de investigación propias de la sociología tales como el trabajo de campo, entrevistas, interpretación estadística, etc. para ser aplicadas al derecho. También ha destacado la importancia de elegir la metodología que mejor se adecue a un análisis según si este es cuantitativo o cualitativo y, aún más importante, ha enfatizado el lugar del investigador como observador y sus efectos según el tipo de investigación.

Un autor representativo de este movimiento es Tom Tyler<sup>29</sup> quien estudió un tema que parecía subjetivo y especulativo (¿Por qué la gente obedece al Derecho?), con un marco teórico claro, un método empírico, una técnica de encuesta que proveyó datos mesurables y además, una argumentación convincente. Al mismo tiempo, Tyler reconoció sus prejuicios e intereses al realizar su investigación y ponderó su postura contestataria en temas fundamentales como la legitimación y el estado de derecho. Quizás por ello, su investigación no pretende alcanzar resultados universalmente válidos, pero logra algo más significativo: explicar el papel que tiene el derecho para un grupo de personas que pueden, hasta cierto punto, resultar representativos de la población general.

Otro académico del movimiento de Derecho y Sociedad, Michael McCann, profundizó respecto de la pregunta: ¿Cómo es que la identidad del investigador afecta los resultados de su investigación? McCann hizo un análisis cualitativo respecto del Movimiento de Igualdad Salarial<sup>30</sup> y usó la epistemología como un elemento clave para incluir

29 Halliday, Samuel y Schmidt, Patrick, *Conducting Law and Society Research: Reflections on Methods and Practices*. Cambridge. Cambridge University Press. 2009. pp.142-145

30 McCann, Michael, *Rights at Work: Pay Equity Reforms and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago. University of Chicago Press. 1994.

teorías del lenguaje y conocimiento al diseñar entrevistas especializadas. En contraste con Tyler, McCann no contaba con un marco teórico claro al empezar su investigación. Sin embargo, este aparente defecto lo llevó a repensar constantemente su enfoque y a tomarse en cuenta como observador con relación a los resultados que iba registrando. Conforme con lo anterior, desarrolló una aproximación flexible que le permitió enriquecer su trabajo, tanto con entrevistas claramente delimitadas, como con historias de vida que excedían los estándares convencionales de la investigación jurídica. El resultado de esta aproximación mixta y autoconsciente fue una comprensión más exhaustiva del fenómeno jurídico.

En contraste con lo anterior, se puede criticar de la macrocomparación su fuerte dependencia de generalizaciones y carencia de un método empírico. Su definición de familias jurídicas tampoco incluye retroalimentación de ninguna de las comunidades que clasifica, y su tipología se determina por cada comparatista sin hacer referencia a sus prejuicios, antecedentes o resultados esperados. Lo peor de ello es que estas carencias ocurren por un supuesto recelo a la pureza científica de su análisis.

Por otro lado, el establecer al funcionalismo como punto de partida para el Derecho Comparado pareciera quedar contraindicado. Ya que el propósito de cada institución se determina previamente, se terminan forzando similitudes y paralelismos, lo cual lleva a ignorar instituciones extranjeras o alterarlas para que quepan en un estándar comparativo.<sup>31</sup>

Es por ello que un enfoque flexible (como el que propone McCann), ofrece una interesante alternativa para el comparatista cuando el funcionalismo no resulta aplicable. Al contar con una idea clara del papel y lugar que tiene el investigador como otra variable que afecta la investigación, se pueden abordar los problemas endémicos del canon clásico. Al mismo tiempo, dicho enfoque facilitaría un involucramiento más profundo del comparatista con las familias jurídicas que está analizando, evitando así descripciones simplistas y previniendo trasplantes jurídicos irresponsables.

Otro punto clave que podría ser aprovechado por el Derecho Comparado es el método de “Problematización del Derecho”,<sup>32</sup> conforme al cual se debe desafiar la naturaleza del derecho que se da por sentada para estudiar otras alternativas que pudieran dar mejores resultados. Al cuestionar las nociones básicas respecto del derecho (por

31 A esta práctica se le conoce frecuentemente como someter una institución al “lecho de Procusto” con referencia al pasaje de la mitología griega que se refiere al bandido Procusto. Procusto ofrecía a los viajeros hospedaje en su casa de la montaña y cuando el viajero pedía un lugar para dormir, lo invitaba a tumbarse en una cama de hierro. Mientras el viajero dormía, Procusto lo amordazaba y ataba a las cuatro esquinas del lecho. Si la víctima era alta y su cuerpo era más largo que la cama, procedía a serrar las partes del cuerpo que sobresalían: los pies y las manos o la cabeza. Si, por el contrario, era de menor longitud que la cama, lo descoyuntaba a martillazos hasta estirarlo.

32 Hunt, Alan, “The Problematisation of Law in Classical Social Theory” en Banakar, Reza y Travers, Max (eds.) *An Introduction to Law and Social Theory*. Oxford. Hart Publishing. 2002.

ejemplo que es un elemento ordenador indispensable para la sociedad), el estudioso puede limitar los problemas del exceso y complejidad de las leyes que son solamente una de las muchas herramientas posibles para el orden social. Este tipo de aproximación resulta especialmente útil en los procesos evaluativos y de propuesta dentro del comparatismo, ya que cuestiona la efectividad de instituciones locales antes de que se contrasten con otras extranjeras.

