

Viajes y fronteras de la enseñanza del derecho comparado

Editores

Jean-Paul Saucier Calderón

Heber Joel Campos Bernal

DEPARTAMENTO
ACADÉMICO DE
DERECHO

CENTRO DE
INVESTIGACIÓN,
CAPACITACIÓN Y
ASESORÍA JURÍDICA (CICAJ)



PUCP

Viajes y fronteras de la enseñanza del derecho comparado

Editores

Jean-Paul Saucier Calderón

Heber Joel Campos Bernal

Viajes y fronteras de la enseñanza del derecho comparado

Editores

Jean-Paul Saucier Calderón

Heber Joel Campos Bernal

DEPARTAMENTO
ACADÉMICO DE
DERECHO

CENTRO DE
**INVESTIGACIÓN,
CAPACITACIÓN Y
ASESORÍA JURÍDICA (CICAJ)**



PUCP

Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD)

Jefe del DAD

Iván Meini Méndez

Director del CICAJ-DAD

David Lovatón Palacios

Consejo Directivo del CICAJ

Armando Guevara Gil

Leysser León Hilario

Betzabé Marciani Burgos

Iván Meini Méndez

Equipo de Trabajo

Rita Del Pilar Zafra Ramos

Carlos Carbonell Rodríguez

Jackeline Fegale Polo

Nataly Macutela Lavillas

Larissa Donayre Serpa

Genesis Mendoza Lazo

Viajes y fronteras de la enseñanza del derecho comparado

Jean-Paul Saucier Calderón y Heber Joel Campos Bernal | Editores

Imagen de cubierta: Sweet Art/Shutterstock.com

Primera edición: diciembre 2018

Tiraje: 500 ejemplares

© Pontificia Universidad Católica del Perú
Departamento Académico de Derecho
Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica
Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú
Teléfono: (51-1) 626-2000, anexos 4930 y 4901
<http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/>

Corrección de estilo: Carlos Ramos Lozano, Takeshi Kihara Falcón

Impresión: Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156 - Breña
tareagrafica@tareagrafica.com
Teléf.: (51-1) 332-3229
Diciembre 2018

Derechos reservados. Se permite la reproducción total o parcial de los textos con permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2018-20275
ISBN: 978-612-47925-0-2

Impreso en el Perú - Printed in Peru

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

Heber Joel Campos Bernal

9

INTRODUCCIÓN

Jean-Paul Saucier Calderón

11

PRIMERA SECCIÓN. EL «ADENTRO»: PERSPECTIVAS DESDE «NUESTROS» CONTEXTOS

Justificar la enseñanza del derecho comparado en la Pontificia Universidad
Católica del Perú y más allá: una apertura ética hacia el «otro»

Jean-Paul Saucier Calderón

27

La historia del Derecho: fundamento del Derecho comparado

Carlos Ramos Núñez y José Cornejo Lindley

55

SEGUNDA SECCIÓN. EL «AFUERA»: PERSPECTIVAS COMPARADAS DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO COMPARADO

A bridge to cross. Legal education, the civil lawyers and the common law:
an Italian perspective

Michele Graziadei

73

Comparaciones implícitas y educación jurídica: relato de unas
conversaciones andinas

Mireille Fournier

93

«El código civil en Sudamérica» en Canadá: una propuesta de pedagogía
no jerárquica del derecho comparado

Nelcy López Cuéllar

109

Diversas maneras de enseñar el derecho comparado: pasado, presente
y futuro

Yenny Vega Cárdenas

133

TERCERA SECCIÓN. ESPACIOS «FRONTERIZOS»: LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN EL SISTEMA JURÍDICO MIXTO DE CANADÁ

Dualism, mixedness and cross-breeding in legal systems: Quebec and Canadian law
Michel Morin 151

Teaching the common law in Quebec: reflections on the proliferation of separate, suppletive degree programs
Stéphane Sérafin 169

CUARTA SECCIÓN. EL «REGRESO»: VIAJES, TRASPLANTES Y FLUJOS JURÍDICOS

Política económica y trasplantes legales: el caso de las asociaciones público-privadas en el Perú
Roger Merino 191

Herramientas para un análisis de derecho comparado. A propósito de los flujos jurídicos y la (im)previsión de sus efectos
Pablo Moreno Cruz 215

AGRADECIMIENTOS

Jean-Paul Saucier Calderón 239

PRESENTACIÓN

*Heber Joel Campos Bernal**
Editor académico

La publicación que ponemos a su disposición responde a una inquietud que compartimos varios profesores del Área de Teoría del Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), la cual se resume en la siguiente pregunta: ¿hasta qué punto y en qué medida la enseñanza del derecho comparado puede contribuir a una formación más óptima de nuestros estudiantes?

Sobre el particular, consideramos que la respuesta a esa inquietud es positiva, aunque reconocemos que quizá la forma como se piensa y se aplica el derecho comparado entre nosotros no es la más idónea. Nuestra mirada del derecho comparado contrasta, en ese sentido, con aquella que sostiene que esta disciplina consiste en comparar meras disposiciones normativas de dos o más sistemas jurídicos con el objeto de identificar semejanzas y diferencias que nos ayuden, ya sea a aceptar nuevos trasplantes legales, o a rechazarlos con base en el argumento de que son pocos los países que los ponen realmente en práctica.

Nuestra posición es ajena a esa perspectiva. Para nosotros, hacer derecho comparado no consiste en hacer legislación comparada, sino, y muy por el contrario, en identificar líneas históricas comunes que nos permitan conocer más y mejor nuestro propio derecho.

Lo anterior supone de entrada concebir al derecho comparado como un insumo para reflexionar sobre nuestra cultura legal. Consideramos, pues, que muchas veces se pierde de vista la relación íntima que existe entre el derecho y la cultura, y que de ello se desprenden versiones erradas que intentan asemejar al derecho comparado con una disciplina vacua o ajena a las vicisitudes de la dinámica real del derecho.

Para nosotros, el derecho es una práctica cultural y la forma como lo pensamos y aplicamos es una expresión de nuestra identidad histórica. De ahí que sea, por ejemplo, tan difícil dejar de lado prácticas tan arraigadas como el legalismo en escenarios donde lo que impera actualmente es el constitucionalismo de los derechos o el principio de igual consideración y respeto.

Animados por este enfoque, el año 2015 empezamos a dictar en la Facultad de Derecho de la PUCP el curso Sistema Romano Germánico y Derecho Anglosajón. La idea era introducir en nuestra facultad una línea de investigación dedicada exclusivamente al derecho comparado que les diera a nuestros estudiantes una visión general de esta disciplina a partir del estudio de la tradición continental y del *common law*.

En este curso, nuestros estudiantes aprenden a discriminar entre los hitos históricos más importantes que han dado origen a ambas tradiciones y a identificar también sus puntos de encuentro. Creemos que las barreras que subyacen a estas se han acortado con el paso del tiempo, y que ello es consecuencia de la globalización que permea la formación y dinámica de

* Abogado y magister en Ciencia Política por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). LL.M. en Global Rule of Law and Constitutional Democracy por la Universidad de Génova (Italia). Profesor ordinario de la Facultad de Derecho de la PUCP.

nuestra práctica legal. Prueba de ello es el inopinado rol que ha adquirido en los últimos años la jurisprudencia como fuente del derecho. Hasta hace poco la jurisprudencia era percibida como una fuente secundaria, sin mayor relevancia para determinar los alcances y límites del derecho, pues se pensaba que estos eran fijados *ex ante* por las fuentes primarias, compuestas por la ley y la costumbre. Hoy en día nadie duda, en cambio, que las decisiones judiciales son las responsables del desarrollo de las instituciones jurídicas más relevantes, a tal punto que no es posible comprender qué dicen las fuentes formales sin leerlas en armonía con lo que dicen los jueces.

En este trabajo se incluyen artículos de destacados investigadores locales y extranjeros, quienes reflexionan sobre la enseñanza del derecho comparado y sobre los desafíos que enfrenta en un contexto marcado por el hecho del pluralismo y el cambio de paradigma jurídico. A este enfoque es al que se refieren varios de los artículos que componen este libro cuando llaman la atención sobre la pérdida de legitimidad de las leyes en la tradición continental, o sobre el papel que cumplen los jueces en el fortalecimiento de la democracia y el Estado de derecho.

Del mismo modo, hay artículos que describen la experiencia de enseñar derecho comparado en países donde conviven instituciones tanto de la tradición continental como del *common law*. Ese es el caso, por ejemplo, de Canadá, donde en algunas regiones se ejerce el derecho con base en códigos —como ocurre en los países de la tradición del *civil law*—, mientras que en otras se ejerce con base en la costumbre y el precedente, tal como ocurre en la tradición anglosajona.

Otro grupo de artículos analiza el alcance de los denominados trasplantes legales y su impacto en países como el nuestro. La reflexión que subyace a los mismos es que los trasplantes por sí solos no están en posición de resolver los problemas sociales y políticos de un país, y que su éxito depende del proceso de hibridación del que son objeto durante el viaje que realizan de sus centros de producción a sus centros de recepción.

Por último, un grupo de artículos aborda los retos y desafíos que debe afrontar el derecho comparado y qué lecciones podemos extraer de ello. Entre estas destacan su influencia en los planes de estudios de las facultades de derecho y su impronta en el ejercicio de la profesión, algo que no siempre ha sido valorado y ponderado en su dimensión real.

Consideramos que los trabajos que componen este libro serán un instrumento valioso para nuestros estudiantes, pero también para los académicos e investigadores interesados en profundizar en el estado de la cuestión sobre esta materia. Muchos de los trabajos aquí reunidos son originales y recogen una perspectiva multidisciplinaria. Por ello, saludamos el esfuerzo realizado por sus autores y agradecemos el compromiso adoptado por el Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica para que esta obra vea finalmente la luz.

INTRODUCCIÓN

DE VIAJES Y FRONTERAS EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO COMPARADO**

*Jean-Paul Saucier Calderón**
Editor académico

*On naît quelque part.
Si ça se trouve
On va faire un tour dans le monde.
Voir du pays, comme on dit.
Y rester des années parfois.
Mais, à la fin, on revient au point de départ.*

[...]

*Si on revient au point de départ
cela voudra-t-il dire
que le voyage est terminé ?*

L'Énigme du Retour
Danny Laferrière

Con esta obra colectiva, buscamos responder varias preguntas, dudas e incertidumbres que han surgido de nuestra joven experiencia en la enseñanza del derecho comparado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). En efecto, apenas desde el año 2015 enseñamos el curso obligatorio titulado Sistema Romano Germánico y Derecho Anglosajón, el cual fue parte de la reforma curricular de ese año. La introducción de este curso abrió la pregunta sobre la justificación de la enseñanza de una tradición jurídica foránea en un sistema jurídico predominantemente concebido en el *civil law*, además del método más adecuado para este fin.

Tal como se advierte en la presentación de este libro, un concepto ortodoxo y limitativo del derecho comparado permanece en nuestros ámbitos académicos y profesionales. A pesar de ello, consideramos que se puede ofrecer mucho más que visiones «tecnicistas» de la disci-

* LL.M. (c) Universidad de Toronto. Licenciado en *Civil Law y Common Law* (BCL/LL.B.) por la Universidad McGill y politólogo por la Universidad de Ottawa. Miembro asociado del Instituto Riva-Agüero de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y docente del curso de derecho comparado de la PUCP (2015-2016). Miembro del Programa de Excelencia para los Abogados del Ministerio Federal de Justicia de Canadá. Las opiniones expresadas en esta obra son las del autor y no pretenden reflejar directa o indirectamente las de su empleador. Las opiniones que aquí se expresan recaen bajo su absoluta responsabilidad.

** Agradezco a Hugo Yuen Cárdenas, Juan Carlos Díaz Colchado, Armando Guevara Gil, Yvana Novoa Curich, José Humberto «Chemo» Saldaña Cuba y Deisy Taboada Huamán por sus valiosos comentarios críticos y estilísticos a las versiones previas de esta introducción. Las afirmaciones, errores y/o deficiencias señaladas en el presente trabajo son estrictamente responsabilidad del autor.

plina a nuestros estudiantes. Felizmente, existen muchas maneras de entender nuestro ámbito de estudio que no hacen de este un mero estudio de «legislación comparada». Si partimos del postulado de que el derecho comparado está marcado por el pluralismo y el eclecticismo, el propósito de esta obra es emprender una discusión sobre su enseñanza desde una variedad de experiencias, jurisdicciones y tradiciones jurídicas.

A pesar de que buscamos entrar en diálogo con experiencias que no son las nuestras, no podemos negar que este proyecto emerge en el contexto de nuestra facultad y de la reforma curricular antes mencionada. La enseñanza de este curso planteaba (y plantea) varios retos pedagógicos, culturales, sociales, lingüísticos y epistemológicos (tanto para el docente como para el estudiante). En todo caso, seguimos animados con la idea de introducir en nuestra institución una línea de investigación dedicada al derecho comparado que otorgue a nuestros estudiantes una visión general pero no superficial de esta disciplina.