Finalmente, el movimiento Derecho y Sociedad ha reflexionado concienzudamente sobre cómo es que los estudios interdisciplinarios pueden integrarse en el marco teórico del Derecho Comparado. En este sentido, Jack Balkin distingue entre enfoques “internos” y “externos”.<sup>33</sup> El enfoque interno es el tradicional enfoque normativo, mientras que el enfoque externo es aquel que aprovecha la teoría y métodos de otras disciplinas para resolver preguntas jurídicas. Balkin siguiendo esta lógica destaca el problema del prescriptivismo. El prescriptivismo implica el prejuicio conforme al cual, tanto el Derecho como sus disciplinas auxiliares, deben orientarse por su función y utilidad para crear políticas públicas (de ahí que se privilegien la economía, historia y sociología en vez de la antropología o los estudios culturales). Este prejuicio es similar al que se ha descrito para el canon clásico del Derecho Comparado, conforme al cual las disciplinas más establecidas y tradicionales se prefieren a las técnicas que pueden ser provistas por otras ramas de las ciencias sociales o, incluso, las humanidades. Conforme con lo anterior, me parece necesario evitar este prescriptivismo y favorecer el enfoque externo a fin de enriquecer al Derecho Comparado.

## B. Derecho y Geografía (Law and Geography)

Aunque el Derecho siempre ha estado próximamente relacionado con la geografía mediante delimitaciones espaciales de validez normativa, no fue sino hasta la década de 1980, con el surgimiento de los Estudios Críticos de Derecho (*Critical Legal Studies*) y sobre todo, con la Escuela de New Haven, que el movimiento de Derecho y Geografía tomó forma. Este movimiento se ha visto enriquecido con las obras de Nicholas Blomley, quien analiza cómo es que las definiciones normativas del espacio crean representaciones en la vida política, económica y social a través de instituciones tales como la propiedad, la interpretación constitucional, las relaciones contractuales, así como el crimen y el derecho internacional.<sup>34</sup>

De manera muy relevante para el derecho internacional y para la macrocomparación, los estudiosos de la geografía jurídica también han escrito extensos tratados acerca del Estado-Nación como un constructo tanto político como territorial.<sup>35</sup> En este sentido,

33 Balkin, Jack y Levinson, Sanford, “Law and Humanities: An Uneasy Relationship” en *Yale Journal of Law and the Humanities*. Vol. 18, p.155.

34 Blomley, Nicholas, *Space and the Geographies of Power*. Nueva York. Guildford Press. 1994.

35 Osofsky, Hari, “A Law and Geography Perspective on the New Haven School”, en *Yale Journal of International Law*, Vol. 32. No. 2. pp. 428-432

para este grupo de académicos el Derecho es “el proceso de decisión autoritaria por medio del cual los miembros de una *comunidad* clarifican y aseguran sus intereses comunes”.<sup>36</sup> Además del concepto de “comunidad” como unidad jurídica fundamental, los académicos de Derecho y Geografía proponen las nociones siguientes:

- a) Comunidad mundial: para entender el proceso legislativo internacional, es necesario tomar conciencia de las interacciones que ocurren a nivel mundial. La escala “mundial” es inherentemente múltiple y por tanto, una teoría de la comunidad a esta escala requiere la comprensión de cómo se dan las interacciones no sólo dentro sino también a través de los distintos niveles jurídicos (local, regional, mundial). Las decisiones de autoridad aterrizadas mediante el uso del poder público deben tomar en cuenta estas consideraciones de escala.
- b) Unidades territoriales: si bien cada nación sigue considerándose como la unidad territorial básica, es sólo uno de los siete agentes que participan en la formación e intercambio de valores, siendo los otros seis: el individuo humano; las organizaciones intergubernamentales y transnacionales; los grupos y partidos políticos; los grupos de presión; las asociaciones privadas u oficiales orientadas a valores distintos del poder y; las civilizaciones y culturas autóctonas.<sup>37</sup>
- c) Áreas constructivas: la interacción en las áreas constructivas forman un mecanismo esencial dentro del proceso comunitario y de creación del derecho de acuerdo a los actores arriba enumerados. Este proceso ocurre al desarrollar “un cúmulo de normas compartidas a las que la comunidad se adhiere con suficiente regularidad como para considerarlas obligatorias”.<sup>38</sup>

Es relevante hacer notar que a partir de la posguerra surgió un debate sobre los temas de raza y localización geográfica dentro de la academia comparatista. En este debate, Zweigert encabezó a un grupo de académicos quienes establecieron que las unidades comparativas deberían trascender los límites geográficos.<sup>39</sup> Los académicos de Derecho y Geografía llevaron esa idea un paso más allá y han deconstruido las coordenadas imaginarias de la jurisdicción para establecer un sistema multiescalar y flexible con espacios constantemente cambiantes. Todavía más, la geografía jurídica ha resignificado al espacio, y ha establecido que únicamente tendrá sentido en su relación con los individuos y en sus interacciones con los otros seis agentes jurídicos.