Si bien cuando se comenzó a enseñar el curso teníamos conocimiento de la literatura comparatista y una idea relativamente clara sobre cómo conceptualizábamos el derecho comparado, aún necesitamos espacios para intercambiar ideas sobre los retos, las implicancias, los alcances y los significados de la enseñanza del derecho comparado. Es por ello que, en febrero del año 2017, viajamos a P'isaq, en el Cusco, ciudad en la cual nuestra institución organizó un taller en el que participaron varios docentes de nuestro curso, así como colegas comparatistas oriundos de otras jurisdicciones. Allí, desde las alturas andinas, se discutieron cuáles habían de ser los fundamentos teóricos de nuestro curso¹. Produjimos un nuevo *syllabus* común, el cual, como todo lo demás, sigue siendo perfectible. Al regresar al nivel del mar, decidimos que algunas de las reflexiones allí plasmadas habían de ser compartidas, profundizadas, discutidas y sometidas a crítica. También se necesitaba saber más. De allí surgió la obra que tenemos en las manos. Como el lector advertirá, la simbología utilizada en la cubierta de esta obra colectiva se inspira en nuestra travesía.

1. Imágenes del derecho comparado y de su enseñanza

El vocablo «educación» (del latín: *ex ducere*) está referido a la idea de «sacar afuera», es decir, de conducir algo desde un espacio cerrado hacia afuera. La mención de estas raíces etimológicas del término es oportuna pues apuntan hacia una serie de imágenes que reflejan partes importantes de las actividades de los *ius* comparatistas, las cuales se pretenden discutir en esta obra.

La primera imagen que se encuentra tanto en la idea de educación como en el derecho comparado es la de una suerte de apertura desde nuestros propios cauces hacia lo desconocido, lo ajeno. Sin embargo, como se advierte en la referencia etimológica mencionada, se propone una apertura que implica un movimiento («sacar afuera»), un desplazamiento de lo interior hacia lo exterior. En esta metáfora se supone que el punto de partida (del cual hemos de extirparnos como sujetos que buscan educar y educarse en el ámbito del derecho comparado) es nuestra identidad jurídica, nuestra tradición jurídica, nuestro propio sistema jurídico, nuestras normas, nuestros idiomas, nuestros presupuestos, ideologías y sesgos, etc. Acá, lo «nuestro» representa una segunda imagen que es la del punto de partida en el que se arraiga el sujeto antes de emprender su recorrido hacia «afuera».

1 Entre los participantes se encontraban, entre otros, Michele Graziadei, Armando Guevara, Rómulo Morales, Michel Morin, René Ortiz, Giovanni Priori, Renzo Saavedra, Patricia Urteaga, Yenny Vega Cárdenas y los dos editores de la obra.

Es así que tanto la educación y su actividad principal —la enseñanza— como el derecho comparado parecieran encontrar asiento común en la apertura, la salida de sí mismos, entendida como una suerte de viaje transformador del sujeto y de sus conocimientos. El elemento dinámico de este trayecto revela una situación de ambigüedad, pues supone que el sujeto y sus conocimientos se encuentran en un movimiento constante entre los dos puntos. En el contexto educativo, el movimiento de salida de sí mismo es entendido como un hito que marca la superación de un estado anterior; se trata de una suerte de elevación. Por su parte, el derecho comparado exhorta implícita o explícitamente a quienes se dedican a él a mirar y viajar hacia «afuera» para superar un estado de ensimismamiento normativo.

Una tercera imagen que propone la simbología educativa es la idea del punto hacia el cual se pretende salir. Pensar la salida hacia afuera como una forma de elevación cualitativa que implica una mejora respecto al punto de partida es un objetivo loable de la educación. Ahora bien, la superación a la cual pretende arribar el derecho comparado cuando exhorta al sujeto a salir de su «adentro» no ha de ver el «afuera» como algo cualitativamente superior. El derecho comparado está atravesado por una serie de jerarquías implícitas que pretenden establecer que algunas comparaciones (es decir, puntos de referencia ubicados en el «afuera») son más legítimas que otras². Suponiendo que se pueda salir del «adentro», ¿qué sería el «afuera»? ¿Sería únicamente —como se pretende estructuralmente en el curso de derecho que enseñamos en nuestra facultad— el *common law*? ¿O puede ser un «afuera» más amplio que va más allá de la tradición jurídica anglosajona y de, por ejemplo, los sistemas jurídicos en los cuales encontramos las fuentes de nuestro propio derecho estatal (derecho italiano, francés, alemán, etc.)? ¿Podrían los derechos de América Latina (o del Sur en general) ser un «afuera» legítimo para los ordenamientos ubicados en jurisdicciones «desarrolladas» del Norte? En fin, ¿podría también el derecho de los pueblos indígenas ser un «afuera» legítimo para el jurista latinoamericano arraigado en la cultura jurídica estatal de su propio ordenamiento?

Hemos mencionado tres elementos comunes a la enseñanza y al derecho comparado: el punto de partida (el «adentro»), el movimiento (el «viaje») y el punto de llegada (el «afuera»). Falta otro elemento que es la cuarta imagen a la cual se refiere esta obra común. Se trata de la separación (frontera) misma que se pretende establecer entre el «adentro» y el «afuera». Como se ha mencionado más arriba, el movimiento que pretenden tanto la educación como el derecho comparado supone sujetos dinámicos que se ubican en los confines que separan el «afuera» del «adentro», por lo cual no se les puede atribuir una identidad clara. Ya que sean de salida progresiva, inacabada, de regreso o de vaivenes, estos movimientos apuntan hacia las constantes ambigüedades que marcan la identidad jurídica y los conocimientos del sujeto que lleva a cabo un estudio comparado del derecho.

Algunos dirán que sufrimos de límites cognitivos que impiden una extirpación acabada hacia la otredad normativa (el «afuera»), por lo cual es imposible conocer realmente el «Otro» normativo. No obstante, el «Otro» siempre termina siendo distinto cuando se sale, aunque sea de manera imperfecta, del «adentro» para ir a conocerlo. Asimismo, es posible que el «adentro» sea otro y, en fin, que tanto el «adentro» como el «afuera» tengan identidades comunes. Por

2 Si bien se puede identificar una tendencia clara por parte de varios comparatistas o juristas en general a entender los ordenamientos jurídicos eurocéntricos como modelos superiores hacia los cuales hemos de apuntar, esta obra no parte de esta premisa. Véase, por ejemplo, los capítulos de Mireille Fournier, Jean-Paul Saucier Calderón y Roger Merino.

ejemplo, un estudio no superficial del *common law* evidencia que no corresponde al concepto que en muchos casos los juristas de *civil law* tienen respecto a la tradición anglosajona: un derecho casuístico sin racionalidad formal ni pensamiento sistemático. Un mero estudio de cómo, por ejemplo, en muchos casos se entiende la relación entre jurisprudencia y principios en el *common law* demuestra un entendimiento altamente racionalizado y formalista del derecho. El *common law* sería, así, mucho más cercano de lo que podríamos pensar al *civil law*. Ello impone una reflexión sobre las distinciones estrictas y caricaturales que se pretenden establecer entre tradiciones jurídicas; tal vez llevamos «adentro» una parte del otro.

El «viaje», el «adentro», el «afuera» y las «fronteras» son una mínima parte de las imágenes que se pueden generar para describir las convergencias que existen entre los fundamentos de la actividad educativa y el derecho comparado. Estas cuatro imágenes estructuran los aportes sobre la enseñanza del derecho comparado que se compilan en esta obra. Más específicamente, las tres primeras partes de esta obra ofrecerán capítulos estructurados alrededor de las imágenes más estáticas que se han presentado hasta ahora: (1) el «adentro», (2) el «afuera» y (3) las «fronteras». Sería ingenuo pretender que cada una de estas divisiones corresponden a compartimentos estancos, pues tratan de elementos que se superponen y coinciden en muchos casos. Por ello mismo, no consideramos oportuno ofrecer una sección que trate exclusivamente del movimiento (el «viaje») al cual hemos referido, pues esta idea está omnipresente en toda la obra. Finalmente, se ofrecerá una cuarta sección que corresponde a una imagen que se podría llamar (4) el «regreso». En esta última sección se ofrecen relatos críticos sobre la enseñanza del derecho comparado desde «adentro» o desde «afuera». En efecto, en esta sección dos colegas oriundos de lo que se podría llamar un «adentro» ofrecerán, más bien, dos estudios en los cuales se analizarán realidades jurídicas y políticas a la luz de la teoría de la circulación de modelos jurídicos. Aunque los autores de esta sección refieren a la idea de movimiento (circulación, flujos, etc.), no expresan la idea de «regreso» en sí. El «regreso» se entenderá desde el punto de vista (activo) del jurista que después de haber salido de su «adentro», «vuelve hacia atrás» trayendo consigo información y conceptos del «afuera».

1.1. El «adentro»: perspectivas desde «nuestros» contextos.

Los dos capítulos de esta parte introductoria comparten el hecho de que sus autores tienen como punto de partida el contexto peruano y latinoamericano en general para reflexionar cómo se puede llegar a enseñar y a hacer derecho comparado desde nuestros espacios de una manera que sea sensible a nuestras realidades sociales, históricas, normativas, culturales, etc.

Partiendo de la reciente reforma curricular de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (que llevó consigo la integración de un curso obligatorio de derecho comparado), Jean-Paul Saucier Calderón plantea la cuestión de la justificación de la enseñanza del derecho comparado en «nuestro» contexto. El autor manifiesta su preocupación respecto al carácter formalista y eurocéntrico que se planteaba en el primer *syllabus* común del curso, pues considera que este tipo de planteamiento implicaría una negación, por lo menos implícita, de la pluralidad normativa de toda sociedad en general y del Perú en particular. A pesar de la ortodoxia que en muchos casos domina la disciplina del derecho comparado, el autor resalta el eclecticismo de la misma y subraya los límites de la ortodoxia poniendo un particular énfasis en las realidades soslayadas por esta perspectiva, pero que sí son reconocidas por el pluralismo jurídico y la interdisciplinariedad. Se trata de hacer derecho comparado sin que la normatividad estatal tenga que ser el punto de refe-

rencia conceptual de lo jurídico. Asimismo, Saucier Calderón apunta hacia elementos empíricos y programáticos para (re)pensar la justificación de la enseñanza del derecho comparado.

El elemento empírico al cual refiere es el irreducible pluralismo jurídico que caracteriza el panorama normativo del Perú y que no se agota con la pluralidad cultural. En cuanto al elemento programático, el autor justifica la importancia de alejarse de los cauces de la ortodoxia refiriéndose al contexto curricular de la Facultad de Derecho de la PUCP que se caracteriza por su relativo, pero continuo, compromiso con la interdisciplinariedad. Ahondando su indagación, plantea puentes ontológicos, epistemológicos y éticos que relacionan tanto el derecho comparado con el pluralismo jurídico y la interdisciplinariedad. Estos puentes han de ser encontrados en el estudio de la multidimensionalidad de los fenómenos normativos, pero también en la convicción compartida por el derecho comparado, el pluralismo jurídico y la interdisciplinariedad de que los espacios que el autor caracteriza de «ambiguos» son epistemológicamente fecundos. Considera que estos aspectos ontológicos y epistemológicos participan en un sentido de la ética que fundamenta el derecho comparado. Refiere específicamente a la idea de un pensamiento jurídico «nómada» en virtud del cual se estudia el derecho comparado de manera dialógica sin anclarse definitivamente en un espacio territorial específico para llegar a un entendimiento más auténtico y crítico de nuestra propia identidad normativa como la del «Otro».

De la misma manera que Ramos Núñez y Cornejo Lindley lo harán en el capítulo siguiente, Saucier Calderón utiliza la idea de «traducción», pero en su caso lo hace para resumir los fundamentos éticos que relacionan el derecho comparado, el pluralismo jurídico y la interdisciplinariedad: el deseo de entender al «Otro» en los términos del mismo, reconociendo los límites que ello implica. Para llegar a una enseñanza ética del derecho comparado, el autor propone que esta materia se dicte evitando los sesgos eurocéntricos que pretenden subyugar o disminuir la juridicidad de los órdenes jurídicos no estatales. También sugiere debilitar el enfoque estatal de la ortodoxia planteando la enseñanza de contenidos pedagógicos que ilustran la fragmentación normativa de los derechos supranacionales, que en muchos casos operan con relativa autonomía respecto a los estados. En fin, el autor plantea la posibilidad de llevar a cabo ejercicios de traducción jurídica que contribuyan a la emergencia y la práctica de un sentido ético que permita al estudiante abordar el derecho con una (auto)crítica, que lo lleve a identificar los sesgos de su propia tradición jurídica y así llegue a un conocimiento más justo y auténtico de otras tradiciones jurídicas.

Partiendo del contexto latinoamericano, Carlos Ramos Núñez y José Cornejo Lindley observan la tendencia hacia la inutilización de filtros analíticos históricos por parte de los estudiosos del derecho y plantean que esta insensibilidad histórica «contribuye a acentuar estereotipos barbarizantes de los pueblos indoamericanos y de otros que se encuentren en una relación de poder subordinada». Estos dos colegas se oponen a un concepto dogmático del derecho que entiende su objeto de estudio de manera teórica sin arraigarse en la realidad. También refieren que los mismos estudiosos plantean, desde América Latina, un concepto del derecho como importación, cuyo punto de referencia se ubicaría en Europa y progresivamente en Estados Unidos; un discurso que niega la preexistencia de la normatividad precolombina como realidad jurídica. Oponen a dicho concepto una idea del derecho que es más bien un «artefacto cultural siempre inacabado [...] un ente vivo, dinámico, un hecho social incesante, una herramienta social de carácter multidimensio-

nal en permanente proceso de transformación y, en ese sentido, el Derecho es siempre el verbo del orden social».

Nuestros dos colegas apuntan hacia la subsistencia de elementos del derecho precolombino y refutan las concepciones ahistóricas del derecho que pretenden que este solo sea un «sistema hecho y coherente». Esta idea (contingente) del derecho sería reciente en la historia del derecho y la realidad apuntaría, más bien, hacia el aspecto casuístico del derecho como ente dinámico y hecho social. La historia del derecho ofrece la posibilidad de *historizar* el mismo, es decir, de entenderlo desde el contexto en el cual se manifiesta; en otras palabras, se trata de una suerte de *traducción* del lenguaje normativo pasado para que sea entendible en términos contemporáneos. Es así que el comparatista no puede pasar por alto la historia del derecho, pues «la explicación de las razones de ser de los ámbitos normativos que perciba únicamente podrán darse en atención a sus dimensiones culturales, psíquicas, sociales y normativas». La intelección de estas dimensiones, que los autores califican de «hechos históricos», ha de ser un objetivo del comparatista pues no habrá entendimiento de la alteridad normativa sin acceder a esas realidades. En fin, los autores plantean que el acceso a la alteridad se lleva a cabo mediante una suerte de dialéctica entre el derecho propio y el ajeno como proceso generador de conocimientos. Es así que concluyen afirmando que es necesario desarrollar una sensibilidad histórica en la enseñanza del derecho para poder «comparar» tradiciones jurídicas y para ello se deberá prestar más atención a nuestra historia del derecho.

De esta manera, los autores de esta sección reivindican la idiosincrasia normativa, cultural, histórica, etc. de su «adentro» normativo para exigir del derecho comparado y de su enseñanza un entendimiento y perspectivas que sean sensibles a las realidades distintas en las que vivimos. Otra preocupación que comparten los autores es la importancia de la realidad normativa plural de nuestras sociedades que se evidencia cuando se entiende el derecho como hecho social. En los dos casos se argumenta a favor de un levantamiento de las fronteras disciplinarias para llegar a una intelección más auténtica y real de la realidad normativa; en el primer caso, se defiende la interdisciplinariedad de manera general, mientras que en el segundo caso, el enfoque es netamente histórico. Enseñar y hacer derecho comparado de manera interdisciplinaria es de alguna manera un acto de justicia pues permite un entendimiento más justo (adecuado a la realidad) de las normas que en muchos casos son negadas por los enfoques estado y eurocéntricos. Es así que la interdisciplinariedad se presenta como una suerte de traducción que permite restituir, o por lo menos de acercarse, con mayor precisión a realidades normativas ajenas. En este contexto, la idea de traducción no es ajena a un sentido ético pues muchas de las ideas planteadas se fundamentan en la necesidad de reconocer al «Otro» que es a menudo negado por distintas tramas narrativas que se han desarrollado desde espacios de dominación política, social, económica, etc. a lo largo de nuestra historia.

1.2. El «afuera»: perspectivas comparadas de la enseñanza del derecho comparado.

En esta parte, se pretende ofrecer un conjunto de relatos críticos respecto de las experiencias de la enseñanza del derecho comparado desde diferentes jurisdicciones y perspectivas. Los cuatro aportes relatan distintos niveles de «ambigüedad» que implican los «viajes» del comparatista; ello va del colega italiano que relata críticamente la historia de la enseñanza del *common law* en su propia jurisdicción, a la jurista canadiense (oriunda de la provincia de Quebec) que reflexiona sobre su experiencia como estudiante de un curso de derecho comparado latinoamericano que se llevó a

cabo en Colombia. El relato de estas experiencias revierte una particular importancia en nuestro contexto, pues la integración en la Facultad de Derecho de la PUCP en 2015 de un curso obligatorio de derecho comparado con contenidos de *common law* fue algo novedoso para nosotros. Que colegas compartan elementos de sus experiencias de enseñanza del derecho comparado desde el «afuera» servirá de apoyo para reflexionar sobre nuestra propia y joven experiencia.

Desde su experiencia como profesor de derecho en Italia, Michele Graziadei plantea la cuestión de la necesidad de enseñar el *common law* en una jurisdicción de *civil law*. El autor explica cómo desde las dos últimas décadas del siglo XX, la educación jurídica impartida en las universidades italianas tomó un giro desde su tendencia conceptualista, sistemática, dogmática y nacionalista hacia una situación en la cual la oferta académica de contenidos extranjeros hace de dicha jurisdicción una punta de lanza en el ámbito de la enseñanza del derecho comparado. Graziadei identifica dos razones en la pérdida de legitimidad del conceptualismo: la creciente adhesión a un entendimiento del derecho como hecho social y no como ente meramente teórico, y el resquebrajamiento de la idea del estado como fuente de autoridad y moralidad que fundamentaba el conceptualismo. Este último proceso se completó con la caída de los estados totalitarios que fomentaron la Segunda Guerra Mundial. Aunado a ello, en el contexto italiano se puede observar también una caída del culto hacia el estado-nación, lo que generó una apertura hacia una visión pluralista de la sociedad y respecto al rol del derecho en la misma. El autor precisa que un nuevo enfoque constitucionalista a la par de la emergencia de un marco jurídico supranacional europeo también contribuyeron a la caída de un culto férreo hacia la normatividad nacional.

Ante la apertura conceptual que trajo consigo la caída del conceptualismo, académicos italianos de envergadura hicieron la apuesta por un estudio de los sistemas de derecho extranjeros. Estos autores plantearon la importancia del estudio del *common law* para un desarrollo completo de los estudios de derecho comparado. Esta perspectiva tuvo raigambre dentro de los círculos académicos y en la enseñanza del derecho —más que en otros lugares— y una de las razones que lo explicaría sería la conciencia del jurista italiano respecto a la foraneidad de las fuentes que fundamentan su derecho nacional. Por lo tanto, los juristas italianos carecerían de un sentido de auto-suficiencia normativa que los lleva a entender el derecho comparado como una manera de llegar a un mejor entendimiento de su propio derecho. Graziadei apunta hacia el hecho de que el estudio del *common law* también permite constatar que el *civil law* se asemeja más de lo que podríamos creer al *common law*, si se ponen de lado calificaciones clásicas que ya no tienen razón de existir (por ejemplo, la idea de que el *common law* es principalmente un derecho casuístico, cuando en realidad imperan los principios y categorías en esta tradición). El autor menciona que el enfoque jurisprudencial y el énfasis en la interacción entre elementos fácticos, reglas y principios que caracterizan la metodología y epistemología del *common law* son elementos que pueden contribuir a cuestionar mitos que a menudo se transmiten en la enseñanza del *civil law*, como la idea de que el derecho es un *corpus iuris* completo y coherente y que la legalidad solo puede surgir de la ley. Para Graziadei, el proceso de aprendizaje del *common law* no apunta hacia imitaciones pasivas; de todos modos, ello sería imposible, pues muchas instituciones de las dos tradiciones son inconmensurables.

En fin, Graziadei plantea la pregunta de cómo introducir a los estudiantes al estudio del *common law* y basándose en la experiencia italiana, ofrece algunas líneas de reflexión para responder a esta pregunta.

Partiendo de su experiencia como participante en un curso titulado «Aproximaciones del tercer mundo al derecho constitucional: Latinoamérica en perspectivas comparadas» que siguió en la Universidad Los Andes en Colombia, Mireille Fournier adopta una posición crítica que la lleva a cuestionar lo que denomina «comparaciones implícitas» que en muchos casos subyacen a la práctica de la comparación jurídica. Dichas comparaciones implícitas refieren a jerarquías que niegan el valor epistemológico de algunas tradiciones jurídicas mientras favorecen a otras. Es así que apunta hacia la necesidad de buscar cómo se puede hacer un estudio del derecho comparado que «haga justicia» a las identidades desapoderadas por las mencionadas jerarquías. Se cuestiona por qué se debería estudiar el derecho de América latina, o más generalmente del Sur. Identifica una comparación implícita que impera en el derecho comparado y según la cual el derecho del Norte se encuentra en una posición jerárquica respecto al derecho que emana del Sur.

La autora denuncia que las ideas de subdesarrollo y de tercer mundo contribuyen a reforzar estas jerarquías, además de la naturalidad con la cual se considera que el derecho ha de ser producido desde los centros de producción del Norte para ser reproducido en la periferia. Es así que, sesgados por sus propios criterios, muchos juristas oriundos de los centros de producción niegan el valor que pueden tener los ordenamientos del Sur por sí mismos y concluyen en el fracaso de esos mismos ordenamientos, en referencia a los del Norte. Fournier plantea que mirar hacia el Sur, haciendo derecho comparado en América Latina, constituye una invocación a la justicia en nuestra disciplina, pues ello plantea la posibilidad de reconocer que los debates sobre la justicia son constitutivos de identidades colectivas que merecen ser estudiadas.

Ahondado sus reflexiones, Fournier busca justificar el estudio del derecho comparado desde el *tercer mundo*. Refiriendo al movimiento «*Third World approaches to International Law*», puntualiza que si bien el uso de la expresión «tercer mundo» puede ser entendida en un sentido peyorativo, dicha expresión también constituye una suerte de reivindicación y de explicitación de que una identidad y/o un grupo es excluido y silenciado. Esta reivindicación es una subversión contra la utilización de un léxico políticamente correcto. De hecho, la corrección política que lleva al uso de eufemismos, conlleva una suerte de violencia simbólica denunciada por la autora. Para oponerse a ello, ella propone la adopción de un lenguaje políticamente incorrecto y posiblemente «violento», es decir, un lenguaje que subvierte algunas prácticas opresivas de los discursos jurídicos y académicos. Ello no solo podría empoderar identidades subalternas como las que pertenecen al *tercer mundo*, sino también a los individuos cuya voz es silenciada por la impersonalidad del lenguaje jurídico. Es así que la autora plantea que las historias del derecho en América Latina evidencian un compromiso con un concepto civilizador y modernista del derecho que conlleva comparaciones implícitas que establecen categorías dicotómicas (civilizado/salvaje o tradicional/moderno) que hasta hoy imperan en nuestras concepciones del derecho. En fin, Fournier también denuncia las comparaciones implícitas que existen entre legalidad e ilegalidad y el derecho y la violencia como maneras de generar cambios dentro de las sociedades y puntualiza que estas comparaciones que son reproducidas por la enseñanza del derecho, contribuyen a aplanar las realidades plurales jurídicas de la región.

Por su lado, Nelcy López Cuéllar relata un movimiento geográfico contrario, pero intelectualmente parecido al que operó Fournier. En efecto, López Cuéllar, una jurista de origen colombiano, reflexiona sobre las lecciones que aprendió al dictar un seminario en español en

la Universidad McGill en Canadá titulado «El código civil en Sudamérica: una aproximación a su historia, desarrollos contemporáneos y futuros campos de investigación». Además de relatar los contenidos y la estructura del curso, observa cómo el dictado de su curso operó una inversión de jerarquías. En efecto, siendo una estudiante de doctorado en aquella época, observó cómo en muchos casos los estudiantes extranjeros de posgrado que estudian en facultades de *common law* son percibidos como aquellos que no entienden el todo del *common law* y que no saben expresarse como juristas anglófonos de la misma tradición.

Estando en una posición relativamente jerárquica ante su alumnado formado mayormente en el contexto canadiense, López Cuéllar pudo observar cómo estas jerarquías se revirtieron de varias maneras en el marco de su seminario. Pudo observar cómo dicha situación la posicionaba en una situación por lo menos igualitaria o «superior» a sus estudiantes de la Universidad de McGill, que en algunos casos tuvieron mayores obstáculos lingüísticos para la comprensión de los contenidos y la obtención de objetivos académicos del curso. Además de ello, los estudiantes pudieron estar en contacto con eminentes especialistas del derecho latinoamericano y este contacto les permitió constatar que también se puede hacer trabajo académico de alta calidad desde América Latina. En fin, afirma que su propuesta de enseñanza no jerárquica o con jerarquía flexible es consistente con la enseñanza del derecho comparado. En efecto, la autora constata que la enseñanza del derecho comparado es un espacio en el cual ningún cuerpo jurídico ha de partir en una posición de superioridad respecto a otro. Es así que un curso de derecho comparado puede ser un espacio propicio para tomar distancia respecto a las preconcepciones sobre la superioridad o corrección de algunos sistemas en relación a otros.