Debido a lo anterior, me parece que estas nociones pueden ser directamente incorporadas en el marco teórico del Derecho Comparado. Particularmente, el proceso de

36 Lasswell, Harold y McDougal, Myres, *Jurisprudence for a free society: studies in law, Science and policy*. Connecticut. New Haven Press. 1992. p. xxix

37 Myres, McDougal, Reisman, Michael y Andrew R. Willard, “The World Community: A Planetary Social Process” en *University of C. Davis Law Review*. Vol. 21. 1988. p. 807.

38 Lasswell & McDougal, *supra*, nota 35, p. 426.

39 Zweigert y Kötz, *supra*, nota 10, pp. 69-75.

macrocomparación se vería enriquecido con un nuevo conjunto de constructos que puedan substituir el concepto clásico de soberanía que aún hoy, en gran medida, define a las familias, culturas y tradiciones jurídicas. Al entender las “geografías del poder”, los bloques comparativos pueden ser ampliados más allá del canon clásico para incluir las distintas escalas y agentes interactuantes en vez de considerar únicamente al Estado-Nación como objeto de estudio.

De manera similar, la metodología funcionalista podría complementarse con las tres nociones arriba descritas que permitan explicar de mejor manera la interacción, trasplante y permeabilidad de instituciones jurídicas. Al darle el peso que corresponde a las comunidades y reconocer sus valores específicos como tomadores de decisiones con autoridad, el propósito de cada institución puede ser mejor estudiada sin tener que forzar su interpretación para cumplir con los estándares del canon clásico. Por tanto, el craso universalismo de varios sectores de la academia podría ser atemperado y ello daría lugar a comparaciones menos rígidas y más auténticas.

### C. Derecho y Cultura (Law and Culture)

La década de 1960 también fue importante para la maduración de los estudios culturales y su relación con el derecho. Las definiciones de “Cultura” (con Mayúscula) y “cultura” (con minúscula) fueron ampliamente cuestionadas y se comenzó un proceso de revisionismo entre sociólogos, antropólogos e historiadores que eventualmente ejercería influencia respecto a la teoría del derecho. Como en el caso de Derecho y Sociedad, los objetivos del movimiento de Derecho y Cultura no son unánimes, empero, parecen haber tres suposiciones claves en sus investigaciones:

- a) Las normas son reflejo de prácticas sociales. Se supone que cada cultura debe contar con normas distintas que reflejen su particularidad local.
- b) Las normas son auxiliares para la conformación de la cultura. En este sentido, las normas juegan un papel en la formación de paradigmas, prácticas y relaciones sociales en cada cultura, y
- c) Las normas son un sistema cultural en sí mismo (cultura jurídica).<sup>40</sup>

Sobre estas suposiciones, Paul Kahn asevera que los estudiosos del derecho forman parte de la cultura y práctica jurídica tanto o más que los jueces y abogados. Esto se relaciona con la falsa distinción objeto/sujeto que tradicionalmente sirve de base para la investigación científica. Kahn reconoce el prejuicio del investigador en el resultado de la investigación, pero va más allá y establece que éste tiene un papel crucial en

---

40 Mautner, Menachem, “Three Approaches to Law and Culture” en *Cornell Law Review*. Vol. 96. No. 4. p. 839.

perpetuar tanto consciente como inconscientemente los paradigmas y estructuras que debería estudiar con objetividad, neutralidad y coherencia.<sup>41</sup>

Kahn explica que la razón por la cual ocurre este fenómeno es que los estudiosos del derecho están obsesionados con proponer reformas jurídicas. Casi todo lo que hacen está orientado a describir, evaluar y criticar la ley existente, y a sugerir formas en las que puede ser mejorada. Cualquier proyecto que no tenga por objeto una reforma, nueva ley o interpretación judicial se ve con desprecio y generalmente se descarta de la discusión jurídica “útil y significativa”.

El movimiento de Derecho y Cultura ofrece una alternativa al estudiar al derecho como “nada de lo abstracto (sino más bien), un conjunto de enfoques sobre conflictos sociales, así como de recursos –institucionales y retóricos– para aquellos involucrados en tales conflictos. Estos enfoques y recursos, empero, no existen independientemente de los reclamos y conflictos. No es que los individuos tengan intereses que más tarde trasladan al campo del Derecho. Más bien, los individuos se encuentran literalmente en conflicto haciendo uso de estos recursos; los individuos siempre están ahí.”<sup>42</sup>

Cómo se puede ver, esta percepción rechaza las aproximaciones basadas en resultados (tales como el Análisis Económico del Derecho donde la maximización del interés individual determina tanto al derecho como a las políticas públicas).<sup>43</sup> También se distancia del normativismo (limitado y excesivamente generalizador). Los académicos de Derecho y Cultura se enfocan en la materialidad del derecho, “la manera en que el derecho simultáneamente representa los intereses de grupos particulares y le da forma a esos intereses e incluso a las identidades de aquellos que se reconocen como miembros de tales grupos. El derecho, en esta perspectiva, debe estudiarse de manera que sea históricamente específico y profundamente contextualizado”.<sup>44</sup>

En mi opinión, la contextualización es la contribución más importante de Derecho y Cultura a la teoría del derecho y que cobra especial sentido para el Derecho Comparado. La contextualización permite, entre otras cosas, entender al derecho como un proceso en constante transformación y que cuenta con diversos “usos”. Derecho y Cultura también pone énfasis en las comunidades locales y en los grupos que usualmente quedan fuera del proceso de toma de decisiones conforme al paradigma de Estado-Nación.