En su capítulo «Diversas maneras de enseñar el derecho comparado: pasado, presente y futuro», Yenny Vega Cárdenas presenta reflexiones introductorias respecto a la enseñanza del derecho comparado. Sugiere varias preguntas que un docente de derecho comparado ha de hacerse cuando prepara su curso, tanto sobre las metodologías de enseñanza y los contenidos del mismo curso. Asimismo, ofrece un bosquejo de algunos métodos de enseñanza y de posibles contenidos de un curso de derecho comparado. La autora pone mayor énfasis en un modelo de enseñanza de «*learning by doing*» que con el apoyo de nuevas tecnologías puede permitir innovar los currículos y facilitar los intercambios entre estudiantes y docentes del mundo. Ello correspondería a la necesidad de formar juristas globales capaces de trabajar en una realidad normativa marcada por el pluralismo jurídico.

Tal como se mencionó en la corta introducción de esta sección, los capítulos presentados narran y analizan experiencias de enseñanza del derecho comparado que destacan la ambigüedad que caracteriza toda empresa educativa y *ius* comparatista: una salida de sí mismo (el «adentro») para ir hacia el «afuera». Más allá de la propia experiencia del autor, el capítulo de Michele Graziadei presenta las condiciones en las cuales una parte de una comunidad académica operó un movimiento de apertura hacia una tradición que le era poco conocida para integrarla dentro de los currículos de sus facultades de derecho al nivel de toda una jurisdicción. El aporte de Fournier ejemplifica cómo el «viaje» (tanto geográfico como epistemológico) puede traer consigo una transformación del sujeto que lleva a la autora a reivindicar la legitimidad de una identidad jurídica que no es, *a priori*, la suya. Coincidiendo con Fournier en su rechazo de las jerarquías entre derechos, Nelcy López Cuéllar narra cómo pasó de la teoría a la práctica para plantear la legitimidad del conocimiento jurídico generado desde el Sur mediante la enseñanza —en español— de un seminario completo sobre el código civil en Sudamérica

en una facultad de derecho ubicada en América del Norte. Además de plantear la posibilidad de la subversión de algunas jerarquías que se establecen en el derecho comparado, se puede observar su preocupación respecto a las realidades normativas plurales; una realidad que también motiva algunas reflexiones de Yenny Vega Cárdenas en el último capítulo de esta sección.

1.3. Espacios «fronterizos»: la enseñanza del derecho en el sistema jurídico mixto de Canadá.

En la tercera parte de esta obra colectiva, se pretende discutir lo que significa la enseñanza del derecho en el contexto de lo que en muchos casos se ha considerado como un objeto ideal para observar lo que significa enseñar el derecho comparado. La experiencia de la provincia de Quebec en Canadá ofrece un ejemplo de la convivencia formal y educativa de las dos grandes tradiciones jurídicas europeas.

En su capítulo, Michel Morin expone cómo el derecho de Quebec se deriva tanto de normas de derecho inglés como francés. Además de ello, analiza en qué medida estas fuentes mixtas han generado cambios en la cultura del *common law* y del *civil law* de esta provincia y cómo estas mismas culturas se distinguen de sus fuentes europeas por su carácter híbrido. Nos explica que esta mezcla de las fuentes corresponde a un proceso que se llevó a cabo desde antes del siglo XIX en la mayoría de las grandes tradiciones jurídicas que se consideran como homogéneas, a pesar de que en realidad hayan sido influenciadas por varias normas de fuentes distintas. Aunque se puede afirmar que en Quebec ocurrió un proceso de hibridación, hoy en día se debaten o minimizan los alcances de dicho proceso.

Partiendo también del contexto canadiense, Stéphane Sérafin presenta una de las peculiaridades programáticas de la enseñanza del *common law* en la provincia de Quebec. Partiendo de la experiencia curricular única de la Facultad de Derecho de la Universidad McGill, en la cual se enseñan el *common law* y el *civil law* de manera integrada, Sérafin indaga sobre las razones por las cuales han proliferado los programas de enseñanza separados y supletorios de *common law*. Estos programas favorecen la formación electiva de los estudiantes en una segunda tradición jurídica (contrariamente a la Universidad McGill, donde se aprenden obligatoriamente las dos tradiciones jurídicas de manera simultánea). El autor argumenta que el desarrollo limitado (solo se replicó la experiencia de McGill en otra universidad) de un programa integrado se explicaría por dos razones. En primer lugar, hay continuas preocupaciones respecto a la capacidad de los programas integrados a enseñar el carácter distintivo de la herencia continental del derecho de Quebec. En segundo lugar, el modelo de enseñanza de una segunda tradición jurídica de manera separada y supletoria corresponde más a la idea imperante según la cual la elección del estudiante es una tendencia que anima la enseñanza del derecho comparado en Canadá.

Si bien el artículo de Morin no trata específicamente de la enseñanza del derecho comparado, este ofrece una trama narrativa respecto a distintos factores históricos que explican distintas dinámicas que informan cómo hoy en día se entiende la enseñanza del derecho en Canadá, más específicamente en la provincia de Quebec. Su bosquejo histórico facilita el entendimiento del capítulo siguiente. Al respecto, Sérafin nos explica a través de su aporte que hasta en una jurisdicción mixta, los métodos de enseñanza del derecho comparado no se dan por sentados, y son sujetos a debate. Si bien se trata de un contexto muy diferente, los alcances y los límites de la experiencia canadiense podrían fomentar discusiones de interés en nuestro

contexto. Aunque desde el contexto latinoamericano en general, y el peruano en particular, no se identifican sistemas formalmente mixtos como el canadiense, la experiencia de este país podría nutrir discusiones sobre los varios debates (mayormente pendientes) respecto a la necesidad de integrar de manera más relevante la enseñanza del derecho indígena en la enseñanza formal que se imparte desde las facultades de derecho.

1.4. El «regreso»: viajes, trasplantes y flujos jurídicos.

Finalmente, se ofrece al lector una cuarta sección que corresponde a una imagen que se podría llamar la del «regreso». Allí, el discurso no se enfoca en la enseñanza del derecho comparado, sino más bien en el movimiento de normas y de información jurídica (trasplantes o flujos) de espacios de producción a espacios de recepción. En efecto, en esta sección dos colegas oriundos de lo que se podría denominar nuestro «adentro», llevan a cabo estudios en los cuales se analizan realidades jurídicas y políticas a la luz de los conocimientos generados desde los estudios comparados del derecho y de otras disciplinas. Tanto la simbología del trasplante como la del flujo resuenan en la imagen del movimiento o del «viaje». Sin embargo, en este caso, el «viaje» va más allá de una salida del «adentro» normativo. En apartados anteriores nos hemos referido brevemente a los posibles cambios que operan los viajes, es decir, en las identidades jurídicas y en los conocimientos del jurista que se encuentra en situación de apertura o de «viaje». Aunque el desplazamiento del jurista puede ser uno de salida, su «viaje» puede tomar varios y distintos rumbos. Uno de ellos es el regreso, un movimiento en virtud del cual se «vuelve hacia atrás», un retorno. Los dos capítulos de esta sección apuntan hacia la comprensión de cómo la apertura del jurista y de su sistema jurídico hacia el «afuera» generan no solo la posibilidad de una salida, sino también de un «regreso» que implica transformaciones normativas del «adentro» que no siempre son deseables. En efecto, en muchos casos esos cambios se fundamentan en lo que Fournier denomina «comparaciones implícitas» —jerarquías entre sistemas y tradiciones legales que niegan el valor cultural y epistemológico de los espacios de recepción. Si bien los autores de esta parte no caracterizan los movimientos normativos referidos como «regresos», se considera que esta imagen es acertada porque para que los flujos de información jurídica penetren en un ordenamiento, los juristas de un «adentro» han debido haber llevado a cabo una salida (geográfica o epistemológica) hacia el «afuera» para «volver hacia atrás» con nueva información jurídica.

En su capítulo «Política económica y trasplantes legales: el caso de las asociaciones público-privadas en el Perú», Roger Merino expone cómo el derecho comparado se entiende principalmente como técnica de arquitectura jurídico-institucional. Por lo tanto, la disciplina es derecho y política comparados. Las reformas que se plantean son las «buenas prácticas internacionales», las cuales necesitan más que meras soluciones legales, pues apuntan hacia transformaciones institucionales que se sustentan en planteamientos desarrollistas. En este contexto, para llegar a una mejor comprensión del cambio institucional, Merino sugiere que la teoría de la circulación de modelos jurídicos ha de ser renovada para generar un mejor entendimiento del cambio institucional. El autor plantea la cuestión de si en este contexto el derecho comparado puede limitarse a la técnica legal; o si más bien el derecho y la política comparados pueden ser herramientas de crítica social y de deslegitimación de estructuras normativas adoptadas de manera poco democrática.

En el contexto peruano, las medidas que apoyan la política económica actual para implementar principios como el «orden económico», el «chorreo», etc. apuntan hacia la necesidad de un análisis crítico de las medidas tecnocráticas que van más allá de un mero análisis de la idoneidad de los trasplantes legales; es decir, más allá de lo técnico, el análisis comparado ha de integrar un enfoque axiológico que toma en cuenta los valores planteados por las reformas. Por ejemplo, Merino sugiere que ha de cuestionarse la preferencia que se da a la eficiencia ante la participación democrática, o también la flexibilización de los estándares de protección como la manera de asegurar el desarrollo en un contexto en el cual esta flexibilización agudiza desigualdades y tensiones sociales. El autor parte de estas reflexiones para ofrecer un análisis crítico de la producción normativa relacionada a las asociaciones público-privadas (APP) en el Perú. El diseño legal de las políticas económicas de las APP evidencia esquemas normativos en los cuales imperan los intereses privados y los conflictos de intereses, y donde el estado tiene un rol limitado de fiscalización. En este contexto se plantea que el problema de la corrupción está relacionado con la reestructuración (sin participación democrática) de los marcos político-normativos de diversos ámbitos que se han naturalizado con la misma corrupción.

Pablo Moreno discute en «Herramientas para un análisis del derecho comparado. A propósito de los flujos jurídicos y la (im)previsión de sus efectos» las implicancias de los trasplantes legales en la formación y funcionamiento de los sistemas jurídicos. Pone especial énfasis en los denominados «flujos jurídicos» tanto en la tradición continental como anglosajona y discute su relación con otras disciplinas relevantes como la sociología, la historia o la teoría del derecho. Se destaca su esfuerzo en explicitar los aportes derivados de la comparación jurídica para la comprensión y aplicación de nuestras instituciones legales. En países como los nuestros este análisis es más que oportuno, pues, como bien sabemos, nuestro derecho ha sido, también, el resultado de importaciones jurídicas «descontextualizadas» que no han tenido el éxito que se esperaba.

Moreno también discute la aproximación metodológica al derecho comparado que, durante años, ha merecido sesudas reflexiones por parte de juristas y expertos de diversas regiones del mundo. Moreno considera, en ese sentido, que no debemos perder de vista que la comparación jurídica no consiste solo en advertir la presencia de elementos comunes a nivel de los sistemas jurídicos internos. Por el contrario, consiste en advertir la presencia de procesos históricos que responden a estímulos —políticos y culturales— comunes. Por este motivo, el uso de herramientas multidisciplinarias resulta clave para advertir sus reales consecuencias. Por último, Moreno presta atención a un estudio empírico llevado a cabo por el Banco Mundial (Doing Business) que tuvo por objeto ponderar el impacto de los trasplantes jurídicos en el desarrollo económico de los países que los implementaron. Dicha aproximación pone nuevamente el foco de atención en el derecho vivo y en el rol que cumple en su dinámica la comparación cultural del derecho³.

Además de ofrecernos reseñas críticas de los alcances y límites de la teoría de la circulación de los modelos y de la información jurídica, los dos autores buscan superar un concepto «tecnocrático» del derecho comparado. En efecto, ante una realidad normativa en la cual se acelera la circulación de normas, el trabajo del comparatista no puede limitarse a un estudio de la idoneidad conceptual o sistémica de un trasplante o a la mera observación de elementos comunes de un sistema jurídico al otro como si el derecho comparado fuera «legislación comparada».

3 El autor agradece a Heber Joel Campos por la síntesis del texto de Moreno.

Ante estos conceptos limitados del derecho comparado, los dos autores reivindican perspectivas que toman en cuenta las realidades de los espacios de recepción. Por un lado, con Merino se reivindica el derecho comparado como herramienta de crítica social para deslegitimar los cambios poco democráticos que se imponen con referencia a normas provenientes del «afuera». Esta reivindicación sugiere analizar críticamente algunos mitos económicos (chorreo, eficiencia económica, etc.) enarbolados por las reformas institucionales. Ello permitiría reenfocar el análisis de los trasplantes en una idoneidad que no es únicamente técnica sino más bien democrática, y que sea sensible a las desigualdades y tensiones sociales. Por su lado, Moreno argumenta que ante las limitaciones de los conceptos «tecnicistas» del derecho comparado, la disciplina debe más bien analizar procesos históricos que respondan a estímulos políticos y culturales comunes, por lo cual el uso de herramientas multidisciplinarias es primordial para identificar el alcance de sus impactos. Esta propuesta resuena en las discusiones planteadas en la primera sección del libro, donde los autores abogan por un levantamiento de las fronteras disciplinarias en el estudio y la enseñanza del derecho comparado para llegar a un entendimiento más preciso de las realidades normativas que se pretenden comparar.