Por ejemplo, desde la perspectiva comunitaria, Barbara Yngvesson ha descrito como es que el derecho ha tomado forma a partir de fuerzas locales en choque con el poder institucional. En sus términos, “El Derecho es “inventado”, negociado o hecho en

41 Kahn, Paul, “Freedom, Autonomy, and the Cultural Study of Law” en *Yale Journal of Law & the Humanities*. Vol. 13. pp.143-145.

42 *Ibid.* pp.149-150.

43 Coase, Ronald, “The Problem of Social Cost” en *Journal of Law and Economy*. Vol. 3. p. 44.

44 Kahn, *supra*, nota 40, p. 151.

contextos locales... La producción jurídica es un proceso continuo, vinculado dialécticamente a la producción de la comunidad, que es tanto una herramienta como un resultado de la invención del derecho”.<sup>45</sup>

Sally Engle, por su parte, ha discutido acerca de cómo la violencia de género se ha facilitado y articulado mediante prácticas jurídico-culturales. La contextualización del derecho en este caso ha permitido reconocer crímenes tales como “inmolaciones nupciales” y “suicidios de viudas” que de otra forma ni siquiera serían considerados como problemas legales sino como meras “costumbres” o “tradiciones”.<sup>46</sup>

De especial importancia para la macrocomparación, este enfoque podría proveer herramientas socio-culturales para redefinir tradiciones jurídicas y comprender mejor sus motivaciones. No sólo eso, en relación con el método funcionalista, podría dar un marco de referencia más flexible sobre cómo es que estos problemas han sido reconocidos, tipificados, castigados y prevenidos, tomando en consideración la transformación y evolución de cada institución jurídica junto con el problema que se propone resolver.

#### D. Pluralismo Jurídico<sup>47</sup>

Este es otro movimiento que desafía al monismo estatal. Se apoya en estudios contemporáneos sobre antropología y etnografía. A pesar de estar muy fragmentado entre sus seguidores, el Pluralismo Jurídico tiene en común los elementos que ofrece Anne Griffiths para su definición como “una situación en la cual dos o más sistemas jurídicos coexisten en el mismo campo social”.<sup>48</sup> El Pluralismo Jurídico también se ha convertido en una forma popular de conceptualizar la relación entre el derecho internacional, nacional y local en el contexto de la globalización.<sup>49</sup>

Quizás la contribución más interesante de este movimiento es su crítica a la distribución jerárquica dentro de cada sistema normativo. Griffiths por ejemplo, distingue entre pluralismo débil y fuerte. Bajo el “modelo débil, normativista o clásico”, el Derecho Occidental es el orden normativo que orienta a “otras” formas de derecho (consuetudinario, autóctono, indígena, etc.) y las define en relación a sí mismo. Griffiths

45 Yngvesson, Barbara, “Inventing law in Local Settings: Rethinking Popular Legal Culture”, en *Yale Law Journal*. Vol. 98. No. 8. p. 1690.

46 Engle Merry, Sally, *Human Rights and Gender Violence: translating international law into local justice*, Chicago. University of Chicago Press. 2006.

47 Aquí también distingo Pluralismo Jurídico (con Mayúsculas) como movimiento intelectual, del pluralismo jurídico (con minúsculas) como fenómeno de hecho que implica la multiplicidad de fuentes de derecho.

48 Griffiths, Anne, “Legal Pluralism”, en Banakar, R. y Travers, Max (eds.), *An Introduction to Law and Social Theory*. Oxford. Hart Publishing. 2002. p. 290.

49 No obstante, el pluralismo jurídico en sí mismo no es nuevo. Ha existido al menos desde la distinción de *ius gentium* e *ius civile* y se volvió particularmente compleja en la Europa del siglo XVI, donde el *status personae* definió una variada yuxtaposición de órdenes jurídicos aplicables a un individuo.

critica la naturaleza formalista de este modelo para establecer parámetros sobre lo que puede ser considerado “Derecho”, al tomar ciertos principios jurídicos derivados de un periodo histórico específico y luego elevarlos al carácter de universales para aplicarlos uniformemente en todo tiempo y espacio.<sup>50</sup>

El pluralismo débil está inserto dentro del canon clásico al que he venido refiriéndome y es directamente controvertido por Griffiths. La autora critica el análisis comparativo orientado por una sola teoría jurídica y sugiere en su lugar examinar las prácticas de cada grupo sujeto a análisis incluyendo la solución de controversias y su particular forma de ordenamiento y jerarquización social. Esto es precisamente la base para el “pluralismo fuerte” el cual reconoce que “existen múltiples formas de ordenar que les corresponden a los miembros de una sociedad y que no dependen necesariamente del Estado para el reconocimiento de su autoridad”. Dentro del pluralismo fuerte, la desconcentración de la autoridad, o “legalidad porosa” reconoce que “los diferentes espacios jurídicos están superimpuestos, interpenetrados y mezclados en nuestras mentes como individuos”.<sup>51</sup>