2. Lo recorrido y los viajes pendientes: las posibilidades de la enseñanza del derecho comparado

Partiendo de un contexto normativo y académico específico (el Perú, América Latina, la Facultad de Derecho de la PUCP), esta obra colectiva pretende, en primer lugar, reivindicar —pero también denunciar— algunas particularidades que marcan nuestro entendimiento del derecho comparado y su enseñanza. Aunque el pluralismo jurídico existe por donde se encuentre normatividad, las particularidades que marcan la pluralidad normativa en el Perú y en América Latina ameritan una cautela especial en la enseñanza y la práctica del derecho comparado.

Específicamente, se apunta hacia la necesidad de tomar una distancia (auto)crítica respecto a nuestros sesgos normativos e ideológicos eurocéntricos, para llegar a una aproximación más auténtica de las realidades fácticas y normativas que se busca entender. Para cumplir con este objetivo, la enseñanza del derecho comparado no solo ha de levantar las barreras ideológicas y normativas que atraviesa el análisis comparado del derecho, sino también superar las fronteras ontológicas y epistemológicas que pretenden establecer los conocimientos disciplinarios. Se puede afirmar que estas propuestas se fundamentan en un sentido de la ética dirigido hacia el reconocimiento de la legitimidad de las otredades normativas, que en muchos casos son subyugadas por conceptos estado y eurocéntricos del derecho.

En segundo lugar, hemos salido del «adentro» para desplazarnos hacia distintos «afueras» desde donde se han compartido experiencias de la enseñanza del derecho comparado. Los relatos críticos ofrecidos en esta parte no pueden encapsularse en un etiquetado claro. Tal vez se puede proponer que los movimientos geográficos, epistemológicos e ideológicos narrados en esta sección de la obra correspondían a viajes en los cuales la ambigüedad (normativa, geográfica, cultural, ideológica, etc.) era la única regla. Trayectorias erráticas; tal vez es lo que se fomentó en esta parte del libro. La salida de un «adentro» se presenta acá como un movimiento epistemológico que tiene un potencial transformador tanto de la identidad normativa del individuo como del conocimiento.

En tercer lugar, hemos detenido nuestro recorrido para observar críticamente algunos rasgos de la evolución normativa de una jurisdicción de derecho mixto (provincia de Quebec en

Canadá). Se buscó comprender cómo se organiza la enseñanza del derecho en esta jurisdicción que se caracteriza por ser un espacio normativo donde las fronteras entre tradiciones jurídicas no son diáfanas. Si bien se trata de un contexto muy distinto a los que conocemos en nuestros «adentros», la enseñanza del derecho en esta provincia canadiense corresponde al pluralismo normativo que caracteriza esta jurisdicción, y ello sí es una realidad que conocemos⁴.

La última sección de la obra discute la imagen de la práctica del derecho comparado que denominamos la del «regreso». Este se refiere a un desplazamiento en el cual se «vuelve hacia atrás»; el retorno del jurista (viajante) hacia su «dentro», es decir, su ordenamiento jurídico. Se trata sobre cómo la circulación de normas, entre espacios de producción y de recepción, puede hacerse pasando por alto tanto valores democráticos como las realidades a las cuales se pretende traer normas jurídicas de «afuera». Ante los comparatismos «tecnicistas», que pretenden «solucionar» los problemas de estos flujos mediante un mero análisis normativo de la recepción de reglas, se propone una postura ética, que resuena en lo planteado en la primera sección de esta obra. El viaje de «regreso» habría de ser guiado por un sentido de la ética.

Hemos de admitir que tanto la presentación de esta obra como algunos de sus capítulos operan bajo un sesgo normativo que plantea la fecundidad epistemológica del viaje (sin tal vez cuestionarla). Queda claro que se podría argumentar que esta intuición implica que lo normativamente estático y cerrado (un estado de ensimismamiento normativo, por ejemplo) sea entendido como indeseable, como algo epistemológicamente estéril. Es, por lo tanto, necesario aclarar que no se propone que el «viaje» es algo que se ha de perseguir y concretar a toda costa. También entendemos que este tipo de intuición podría legitimar posiciones —como las denunciadas en esta obra— que quisieran imponer cambios a sistemas jurídicos desde «afuera» en virtud de jerarquías implícitas o explícitas. A pesar de las dudas que se puedan arrojar sobre nuestro —tal vez errático— recorrido, no quisiéramos que se entienda nuestra propuesta de viaje como otra cosa que una exhortación al encuentro con el «Otro», sobre todo periférico, y al reconocimiento de su legitimidad normativa y epistemológica.

Aunque no se pretende que cada aporte recogido en el libro plantee una preocupación ética respecto a la enseñanza y el ejercicio del derecho comparado, este pareciera ser un tema que atraviesa —de forma implícita o explícita— a quienes han escrito desde lugares de recepción (Saucier Calderón, Ramos Núñez, Cornejo Lindley, Fournier, López Cuéllar, Merino y Moreno). Es también probable que no sea una coincidencia si esta invocación a la ética surge en el contexto de «viajes» marcados por distintos niveles de ambigüedad geográfica, cultural, normativa, disciplinaria, epistemológica, etc. Tal vez esta sea la reivindicación más coherente que esta obra ofrece desde nuestro «adentro».

Montreal, 25 de septiembre de 2018

4 Va de suyo que la comparación entre ordenamientos jurídicos latinoamericanos y el de la provincia de Quebec es limitada y habría de ser hecha de manera muy matizada. El contexto canadiense conoce formalmente por lo menos tres categorías de tradiciones jurídicas (indígenas, *common law* y *civil law*), en contraste con nuestros ordenamientos que en general son de *civil law* y donde también permanecen tradiciones indígenas. Las discusiones presentadas por los dos autores de esta sección enfocaron en la historia y la enseñanza del *common law* y *civil law* que son dos tradiciones que en Canadá se encuentran en una posición colonial ante las normatividades indígenas.

PRIMERA SECCIÓN

**EL «ADENTRO»:
PERSPECTIVAS DESDE
«NUESTROS» CONTEXTOS**

JUSTIFICAR LA ENSEÑANZA DEL DERECHO COMPARADO EN LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ Y MÁS ALLÁ: UNA APERTURA ÉTICA HACIA EL «OTRO»*

Jean-Paul Saucier Calderón

Qu'est-ce qui en nous résiste au miracle de la rencontre?

Mademoiselle Liberté

Alexandre Jardin

J'ai reconnu que c'était leur droit.

L'Étranger

Albert Camus

1. Introducción

En el nuevo plan de estudios de la Facultad de Derecho de la PUCP (2015), se ha introducido un curso obligatorio de derecho comparado de primer ciclo, denominado Sistema Romano Germánico y Derecho Anglosajón. Como lo anuncia la convocatoria de esta publicación, es menester —aunque sea *ex post facto*— cuestionar, pensar y repensar la justificación de la integración del curso de derecho comparado en nuestro plan de estudios, así como la manera en la cual se imparte (Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica, 2017). La enseñanza de una asignatura obligatoria de derecho comparado es una novedad para la Facultad de Derecho de la PUCP. Desde su creación en el 2015, sigue siendo objeto de varios esfuerzos dirigidos a ofrecer una visión coherente —aunque no homogénea— de por qué y cómo deberíamos enseñar el derecho comparado. Como profesor del curso, me he enfrentado a la necesidad de justificar varias veces su pertinencia y utilidad frente a un alumnado escéptico. Por supuesto, les comenté a mis estudiantes la posibilidad de que algún día les interesara ser abogados en otras jurisdicciones, que el derecho peruano no se desarrolló sobre un vacío y que este tampoco es «puro». También les hablé de los trasplantes, la globalización y la transnacionalización del derecho.

Es difícil cuestionar sus bajas expectativas ante el potencial del derecho comparado, pues el primer *syllabus* común del curso Sistema Romano Germánico y Derecho Anglosajón planteaba, para variar, un concepto «inminentemente teórico», nacional y formalista del derecho comparado, que por ende pretendía limitarse a un estudio relativamente territorializado en el mismo (Facultad de Derecho de la PUCP, 2015). Pareciera que nuestro curso (como la mayoría de los cursos de derecho comparado que se ofrecen en las facultades de derecho del mundo) ha sido planteado originalmente en términos mayormente estado-céntricos, cuando

* Agradezco a Armando Guevara Gil, José Humberto «Chemo» Saldaña Cuba, Aarón Verona Badajoz, Mireille Fournier, Deisy Taboada Huamán, Yvana Novoa Curich, Julio Casma Rocha y a los árbitros anónimos por sus valiosos comentarios a las versiones previas de este capítulo. Las afirmaciones, errores o deficiencias señaladas en el presente trabajo son estrictamente responsabilidad del autor.

se trata más bien de un ámbito de estudio que ofrece una mayor apertura hacia la pluralidad normativa y otras disciplinas¹. Si bien no andamos a tientas como tal vez lo hacíamos en los primeros ciclos, la enseñanza de un curso de derecho comparado sigue siendo embrionaria en nuestra facultad, por lo cual seguimos en un proceso de reflexión, debates y dudas respecto a la integración del mismo. En este capítulo tomo este proceso como un punto de partida (auto)reflexivo sobre nuestra nascente experiencia en la enseñanza del derecho comparado para ofrecer algunos aportes críticos a la luz de los debates más amplios que tienen lugar en la disciplina, y con el fin de ofrecer algunas propuestas respecto a la enseñanza del curso de derecho comparado.

La adopción de un concepto formalista del derecho comparado es preocupante en un contexto como el nuestro, pues desconoce la pluralidad normativa en la cual nos encontramos y desaprovecha una de las raras oportunidades que dan las mallas curriculares para desarrollar conocimientos respecto a la realidad plural del derecho. Un entendimiento plural del derecho no solo pasa por la intelección de lo exclusivamente normativo; otras disciplinas han de ser movilizadas para llegar a una comprensión de las distintas pluralidades normativas que operan en la sociedad. Respecto a la interdisciplinariedad, no solo se justifica la enseñanza del derecho comparado por su nexa sustantivo con la misma, sino también —en nuestro contexto académico— por la relativa importancia programática y discursiva que ha tomado la interdisciplinariedad en la enseñanza en la Facultad de Derecho de la PUCP. En fin, más allá de las razones epistemológicas, críticas y programáticas que justifican la enseñanza del derecho comparado, hay elementos éticos que han de fundamentar su presencia en un plan de estudios. En efecto, el derecho comparado en sí ofrece un sentido de la ética que apunta hacia la auto-reflexión ante nuestros propios sesgos normativos, culturales e ideológicos, y también hacia una apertura y reconocimiento de la validez de los órdenes normativos que son ajenos a los nuestros. Además de ello, mostraré que el vínculo que existe entre derecho comparado, interdisciplinariedad y pluralismo jurídico refuerza este sentido de la ética que justifica la enseñanza del derecho comparado con un enfoque que se aleja de los cauces de la ortodoxia positivista. La honestidad intelectual me lleva a admitir de plano que en la base de mis cuestionamientos hay un sesgo normativo y programático favorable al pluralismo jurídico y a la interdisciplinariedad que no son ajenos a mis compromisos con el realismo jurídico². Asimismo, asumo que son bienes valiosos para la enseñanza del derecho.

En primer lugar (sección 2), haré un breve análisis crítico del primer *syllabus* común de derecho comparado que es parte de la nueva malla curricular de derecho de la PUCP establecida a partir del año 2015. Apuntaré hacia algunos límites relacionados, entre otros, a los rasgos formalistas de dicho *syllabus* y discutiré los más recientes cambios que se llevaron a cabo el año pasado (2017) en el marco de un encuentro entre los profesores de derecho comparado de la PUCP en P'isaq, Cusco. En este encuentro se pudieron observar distintas maneras de entender el derecho comparado por parte de los docentes del curso. Ello me llevará a observar en qué medida existen discrepancias fundamentales entre los comparatistas respecto a las funciones que se le atribuyen al derecho comparado.

1 No se puede afirmar que la *enseñanza* del curso es exclusivamente formalista, pues integra perspectivas históricas, las cuales fueron adoptadas por algunos colegas de la Facultad. A pesar de ello, se observará que la versión inicial del *syllabus* común planteaba un concepto predominantemente formalista del derecho.

2 Véase, por ejemplo: Llewellyn (1931), Wendell Holmes (1897), Frank (1948) y Singer (1988).

A la luz de ello, en segundo lugar (sección 3) abordaré algunos puntos contenciosos dentro de la disciplina que se manifiestan tanto en el carácter ecléctico de la disciplina como en la dominancia de la ortodoxia. Abordaré (sección 3.1) la pluralidad de funciones que se le puede otorgar al derecho comparado, (sección 3.2) las limitaciones que imponen una perspectiva ortodoxa del derecho comparado y (sección 3.3) cómo se puede reflexionar sobre el derecho comparado sin que el estado sea su enfoque central. A lo largo de esta sección trataré de demostrar en qué medida una perspectiva ortodoxa del derecho comparado implica ignorar una gran variedad de realidades normativas que sí son tomadas en cuenta por el pluralismo jurídico y la interdisciplinariedad. En tercer lugar (sección 4), apuntaré hacia elementos de reflexión crítica que pueden servir para (re)pensar la enseñanza del derecho comparado en nuestro contexto. Asimismo, abordaré brevemente (sección 4.1) la realidad normativa plural del Perú y cómo el reconocimiento del pluralismo jurídico implica un necesario apartamiento de los cauces del formalismo jurídico. También me referiré a cómo una intelección interdisciplinaria está intrínsecamente relacionada con un entendimiento pluralista del derecho. Además de ello, ofreceré (sección 4.2) un corto análisis crítico de la evolución del espacio otorgado a la interdisciplinariedad en el plan de estudios de la Facultad de Derecho de la PUCP en las últimas décadas con particular énfasis en la reforma del año 2015. A partir de ello, me enfocaré brevemente en cómo la presencia del nuevo curso de derecho comparado en nuestra nueva malla curricular se puede interpretar a la luz de fundamentos programáticos ya establecidos desde las reformas de la década de 1970. Me referiré más específicamente a la idea de ofrecer un mejor conocimiento de la realidad para adecuar la enseñanza del derecho y el derecho mismo a la realidad tanto fáctica como normativa de nuestro ordenamiento jurídico. Mostraré cómo esta misma intención programática establece un vínculo fundamental entre la enseñanza del derecho comparado y la interdisciplinariedad.

En cuarto lugar (sección 5), ofreceré reflexiones sobre los fundamentos ontológicos, epistemológicos y éticos alternativos a la ortodoxia. Partiré de los nexos establecidos entre enseñanza del derecho comparado e interdisciplinariedad, y argumentaré (sección 5.1) que el pluralismo jurídico también se aproxima ontológica y epistemológicamente a estas perspectivas, pues todas se enfocan en realidades que operan en espacios de «ambigüedad» y ven las interacciones que ocurren en estos espacios como procesos por excelencia de generación de conocimientos críticos. A la luz de estas conclusiones respecto a los nexos ontológicos y epistemológicos que existen entre derecho comparado, interdisciplinariedad y pluralismo jurídico, identificaré (sección 5.2) el substrato ético que une estas tres perspectivas. Argumentaré que una noción ética compartida refiere a una voluntad común de comprensión de lo ajeno. También determino que la enseñanza del derecho comparado, la interdisciplinariedad y el pluralismo jurídico pueden impactar sobre la legitimidad del derecho oficial pues tienen el potencial de arrojar luz sobre la medida en la cual las normatividades no dominantes son representadas en el orden normativo propuesto por las tradiciones jurídicas dominantes en un contexto específico.

En quinto lugar (sección 6), presentaré algunas propuestas susceptibles de contribuir al surgimiento de un sentido de la ética que propongo mediante: (sección 6.1) la enseñanza del derecho comparado en una perspectiva horizontal, (sección 6.2) ejercicios de relativización del enfoque estado-céntrico con referencia al pluralismo jurídico supranacional y (sección 6.3) ejercicios de traducción jurídica. Por último, concluiré este capítulo con algunas reflexiones finales.

2. Ortodoxia del primer *syllabus* común de derecho comparado de la Facultad de Derecho de la PUCP (2015): ¿un *syllabus* para varios derechos comparados?

Como ya he mencionado, la primera versión del *syllabus* común que servía de base para enseñar el curso de derecho comparado de la nueva malla curricular de la PUCP (cuyo título formal es Sistema Romano Germánico y Derecho Anglosajón) apuntaba hacia un concepto mayormente formalista del derecho, pues se refería a los «sistemas» romano-germánico y de *common law* en relación con el derecho formal peruano y con las instituciones jurídicas formales (Facultad de Derecho de la PUCP, 2015). Mientras el nombre del curso pareciera hacer la distinción entre el derecho romano-germánico como sistema y el *common law* como un «derecho», la sumilla plantea más bien, y no sin ambigüedades, que los dos elementos que constituyen la denominación del curso son «sistemas»³ (Facultad de Derecho de la PUCP, 2015). En fin, también los autores del *syllabus* común reforzaron el enfoque positivista en torno a las instituciones de derecho privado⁴, con particular énfasis en el *civil law*: «[el curso] pretende que el estudiante comprenda y analice las bases de las principales instituciones del derecho civil vigente [...] se analizan instituciones del derecho civil patrimonial que contribuyen a comprender el origen y evolución de ambos sistemas jurídicos» (Facultad de Derecho de la PUCP, 2015).

El fragmento citado revelaría que la redacción del *syllabus* fue hecha, por lo menos parcialmente, por colegas con claras influencias civilistas que vieron en el curso no tanto una oportunidad de conocer otra tradición jurídica en sus propios términos, sino más bien intentaron entender lo foráneo a partir de sus propias categorías conceptuales.

Por ejemplo, se pretende entender las «instituciones del derecho civil patrimonial que contribuyen a comprender el origen y evolución de ambos sistemas jurídicos» (Facultad de Derecho de la PUCP, 2015). Si bien es históricamente acertado afirmar que varias instituciones del derecho privado del *common law* encuentran sus raíces en el derecho romano, establecer de plano un marco interpretativo civilista para el entendimiento del *common law* manifiesta un claro sesgo civilista⁵. Vale recalcar que la creación de este nuevo curso se corresponde a la desaparición del curso de la malla precedente del 2001, cuyo título era «Bases romanistas del derecho civil», por lo cual es probable que ante la novedad que planteaba el nuevo curso, se haya buscado establecer alguna continuidad entre este y el de romanística que se impartió hasta el 2014. En fin, también pareciera, y eso es un yerro en el cual la mayoría de los cursos de derecho comparado incurrirán, que el *syllabus* común del 2015 postula implícitamente la sinonimia de la dicotomía *civil law*/*common*

3 Al respecto, si bien se puede afirmar que el *civil law* tiene una pretensión sistemática y de exhaustividad que tal vez no se ha encontrado originalmente en el *common law*, afirmar sin ambages que el *common law* no tiene pretensiones sistemáticas manifiesta, a lo mejor, poca prudencia, y a lo peor, una ignorancia de la racionalidad sistemática que se puede encontrar en esta tradición jurídica. La corriente formalista de la ortodoxia clásica ha tenido una fuerte influencia en la enseñanza y el entendimiento del *common law* desde finales del siglo XIX. En esta corriente se ve en el *common law* una suerte de sistema que sigue un derrotero destinado a evolucionar hacia la consecución de un entendimiento perfecto de los principios generales que subyacen el *common law*; como si esta tradición jurídica fuera destinada a alcanzar una suerte de pureza. Véase: Grey (1983) y Gordon (1984).

4 Para un argumento que establece la poca importancia dada al derecho público comparado, véase: Harding (2000).

5 Véase: Smith (2008).

law con el derecho comparado (Reimann, 2002, pp. 677-685; Valcke, 2004). Si bien no hay mención explícita al derecho comparado, la perspectiva comparada adoptada en el *syllabus* menciona únicamente las dos grandes tradiciones «occidentales» (Facultad de Derecho de la PUCP, 2015).

Se entiende que en un curso de un ciclo no se puede pretender estudiar a menudo detalle una multiplicidad de tradiciones jurídicas. A pesar de ello, hay algo que no deja de desconcertar, pues el *syllabus* común del curso de derecho comparado no solo pareciera plantear la sinonimia entre estudio del *common law* y del *civil law* con el derecho comparado, sino también dirige sus esfuerzos comparativos únicamente a las instituciones formales de derecho peruano⁶ en un contexto nacional notoriamente marcado por el pluralismo jurídico. No solo el *syllabus* común manifestaba un sesgo civilista, sino también eurocéntrico⁷, al establecer o repetir una suerte de jerarquía relegando implícitamente a lo no jurídico todo lo que no fuera importado de Europa. Ello implica no solo problemas en cuanto a las limitaciones epistemológicas y ontológicas que trae consigo semejante concepto del derecho comparado, sino también un problema ético pues se está marginalizando aún más las fuentes de varios órdenes normativos vigentes en el Perú que no son de origen europeo. Ello nos lleva a reflexionar críticamente sobre el concepto de derecho que subyace a la idea de derecho comparado que se planteaba en el *syllabus* del 2015.

En febrero del año 2017, la Facultad de Derecho, en colaboración con el Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ), organizó un taller de derecho comparado en P'isaq cuyo objetivo era culminar con la producción de un nuevo *syllabus* común. En ese entonces, debatimos con los colegas de la PUCP y del extranjero, entre otras cosas, la pertinencia de cambiar el título del curso para más bien reemplazarlo por uno que mencionara el derecho comparado. En ese proceso se manifestó claramente nuestro sesgo eurocéntrico⁸, pues varios postulaban explícita o implícitamente la adecuación entre derecho comparado y la dicotomía del *civil law* y *common law*.

Lo que está en juego en semejante postulado es de suma importancia en un contexto como el peruano. ¿Puede el derecho comparado tratar de normatividades diferentes a las estatales y/o eurocéntricas en un contexto de pluralismo jurídico? En otras palabras, ¿puede el derecho comparado facilitar el entendimiento de las realidades normativas/internormativas (Belley, 1996) que existen entre el derecho oficial y los sistemas de justicia indígena, campesina, «informales» u otros del Perú? ¿Puede el derecho comparado ayudarnos a entender, de manera más general, el funcionamiento y los fundamentos de dichos ordenamientos? ¿O se limita la pluralidad normativa al ámbito de competencia de la antropología jurídica o a otras ciencias sociales⁹?

6 Por ejemplo, dos de los cinco resultados de aprendizaje apuntaban a lo siguiente:

2.2. Identifica la influencia del Sistema Romano Germánico en el Derecho en general, y sobre el Derecho peruano, en particular. [...]

2.4. Identifica la influencia del Sistema Anglosajón en el Derecho en general, y sobre el Derecho peruano, en particular. (Facultad de Derecho de la PUCP, 2015)

7 Para evitar las comparaciones y jerarquías implícitas que supone el uso de «occidental» y «no occidental», se adoptará en la medida de lo posible la expresión «eurocéntrico». Para un ejemplo del uso de dicha expresión, véase, por ejemplo: López-Medina (2015).

8 Además, esta posición ignora el hecho de que no existe una cultura occidental (Dedek, 2014).

9 En varias ocasiones, algunos colegas me han comentado sus dudas respecto a la pertinencia o legitimidad de

Como ya el lector habrá entendido, se asume un concepto no formalista y no estado-céntrico del derecho en este capítulo, por lo cual nuestras respuestas apuntarían hacia el reconocimiento de objetos de estudio macrocomparativos y microcomparativos no importados de Europa en el derecho comparado. Pero más allá de sus implícitas intenciones retóricas, las preguntas planteadas proponen concientizar sobre las consecuencias epistemológicas, ontológicas y éticas de un enfoque estado-céntrico del derecho comparado que se circunscribe al estudio del *civil law* y *common law* como únicos objetos macrocomparativos de estudio¹⁰. El gran problema de aquella posición es que conlleva una obliteración de las realidades normativas que marcan nuestra sociedad y su marginalización como realidades no jurídicas. En efecto, las perspectivas ortodoxas ubican el derecho «occidental» en la cúspide de una «escala normativa implícita» ante la cual identificamos lo que los discursos dominantes suprimen y marginalizan (Frankenberg, 1985, pp. 422 y 454). Es más, en varios casos la reificación de esta dicotomía nos lleva a ignorar la misma diversidad que marca cada tradición en la forma de corrientes minoritarias o mayoritarias (Frankenberg, 1985). En fin, no solo hay varios *civil laws* o *common laws* (Glenn, 2005), también hay varios conceptos del derecho comparado (Zweigert y Kötz, 1998, p. 41; Graziadei, 2003, p. 101; Resta, 2017).

Regresando a «nuestro» *syllabus*, si bien se propusieron cambios sustantivos en la sumilla del curso, mientras se escribían estas líneas estos aún no habían sido oficialmente adoptados por la institución, pero sí se puede observar en su nueva versión la desaparición de toda mención de corte civilista, lo que tiene la virtud de presentar el derecho comparado como una disciplina cuya práctica no está supeditada a los intereses de una tradición jurídica específica. También he de recalcar que el nuevo *syllabus*, en sus secciones de «Resultados de Aprendizaje» y de «Contenidos» (que se modificaron después de las discusiones que tuvimos en P'isa) se reforzó el enfoque histórico del curso¹¹ y también se decidió poner de lado el vocablo «sistema» para referirse a los objetos de macrocomparación para favorecer el concepto de «tradición jurídica» que tiene la virtud de entender la realidad que pretende abarcar como información transmitida de manera dinámica contrariamente a los conceptos de familia y sistema que son inherentemente estáticos (Glenn, 2006, p. 423). Y, en fin, también se integraron elementos de derecho público¹². Si bien les parecieran modestos a algunos observadores externos, estos logros son importantes en nuestro contexto, pues significaron un distanciamiento ante una perspectiva formalista centrada en «nuestra» tradición jurídica.

pretender que este tipo de normatividad pueda ser objeto de estudio en el derecho comparado, pues al parecer el tema se encontraría más relacionado con la antropología jurídica. Semejante pensamiento no es sorprendente; lo que es sorprendente es que algunos colegas antropólogos del derecho compartan esas reticencias. Por otro lado, recuerdo las conversaciones mantenidas con Armando Guevara y Michele Graziadei en las cuales defendían la idea, con la cual concuro, de que la antropología del derecho y el derecho comparado son «primos hermanos». Para los nexos entre derecho comparado y antropología, véase: Rosen (2012).