Boaventura De Sousa Santos ha intentado llevar más allá el anterior concepto. Considera que nuestros estudios jurídicos deben problematizar el papel del Estado pero al mismo tiempo reconocer su significado e importancia. Los nuevos análisis deben ver que “el sistema estatal e interestatal son campos sociales complejos en los cuales el Estado y los demás agentes, tanto locales como globales, interactúan, se mezclan y entran en conflicto en combinaciones dinámicas e incluso volátiles”.<sup>52</sup>

De Sousa Santos identifica tres componentes estructurales en el derecho –retórica, burocracia y violencia– y explica que los campos legales son combinaciones en las que se enfatiza cada componente a diferentes niveles dependiendo su naturaleza en el campo jurídico.<sup>53</sup> Su análisis sociológico del derecho implica “comparar campos jurídicos con base en las diferentes articulaciones de los componentes estructurales que constituyen cada campo”.<sup>54</sup>

De Sousa Santos ha ejercido una influencia decisiva en el trabajo de comparatistas contemporáneos quienes consideran que el Derecho Comparado: 1) Ha fallado en ir más allá de una mera descripción o yuxtaposición de leyes en vez de enfocarse en el análisis e interpretación de sus resultados;<sup>55</sup> 2) Ha aislado temas jurídicos afines (tales como la jurisprudencia y el derecho internacional)<sup>56</sup> y; 3) No le ha prestado suficiente

50 Griffiths *supra* nota 47, pp. 290-293.

51 *Ibid.* p. 302.

52 De Sousa Santos, Boaventura, *Toward a New Legal Common Sense*. Londres. Butterworths. 2002. p. 94.

53 Para una crítica sobre De Sousa Santos véase: Melissaris, E., “The More the Merrier? A New Take on Legal Pluralism” en *Social and Legal Studies*. Vol. 13, No. 1 pp. 57-79, y Tamanaha, Brian “A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism” en *Journal of Law and Society*. Vol. 27. No. 2. p. 296.

54 De Sousa Santos, *supra*, nota 51, p. 86.

55 Twining, William *supra*, nota 16, pp. 174-179.

56 Obiora, Amede, “Toward an Auspicious Reconciliation of International and Comparative Analyses” en *American Journal of Comparative Law*. Vol. 46. No. 4. p. 669.

atención a los sistemas jurídicos internacionales.<sup>57</sup> En mi opinión, sus tres estructuras también pueden ser útiles para definir a las familias jurídicas que, al carecer de alguno de los elementos del canon clásico, terminan siendo amalgamadas y absorbidas por bloques comparativos más extensos.

Por su parte, Martha-Marie Kleinhaus y Roderick Macdonald proponen una alternativa crítica que reconoce la creatividad de los sujetos de derecho “al poseer una capacidad transformativa que les permite producir conocimiento jurídico y las estructuras de derecho que contribuyen a constituir su subjetividad jurídica”.<sup>58</sup> Es decir, proponen el cambio de enfoque de las *normas* a los *sujetos* quienes son considerados “la entidad irreductible de la normatividad”. El enfoque sobre los sujetos normados desde luego implicaría una compleja pluralidad jurídica, pero también una forma más completa de hacer comparación.

### E. Aproximaciones del Tercer Mundo<sup>59</sup> al Derecho Internacional (TWAIL)

Uno de los más importantes rompimientos en las ciencias sociales contemporáneas ha sido la resignificación de los conceptos del “Ser” y el “Otro”. Este es precisamente el punto de partida de la teoría poscolonial que cobra especial relevancia cuando se aplica al Derecho. El reto en el Derecho consiste en al mismo tiempo reconocer al “Otro” y mantener una estructura firme que defina al “Ser”.

En este orden de ideas, empecé este texto haciendo referencia al *ius gentium* en tiempos romanos como un instrumento de regulación y distinción; un paradigma que continuó usándose en tiempos de Francisco de Vitoria para legitimar la dominación española sobre los indígenas coloniales,<sup>60</sup> y que se usó de manera similar en las leyes aplicadas para las colonias Asiáticas<sup>61</sup> y Africanas por parte de los ingleses.<sup>62</sup>

Tras el régimen colonial, estas sociedades se vieron en la necesidad de diseñar un nuevo proyecto de Nación. Este proyecto requería de un orden jurídico que armonizara al derecho indígena con la estructura normativa que habían dejado los colonizadores. En este sentido, “el origen de la nación moderna se sustenta en la disolución de los lazos

57 Rheimann, Mathias, “Beyond National Systems: A Comparative Law for the International Age” en *Tulane Law Review*. Vol. 75. p. 1103.

58 Kleinhaus, M. y Macdonald, R.A., “What is a Critical Legal Pluralism”, en *Canadian Journal of Law and Society*. Vol. 12. No. 25. p. 38.