- 10 Por supuesto, también se pasa por alto la existencia de grandes tradiciones jurídicas como la talmúdica, la islámica, la hindú, etc.
- 11 Al respecto, la presencia de René Ortiz y de Armando Guevara en esas conversaciones ha sido determinante para que se gese este resultado.
- 12 Si bien estos contenidos constituyen la menor parte del curso, ello ha marcado un cambio importante, pues tradicionalmente los cursos de derecho comparado tienen la tendencia de enfocarse exclusivamente en categorías de derecho privado. Este cambio se debe a la propuesta de nuestro colega Heber Joel Campos Bernal quien es, entre otros, un constitucionalista y teórico del derecho.

Va de suyo que un *syllabus* común no impone de manera estricta contenidos muy específicos y deja espacio para la libertad de cátedra del profesor. Por lo tanto, no se pretendía que los profesores del curso sigan el contenido del *syllabus* común del año 2015 con una rigurosidad sesgada. En efecto, se puede apreciar distintas maneras de dictar el curso: ya que sea con un énfasis histórico, teórico, filosófico, dogmático, con o sin estudios de caso, etc. En todo caso, resulta interesante observar el concepto de derecho que adoptaban quienes desarrollaron el primer *syllabus* y más particularmente las funciones que le atribuían al derecho comparado. La articulación que proponía el primer *syllabus* entre derecho comparado e instituciones del derecho peruano apuntaba hacia un concepto mayormente instrumentalista del derecho comparado.

Si bien el mejor entendimiento y el enriquecimiento del derecho nacional son funciones valiosas e importantes del derecho comparado, ello no agota las potencialidades que ofrece la disciplina. Para establecer la diversidad de funciones que se le pueden dar al derecho comparado, enseguida se discutirán algunos debates críticos que tienen lugar dentro de la disciplina y que desafían las posturas ortodoxas reflejadas en la primera versión del *syllabus* común de nuestro curso de derecho comparado.

3. Superar la ortodoxia

3.1. Tensiones dentro de un derecho comparado eclético.

La confianza férrea en el progreso de los comparatistas del congreso de París de 1900, la cual los llevó incluso a pretender una «*droit commun de l'humanité*», se desvaneció con las guerras mundiales. Sin embargo, ello no significó que los estudiosos del derecho comparado desearían completamente sus ambiciones más idealistas (Zweigert y Kötz, 1998, pp. 2-5)¹³. A pesar de que semejantes discursos idealizados sean hoy en día poco corrientes, no se puede olvidar que el derecho comparado emergió como un deseo de unidad perdido ante el resquebrajamiento del *jus commune* que generaron las codificaciones del siglo XIX (David y Jauffret-Spinosi, 2017, p. 2). Si suponemos que ya no existen discursos dominantes que exaltan el derecho comparado como los de 1900, eso no significa que los comparatistas hayan renunciado a funciones ambiciosas¹⁴. Por otro lado, sus objetivos epistemológicos (la búsqueda de verdades) siguen vigentes, pero también se justifica la relevancia de la disciplina pues esta permite llegar a un conocimiento más amplio de distintas culturas y sociedades. Por lo tanto, enriquece las reformas jurídicas, y permite identificar los sesgos a nivel del derecho nacional y, en consecuencia, genera un mejor entendimiento crítico de nuestros propios sistemas jurídicos (Zweigert y Kötz, 1998, pp. 13-31).

David y Jauffret-Spinosi sugieren que las funciones del derecho comparado son guiar a los juristas respecto al papel y al significado del derecho, tomando en cuenta las experiencias de todas las naciones; organizar la sociedad internacional apuntando hacia los puntos de acuerdo y proponiendo técnicas para regular las relaciones internacionales; y, en fin, ser una

13 Queremos resaltar que la idea de la unificación del derecho no nace con el congreso de 1900. Para tener una idea general de la historia del deseo de unificación, véase: De Cruz (1999, pp. 23-24).

14 Véase, por ejemplo: Glenn (2007), quien ve en el derecho comparado una manera de asegurar relaciones pacíficas entre los pueblos (p. 93), y Roberts (2007), quien plantea que, en el contexto de la justicia penal internacional, el derecho comparado puede servir para demostrar que algo se puede realizar respecto a los crímenes más graves tales como el genocidio y los crímenes de lesa humanidad (p. 346).

herramienta que apoya a los juristas del mundo para mejorar sus derechos nacionales (David y Jauffret-Spinosi, 2017, p. 11).

En su obra presentada como un contrapunto de los distintos conceptos que hay del derecho comparado, Örücü plantea dos posiciones opuestas respecto a las funciones del derecho comparado. En primer lugar, ubica una visión académica del derecho comparado que ve en él una función principalmente científica de penetración del conocimiento jurídico. Asimismo, la comparación busca el conocimiento jurídico mediante la yuxtaposición de lo desconocido con lo conocido, lo que lleva a identificar contrastes y a aproximarse a un conocimiento más abstracto. Se ha de puntualizar que, en este concepto del derecho comparado, el objeto de conocimiento no se limita a la misma norma, sino que abarca también el derecho en su contexto y el derecho como cultura («*law in context*» y «*law as culture*») (Örücü, 2004, pp. 9-11)¹⁵.

Según Örücü, también se puede identificar una posición más utilitaria, es decir, una perspectiva en virtud de la cual se comparan los derechos de distintas jurisdicciones para resaltar sus diferencias y semejanzas para fines legales específicos (como fines judiciales o de reformas legislativas) y no para apuntar hacia algún conocimiento abstracto. Es así que el derecho comparado en sí no existiría. Se ha debatido el uso del término «derecho comparado» por ser engañoso, pues no existe un área del derecho que trate del «derecho comparado» de la misma manera que existe el derecho tributario, penal, de familia, de obligaciones, etc. Es por ello que para evitar esta ambigüedad y para reflejar la amplitud del objeto de estudio del derecho comparado, algunos prefieren referir a un «estudio comparado del derecho» o más bien a «estudios comparados del derecho» y se dice que sería más preciso hablar de un «derecho de bienes comparado» o «derecho procesal comparado» pues, fuera de alguna rama del derecho positivo, el derecho comparado no tendría objeto de estudio (Örücü, 2004, pp. 9-11).

Es así que se puede observar la existencia de varias tensiones respecto a la función que se le debe dar al derecho comparado. De hecho, es probable que entre las dos visiones que Örücü opone para fines didácticos haya una panoplia de maneras de hacer derecho comparado y de maneras de entender el trabajo de los comparatistas. Se trata claramente de una disciplina que no tiene un programa unificado. Al respecto, Robert Leckey (2017) afirma que las actividades de los abogados y académicos comparatistas, así como sus conceptualizaciones respecto a las mismas se pueden repartir en trece categorías (p. 16). Por razones de economía, no se presentarán los detalles de este trabajo taxonómico, pero sí vale recalcar dicho eclecticismo, pues la disciplina no es exclusivamente entendida como la mayoría de los juristas conceptualizan el derecho: en términos formalistas, estado-céntricos, profesionalizantes y utilitarios.

3.2. La persistente ortodoxia del derecho comparado: limitaciones y miserias descriptivas.

Los debates respecto a la función, el objeto y lo que significa el vocablo «derecho comparado» son controversias que marcan el estudio del mismo desde hace varias décadas. La reciente historia del derecho comparado manifiesta una autoconciencia disciplinaria de los comparatistas que se evidencia a la luz de cambios epistémicos que estos mismos han operado. Más precisamente, se ha operado un giro de énfasis en el proceso y método del derecho comparado hacia

¹⁵ Tanto las ideas planteadas en este párrafo como las presentadas en el siguiente provienen de Örücü (2004).

un enfoque en la substancia y el objetivo del mismo. Pero a pesar de esos giros, este mismo desarrollo del derecho comparado que se llevó a cabo después de la Segunda Guerra Mundial dejó que el derecho comparado persistiera en una forma de ortodoxia que, entre otros, postula categorías (sistemas, tradiciones y familias) como las unidades ontológicas de la disciplina, y que enfoca el estudio comparado hacia lo explícito, lo formal y lo momentáneo (Macdonald y Glover, 2013, pp. 139-140)¹⁶.

En otras palabras, esta ortodoxia en el derecho comparado postula que los artefactos en los cuales se interesa (normas, sistemas y jurisdicciones) están íntimamente relacionados con el estado moderno y sus instituciones. Se entiende el derecho como un ente abstracto y autónomo que se identifica por la naturaleza de sus fuentes y no por sus objetivos o los resultados que produce. Asimismo, el estudio del derecho comparado se limita en muchos casos al estudio de instituciones que existen de manera paralela al mismo espacio temporal, pero no se estudian los procesos que generan la situación actual de dichas instituciones. Los autores que argumentan a favor de un concepto del derecho comparado no ortodoxo, cuyo enfoque no se limitaría al derecho estatal, sustentan su posición en la realidad normativa plural que caracteriza el derecho de todo sistema jurídico (Macdonald y Glover, 2013, pp. 139-140).

3.3. Liberar el derecho comparado: ¿hacia un derecho comparado sin estado?

Como si ello no fuera suficiente, también hemos de considerar que un concepto del derecho (y por extensión del derecho comparado) que se enfoca exclusivamente en el derecho estatal como fuente única del derecho niega una realidad que es cada vez más evidente: todo sistema de derecho se estructura alrededor de fuentes plurales cuyos orígenes no se ubican en un único espacio territorial. Por ejemplo, el derecho civil peruano está constituido por fuentes de origen muy variado como el código civil francés, italiano, alemán y portugués, entre otros. Sería interesante ver en qué medida estas mismas fuentes tienen, a su vez, orígenes muy plurales; ello nos llevaría a observar un entramado normativo cuya intelección es imposible sin un entendimiento pluralista y no estado-céntrico del derecho. No existen sistemas puros; todos «sufren» de algún nivel de «contaminación» (Monateri, 2003). Además, tampoco se puede negar que el derecho comparado, concebido en términos ortodoxos, carece de conceptos para comprender el derecho transnacionalizado que de alguna medida le hace un «*by-pass*» al estado (Twining, 2007), sin hablar de los procesos de supranacionalización del derecho. Es así que el enfoque del derecho comparado ya no puede ser el de estado nación, ni tampoco las reglas generadas por el mismo (Leckey, 2017, p. 16).

Ante estos implacables retos, varios juristas han buscado pensar el derecho sin el estado. Sally Engle Merry habla de la idea de un derecho sin estado (*stateless law*) que refiere a formas de derecho en las cuales el contexto social es tan importante como el texto. Es relevante tomar en cuenta el impacto de la sociedad sobre el derecho, lo que implica incertidumbre y falta de predictibilidad del análisis jurídico, pero ello también ofrece un entendimiento más preciso de cómo el derecho opera en la sociedad (Engle Merry, 2015, pp. 3-5). Engle Merry menciona que el derecho sin estado interactúa con el derecho del estado. Es más, la manera en la cual opera el derecho del estado depende de su interacción con el derecho sin estado (Engle Merry,

16 Tanto las ideas planteadas en este párrafo como las expresadas en el siguiente provienen de Macdonald y Glover (2013).

1988, pp. 880-886). Es así que es necesario el estudio de ese derecho para entender el derecho del estado. (Engle Merry, 2015, pp. 3-5).

Repensar el paradigma estado-céntrico del derecho causa inseguridad dentro de la disciplina, pues lleva a repensar las fronteras y la identidad ya inestables del derecho como disciplina. Helge Dedek recuerda cómo históricamente la formación de las disciplinas que se llevó a cabo a principios del siglo XIX, presionó la disciplina jurídica para que defina claramente su objeto de estudio. Es así que, por la necesidad de demostrar la científicidad de la disciplina académica jurídica ante las instituciones de un estado regulatorio y una comunidad jurídica que se profesionalizaba gradualmente, se distinguió el derecho de las otras disciplinas y se abandonó el estudio del derecho natural para enfocarse exclusivamente en el derecho positivo del estado nación. (Dedek, 2015, pp. 9-10). En el contexto de la erosión del concepto de estado nación ante la globalización del derecho, uno puede dudar respecto al aferro que aún varios juristas tienen ante el paradigma exclusivamente positivista del derecho. Un gran problema es que, si cae este paradigma, las (artificiales) fronteras disciplinarias del derecho se esfumarán y llevarán consigo las certidumbres que tienen los juristas respecto al objeto de estudio del derecho (Dedek, 2015, p. 21).