59 La definición de Tercer Mundo no deviene de una discriminación económica sino de una autodescripción por parte de los Estados que lograron descolonizarse en el Siglo XX. Cfr. Mutua, Makau, “What is TWAIL?”, *Acta de la 94th Reunión Anual de la Sociedad Americana de Derecho Internacional* (2000). p. 35

60 Anghie, Andrew, “Vitoria and the Colonial Origins of International Law” en Fitzpatrick, P. y Darian-Smith, E., *Laws of the Postcolonial*. Ann Arbor. University of Michigan Press, 1999. p. 102

61 Chakrabarty, D., *Provincializing Europe: Postcolonial Thought and Historical Difference*. Princeton. Princeton University Press. 2000.

62 Chatterjee, P. *The Nation and its Fragments*. Princeton. Princeton University Press, 1993.

clásicos de tierra y sangre para ser remplazados con sus propias formas racionales de ciudadanía”.<sup>63</sup>

En consecuencia, el patrón colonialista ha mutado actualmente en la retórica universalista del derecho internacional y, me atrevo a decir también, en el canon clásico del Derecho Comparado. En ambos casos se usan variaciones contemporáneas de los conceptos clásicos de “civilización” y “barbarie” para exigir el cumplimiento por parte de los Estados No-Occidentales.<sup>64</sup> En ambos casos también, la doctrina de la soberanía se usa como una medida para reconocer la existencia de la Nación como unidad normativa.

Cuando las llamadas “Naciones de Tercer Mundo” emergieron, intentaron controvertir la supuesta universalidad del derecho internacional. Tales naciones reclamaban que, al no haber formado parte de la creación del derecho internacional, no deberían quedar constreñidas por este. Este es el punto de partida para el movimiento de Aproximaciones del Tercer Mundo al Derecho Internacional (TWAIL por sus siglas en inglés).

TWAIL hace una crítica al derecho internacional a través de dos prismas de interpretación: (1) la experiencia del colonialismo y neo-colonialismo; y (2) la experiencia real del pueblo del Tercer Mundo en vez de los Estados que supuestamente los representan en el foro internacional.<sup>65</sup> Su objetivo es: “transformar el lenguaje del derecho internacional de la opresión a la emancipación y alcanzar un cuerpo de normas y prácticas que reflejen los esfuerzos y aspiraciones del pueblo del Tercer Mundo con el fin de promover la justicia global”.<sup>66</sup>

Incrementar la actuación y el poder (*agency*) del pueblo del Tercer Mundo ha sido la preocupación de Martti Koskenniemi quien considera que: “para restablecer la identidad del derecho internacional, la identidad del abogado internacionalista, como un agente social, también debe de restablecerse”.<sup>67</sup> Argumenta que el comparatista no debe pasar por alto las limitaciones imaginativas e institucionales (apologismo), ni concentrarse en tales estructuras sin estudiar también su expresión a partir de la práctica jurídica (utopismo).<sup>68</sup> El comparatista debe atender a las anteriores advertencias para evitar un estudio que sea o demasiado teórico o demasiado pragmático.

63 Perrin, Colin, Fitzpatrick, P. y Darian-Smith, E., *Laws of the Postcolonial*. Ann Arbor. University of Michigan Press. 1999. p. 30

64 Anghie, Andrew, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge. Cambridge University Press. 2005. pp. 3-5.

65 Anghie, Andrew y Chimni, B. S. “Third World Approaches to International Law and the Individual Responsibility in Conflict” en Ratner, Steven R. y Slaughter, Anne-Marie (eds.) *The Methods of International Law*. Nueva York. William S. Hein & Co. 2004. p. 186.

66 Koskenniemi, Martti, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, 2da edición. Cambridge. Cambridge University Press. 2006. p. 44

67 *Ibid.* p. 490.

68 *Ibid.* p. 491.

Por último, el análisis epistemológico practicado por Obiora Okafor,<sup>69</sup> ha impulsado formas originales en las que TWAIL puede incluirse tanto en el derecho internacional como en el comparado. En ambos casos, una teoría diferenciada de la soberanía debería de sustituir a la clásica para evitar el enfoque colonialista. Por lo que hace al funcionalismo, esto permitiría un cambio respecto a la idea simplista de que “todos los países tienen los mismo problemas”, para en su lugar proveer una plataforma sobre las necesidades específicas y las soluciones institucionales en países del Tercer Mundo. Para la macrocomparación, esto permitiría un análisis multidimensional de las familias jurídicas o incluso establecer un nuevo canon que exceda a la división propuesta por David, Zweigart y Kötz.

### 3. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Aunque la Posmodernidad ha tratado de negar la validez del Derecho Comparado, queda claro que “hay mucho en nuestra herencia de textos canónicos que vale la pena preservar”.<sup>70</sup> Como he mostrado, el canon clásico puede mejorarse y adaptarse a la realidad actual a través de aportaciones en su enfoque, metodología y prácticas que sin duda aumentarían su versatilidad. Sin embargo, el canon clásico sigue siendo útil por sus herramientas para la comparación, su construcción sistemática de conceptos y una serie de coordenadas perfectibles pero convenientes sobre la aproximación a las distintas familias, tradiciones o culturas jurídicas.

El cambio por el cambio; una actitud conforme a la cual *todos debemos ser absolutamente Posmodernos*, no garantiza un mejor futuro para el Derecho Comparado. La crítica; constructiva, complementaria e inclusiva como la que he descrito en los párrafos anteriores, es indispensable para mejorar esta disciplina sin caer en relativismos morales ni normativos. Por ello, considero que un primer paso para mejorar el Derecho Comparado no es deshacernos completamente de su canon clásico, sino ajustarlo.

Considero que un segundo paso sería cambiar a un paradigma dialógico en vez del actual paradigma dialéctico. En términos generales, considero que es posible integrar las contribuciones de los movimientos arriba descritos en el marco teórico del comparatismo sin incurrir en contradicciones. Un tipo de formación jurídica que incluya una teoría del derecho interdisciplinaria podría, aún en una perspectiva conservadora, atacar el eurocentrismo y el monismo de estado, así como reconocer a los grupos marginados. En este sentido, el estereotipo de que “sólo el Derecho Occidental es Derecho” resultaría por lo menos cuestionable, y daría lugar al surgimiento lento pero seguro de alternativas aproximativas.

69 Okafor, Obiora, “Critical Third World Approaches to International Law (TWAIL): Theory, Methodology or Both?” en *International Community Law Review*. Vol. 10. No. 4. pp. 371 – 378.

70 Twining, *supra* nota 16 p. 195.

El pluralismo jurídico es reconocido como un hecho en prácticamente todos los países del mundo. Inevitablemente, este reconocimiento se transformará en un nuevo paradigma que tendrá que abordar tanto al derecho internacional como al derecho comparado. Por ello, un tercer paso será comprender el pluralismo jurídico desde la interdisciplinariedad, y distinguir entre supuestas funciones de resultados reales.

La contextualización, en los términos que he descrito, sería un cuarto paso para entender tanto las instituciones y funciones locales como extranjeras. Este contexto podría ser más fácilmente integrado desde las aportaciones de los movimientos antes referidos, mismos que cuentan con amplia experiencia en reconciliar los estándares normativos con metodologías sociales, geográficas y culturales. La contextualización también resultaría muy útil para la delimitación normativa dentro de la macrocomparación.

Finalmente, un quinto paso implicaría un ejercicio de honestidad académica. Cada investigador podría empezar sus textos refiriéndose a la formación, valores e ideas que puedan afectar la imparcialidad de su trabajo. Este tipo de ejercicio no debería ser motivo de descalificación sino, al contrario, un requisito para la viabilidad de la academia *iuscomparatista*. De manera muy importante, con este ejercicio se dejaría en claro lo que se cubrirá y lo que se dejará fuera de una investigación comparada, siendo ambas partes integrales para este tipo de trabajo.

Estas sugerencias en realidad no son innovaciones sin precedentes o predicciones futuristas, sino que se basan en la realidad de lo que está pasando en otros lugares y otras disciplinas vinculadas con el Derecho Comparado. Por lo tanto, para el bienestar del Derecho Comparado actual y para su longevidad en el siglo XXI, considero que estos primeros pasos, y otros que pueden surgir de un diálogo abierto entre disciplinas, serán esenciales. Espero que tanto ustedes como yo podamos ser parte de esta discusión académica que crece constantemente en tamaño pero, al mismo tiempo, acorta las distancias intelectuales.

## FUENTES DE CONSULTA

Anghie, Andrew, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge. Cambridge University Press. 2005.

Anghie, Andrew y Chimni, B. S. "Third World Approaches to International Law and the Individual Responsibility in Conflict" en Ratner, Steven R. y Slaughter, Anne-Marie (eds.) *The Methods of International Law*. Nueva York. William S. Hein & Co. 2004.

Anghie, Andrew, "Vitoria and the Colonial Origins of International Law" en Fitzpatrick, P. y Darian-Smith, E., *Laws of the Postcolonial*. Ann Arbor. University of Michigan Press, 1999.

Balkin, Jack y Levinson, Sanford, "Law and Humanities: An Uneasy Relationship" en *Yale Journal of Law and the Humanities*. Vol. 18. p.155.

Blomley, Nicholas, *Space and the Geographies of Power*. Nueva York. Guildford Press. 1994.

- Chakrabarty, D., *Provincializing Europe: Postcolonial Thought and Historical Difference*. Princeton. Princeton University Press. 2000.
- Chatterjee, P. *The Nation and its Fragments*. Princeton. Princeton University Press, 1993.
- Coase, Ronald, "The Problem of Social Cost" en *Journal of law and Economy*. Vol. 3.
- David, René, *Los grandes sistemas jurídicos comparados*. Madrid. Editorial Aguilar. 1972.
- De Cruz, Peter, *Comparative Law in a Changing World*. 2da edición. Londres. Cavendish Publishing Limited. 1995.
- De Sousa Santos, Boaventura, *Toward a New Legal Common Sense*. Londres. Butterworths. 2002.
- Engle Merry, Sally, *Human Rights and Gender Violence: translating international law into local justice*, Chicago. University of Chicago Press. 2006.
- Griffiths, Anne, "Legal Pluralism", en Banakar, R. y Travers, Max (eds.), *An Introduction to Law and Social Theory*. Oxford. Hart Publishing. 2002.
- Gutteridge, Harold, *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*. Cambridge. Cambridge University Press. 1946.
- Halliday, Samuel y Schmidt, Patrick, *Conducting Law and Society Research: Reflections on Methods and Practices*. Cambridge. Cambridge University Press. 2009.
- Hug, Walther, "The History of Comparative Law", en *Harvard Law Review*. Vol. 45. No. 6.
- Hunt, Alan, "The Problematisation of Law in Classical Social Theory" en Banakar, Reza y Travers, Max (eds.) *An Introduction to Law and Social Theory*. Oxford. Hart Publishing. 2002.
- Kahn, Paul, "Freedom, Autonomy, and the Cultural Study of Law" en *Yale Journal of Law & the Humanities*. Vol. 13.
- Kleinbans, M. y Macdonald, R.A., "What is a Critical Legal Pluralism", en *Canadian Journal of Law and Society*. Vol. 12. No. 25.
- Koskeniemi, Martti, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, 2da edición. Cambridge. Cambridge University Press. 2006.
- Lasswell, Harold y McDougal, Myres, *Jurisprudence for a free society: studies in law, Science and policy*. Connecticut. New Haven Press. 1992.
- Legrand, Pierre, *Fragments on Law-as-Culture*. Paris. Deventer. 1999.
- Legrand y Munday (eds.) *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge. Cambridge University Press. 2003.
- Mautner, Menachem, "Three Approaches to Law and Culture" en *Cornell Law Review*. Vol. 96. No. 4.
- McCann, Michael, *Rights at Work: Pay Equity Reforms and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago. University of Chicago Press. 1994.

- McDougal, Myres, "The Comparative Study of Law for Policy Purposes: Value Clarification as an Instrument of Democratic World Order" en *American Journal of Comparative Law*. Vol. 24. No. 29.
- Melissaris, E., "The More the Merrier? A New Take on Legal Pluralism" en *Social and Legal Studies*. Vol. 13, No. 1
- Merryman, John Henry Clark, David S. y Haley, John O., *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America and East Asia*. Charlottesville. Michie Company Publishing. 1994.
- Mommsen, Theodor, *Historia de Roma. Libros I y II: Desde la fundación de Roma hasta la Reunión de los Estados Itálicos*. Madrid. Turner. 2003.
- Mutua, Makau, "What is TWAIL?", *Acta de la 94th Reunión Anual de la Sociedad Americana de Derecho Internacional*, 2000.
- Myres, McDougal, Reisman, Michael y Andrew R. Willard, "The World Community: A Planetary Social Process" en *University of C. Davis Law Review*. Vol. 21. 1988.
- Obiora, Amede, "Toward an Auspicious Reconciliation of International and Comparative Analyses" en *American Journal of Comparative Law*. Vol. 46. No. 4.
- Okafor, Obiora, "Critical Third World Approaches to International Law (TWAIL): Theory, Methodology or Both?" en *International Community Law Review*. Vol. 10. No. 4.
- Osofsky, Hari, "A Law and Geography Perspective on the New Haven School", en *Yale Journal of International Law*, Vol. 32. No. 2.
- Perrin, Colin, Fitzpatrick, P. y Darian-Smith, E., *Laws of the Postcolonial*. Ann Arbor. University of Michigan Press. 1999.
- Peters, Anne y Schwenke, Heiner, "Comparative Law Beyond Post-Modernism", en *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 49. No. 4.
- Pizzorusso, Alessandro, *Curso de Derecho Comparado*. Madrid. Editorial Ariel. 1987.
- Rheimann, Mathias, "Beyond National Systems: A Comparative Law for the International Age" en *Tulane Law Review*. Vol. 75.
- Rheimann, Mathias, "The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century" en *American Journal of Comparative Law*. Vol. 50. No. 4.
- Rheinstein, Max, "Teaching Comparative Law", en *University of Chicago Law Review*. Vol. 5. No. 4.
- Savigny, Friedrich Karl, *History of the Roman Law during the middle ages*. Connecticut. Hyperion Press. 1979.
- Tamanaha, Brian "A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism" en *Journal of Law and Society*. Vol. 27. No. 2.
- Travers, Max (eds.) *An Introduction to Law and Social Theory*. Oxford. Hart Publishing. 2002.

Twining, William, *Globalization and Legal Theory*. Evanston. Northwestern University Press. 2000.

Van Hoecke, Mark y Warrington, Mark, "Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law" en *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 47. No. 3.

Watson, Alan, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*. Washington. The University of Georgia Press. 1993.

Wieacker, Franz, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*. Madrid. Editorial Aguilar. 1957.

Wigmore, John Henry, *A panorama of the World's Legal Systems*. Washington, D.C. Washington Law Book Co. 1936.

Yngvesson, Barbara, "Inventing law in Local Settings: Rethinking Popular Legal Culture", en *Yale Law Journal*. Vol. 98. No. 8.

Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *An Introduction to Comparative Law*. 2nda edición. Amsterdam. North-Holland Pub. 1992.