4. (Re)pensar la enseñanza del derecho comparado en nuestro contexto

4.1. La pluralidad normativa como justificación de un concepto no ortodoxo del derecho comparado.

El contexto peruano evidencia un fuerte pluralismo jurídico en el cual el estado es una fuente, entre otras, de normatividad. Si bien se tiende a reducir las causas de pluralidad jurídica a la existencia de la fuerte pluralidad cultural del país, esta visión limitante soslaya varias realidades estructurales que configuran la pluralidad legal del Perú (Guevara Gil, 2009, p. 63). En efecto, la multiculturalidad, y las realidades normativas indígenas, amazónicas y campesinas del Perú no agotan el aspecto plural del derecho peruano. Asimismo, es difícil entender el pluralismo jurídico en el Perú sin, por ejemplo, entender el fracaso de las promesas republicanas y liberales de un estado nación social, cultural y políticamente articulado, o sin tener en mente que la reacción del estado ante la pluralidad normativa ha sido en general de obliterarla o negarla. Por último, tampoco se puede desconocer la diversidad de realidades no culturales que existen en el territorio nacional (Guevara Gil, 2009, pp. 65-70). Si bien no se puede negar que en algunas ocasiones el estado y su derecho han reconocido la validez y legitimidad de normatividades no estatales, como por ejemplo se hizo con la Constitución del año 1993 (Ardito, 2013), en muchos casos dicho reconocimiento se ha hecho con un espíritu centralizador que niega la pluralidad jurídica, pues al ponerla bajo la égida del estado, adultera su identidad y autonomía (Engle Merry, 1988, p. 879).

Más allá de la pluralidad normativa relacionada al pluralismo cultural (como hecho), hay una variedad de situaciones o espacios en los cuales rigen más de un conjunto de normas, por ejemplo en todos los denominados espacios de «informalidad», donde no llega el alcance normativo del estado (Gutiérrez de Piñeres, 2009). De hecho, dentro del mismo estado hay una realidad de pluralismo jurídico «intraestatal» que juega un papel, en varios casos, mucho más importante que las mismas normas formales (López Cuéllar, 2015).

El contexto normativo peruano —que en realidad no es tan diferente de las otras realidades en cuanto a su pluralidad normativa¹⁷— apunta hacia la justificación de un estudio del derecho comparado que lleve a una intelección pluralista del derecho por oposición a un concepto formalista, el cual se enfoca únicamente en la normatividad positiva del estado. Es así que el pluralismo jurídico que existe en toda sociedad —y de manera más notoria en las sociedades marcadas por formas actuales y pasadas de colonialismo— justifica el estudio y la enseñanza del derecho comparado. El derecho comparado es una disciplina que estudia el punto de encuentro entre normas de fuentes distintas; y el pluralismo jurídico, como hecho, refiere justamente a la existencia de varios órdenes de normatividad en el mismo espacio (Griffiths, 1986, p. 38). Para estudiar estas realidades plurales, no se puede adoptar un concepto formalista del derecho comparado. De la misma manera, un concepto del derecho comparado que pretende fundamentarse en la dicotomía *civil law/common law*, así como se ha pretendido realizar en nuestra facultad como en varias otras, se limitaría al entendimiento de realidades normativas plurales exclusivamente limitadas a las interacciones entre derechos importados de Europa.

Hay una creciente conciencia que se ha desarrollado en torno a la hibridez del derecho que apunta no solo hacia la necesidad de una reconsideración radical del positivismo legal que domina la profesión, sino también hacia la necesidad de una perspectiva interdisciplinaria (Donlan, 2015, p. 187). El derecho, como disciplina, se enfoca en el valor central de la autoridad institucional (Samuel, 2009, pp. 436-437; Collier, 1991, p. 271; Saucier Calderón, 2015, p. 409), y, por supuesto, dicha autoridad es, en general, la del estado. Pero este enfoque opera como un corte epistemológico y ontológico que no corresponde a la realidad, pues se pretende regular en muchos casos realidades sociales con conceptos ajenos a las mismas.

Si es cierto que en otras disciplinas de las humanidades y las ciencias sociales, por ejemplo, se puede observar una valoración más aguda de la racionalidad como fuente de veracidad de una propuesta o un axioma, es posible que la integración de otras disciplinas en el estudio del derecho constituya un aporte liberador ante un estudio enfocado en la afirmación de un orden formal único y coherente en torno a la normatividad estatal. Si bien no se pretende que las otras disciplinas sean libres de sesgos ideológicos, se podría afirmar que en muchos casos la fetichización de la autoridad institucional es algo que se encuentra de manera menos marcada en las otras disciplinas, salvo, tal vez, en la teología, que en ello se parece mucho al derecho (Samuel, 2009, pp. 436-437). He de admitir que se podría oponer a este argumento el que «las ciencias sociales [...] también son tributarias de ese mito que asigna un carácter exclusivamente estatal a la normatividad socialmente vigente» (Guevara Gil, 2009, pp. 65-70), pero pareciera que este postulado no tiene la misma centralidad en estas ciencias (salvo, tal vez, las ciencias políticas) como sí lo tiene en la disciplina jurídica. En fin, no se pretende que el mero hecho de integrar otras disciplinas al estudio del derecho constituya una garantía contra el formalismo, pero sí, la interdisciplinarietà puede favorecer el estudio comparado del derecho pues, como este, su enfoque se encuentra en los puntos de contacto que existen entre distintas formas de conocimiento sobre un mismo objeto.

17 Lo único que la distingue de las otras realidades es la notoria pluralidad que tiene. Véase: Jutras (2001, pp. 47-51).

4.2. Reformas curriculares, interdisciplinariedad y derecho comparado en la Facultad de Derecho de la PUCP.

Aparte de sus virtudes epistemológicas, vale recalcar la relativa importancia programática que revierte la interdisciplinariedad en la malla curricular de Derecho de la PUCP. Es sabido que las reformas curriculares que se llevaron a cabo en la década de 1970 en la PUCP han significado un intento de ofrecer una enseñanza del derecho que concibe el mismo como un «fenómeno social y eficaz instrumento de transformación jurídica social y desarrollo» (Ramos Núñez, 2009, p. 141). En un artículo publicado por tres reformadores de la época —incluyendo al decano Jorge Avendaño— se plantea que:

[...] se han incorporado al currículum cursos que no pertenecen al área jurídica pero que se consideran esenciales para comprender el fenómeno jurídico en relación con los demás aspectos de la praxis social. Así, existen cursos de Economía (obligatorio), Instituciones Financieras, Desarrollo Económico, Derecho y Desarrollo Urbano, Contabilidad, etc. (De Trazegnies Granda, Avendaño y Zolezzi, 1971, p. 139).

También se ha de mencionar que dicha reforma del plan de estudios incluía un curso obligatorio de Introducción a la Sociología del Derecho y de Filosofía del Derecho (respectivamente en el segundo y tercer ciclo) (Zolezzi, 2017, pp. 68-69). La reforma siguiente del año 1993 trajo consigo un nuevo curso obligatorio de una disciplina no jurídica: Contabilidad, además del curso de Economía (que ya era dictado desde la reforma de la década de 1970), respectivamente dictados en el tercer y quinto ciclo. La malla curricular del año 1993 también incluía tres cursos con pretensiones interdisciplinarias: Sociología del Derecho (cuarto ciclo), y Filosofía del Derecho (sexto ciclo) que ya se encontraban en la malla precedente, pero el curso de Teología y Derecho (quinto ciclo) fue introducido en el nuevo plan de estudios.

No se han encontrado documentos que planteen la intención explícita de ofrecer una formación interdisciplinaria en las reformas de la década de 1970, el año 1993, o el año 2001, pero en la más reciente (2015) se sugiere explícitamente la necesidad de una formación interdisciplinaria¹⁸:

[...] las diversas innovaciones en educación legal a nivel mundial que inciden, sobre todo, en el enfoque interdisciplinario y multidisciplinario, determinaron la necesidad de revisar y modificar sustancialmente el plan de estudios vigente en nuestra Facultad desde hace más de dos décadas. (Facultad de Derecho de la PUCP, 2014a)

El elemento de justificación de la reforma del año 2015 que se ha citado pareciera apuntar más hacia la necesidad de ponerse al día en las tendencias mundiales en cuanto a la enseñanza

18 En el caso de la reforma del plan de estudios, vale recalcar que su justificación ostenta más bien un enfoque «interdisciplinario y multidisciplinario» (Facultad de Derecho de la PUCP, 2014a). Así, de forma interesante, en el documento «Competencias, criterios y resultados de aprendizaje» también se hace referencia al concepto de transdisciplinariedad (Facultad de Derecho de la PUCP, 2014b). Si bien reconozco que existe abundante literatura sobre las distinciones entre aquellos conceptos, para los fines de este capítulo se entiende la interdisciplinariedad de manera amplia, como una perspectiva académica en virtud de la cual se enseña el derecho integrando más de una disciplina. Para una discusión más detallada sobre las distinciones que existen entre dichos conceptos, véase: Manderson (2000).

del derecho, que plantear la interdisciplinariedad como un elemento con valor intrínseco para la enseñanza del derecho y la generación de conocimientos en nuestra disciplina¹⁹.

En cuanto al nuevo curso obligatorio de derecho comparado que se introdujo en el año 2015, este pareciera justificarse por lo menos parcialmente por «la globalización, especialmente, la incorporación del Perú al sistema internacional en áreas como la liberalización del comercio, la inversión y la protección de los Derechos Humanos» (Facultad de Derecho de la PUCP, 2014a). Además de ello, la justificación de la enseñanza del nuevo curso de derecho comparado se puede articular con otros motivos subyacentes tanto a la reforma de la década de 1970 como a la del año 2015: la necesidad de ofrecer un mejor conocimiento de la realidad para adecuar la enseñanza del derecho y el mismo a la realidad tanto fáctica como normativa²⁰. Y es en la consecución de este objetivo en la que se reúnen la interdisciplinariedad y el derecho comparado. Por ejemplo, para ofrecer un análisis sensible a las diferencias que existen en los espacios geográficos, culturales y temporales donde surgen normas que son objeto de comparación, es menester indagar sobre las peculiaridades sociales, políticas, económicas, lingüísticas, históricas, etc., que configuran las mismas normas en un lugar y espacio dados. Para ello, el aporte de otras disciplinas será una condición necesaria para llevar a cabo una aproximación mínimamente auténtica y honesta frente a la realidad. La sociología, la antropología, la economía, la lingüística, etc., y evidentemente la historia tendrán que ser movilizadas. Respecto a la última, Carlos Ramos Núñez y José Cornejo Lindley afirman en otro capítulo de esta misma publicación que el derecho, como ente multidimensional en permanente transformación, ha de ser historizado, es decir, ha de ser entendido mediante «una “traducción” del lenguaje jurídico del pasado en términos que los interlocutores del presente encuentren inteligibles» (Ramos Núñez y Cornejo Lindley, 2018, p. 60). La analogía de la traducción ofrecida por nuestros colegas sirve también para entender la importancia de la interdisciplinariedad para el derecho comparado. Sin el aporte «traductivo» de las otras disciplinas, la comparabilidad se vuelve ilusoria. En efecto, el aporte de las otras disciplinas nos permite observar dimensiones y texturas que ofrecen matices necesarios para el análisis comparativo, de suerte que tomemos en cuenta el contexto que fundamenta las normas y así ofrecer elementos de comparación más acertados.

La justificación de la integración de un curso obligatorio de derecho comparado pareciera haberse enfocado en las necesidades del mercado legal, de la misma manera que la interdisciplinariedad se integra a la malla curricular del año 2015 con el fin de adecuarse a las innovaciones del mercado de la enseñanza del derecho. A pesar de ello, la misma experiencia pedagógica de la facultad nos permite rescatar un motivo menos mercantil en la integración del derecho comparado en nuestra nueva malla curricular. En efecto, un legado innegable —aunque a

19 Sería incauto afirmar que los reformadores del plan de estudios del año 2015 no tenían un interés intrínseco en la enseñanza interdisciplinaria del derecho; no obstante, lo que sí se puede afirmar es que las justificaciones presentadas en los documentos publicados respecto a la última reforma apuntan más hacia una justificación relacionada con las tendencias del mercado de la enseñanza legal.

20 Ya se observó cómo ello fundamentaba la reforma de la década de 1970. Respecto a la reforma del año 2015, esta búsqueda sobre la adecuación también puede ser observada a la luz de la justificación que la Facultad ofrece respecto a la reforma: «el desafío del surgimiento de nuevos problemas sociales, económicos, culturales y biológicos; la incidencia que tienen esos desafíos en la forma de diseñar e implementar las respuestas jurídicas [...] determinaron la necesidad de revisar y modificar sustancialmente el plan de estudios vigente en nuestra Facultad desde hace más de dos décadas» (Facultad de Derecho de la PUCP, 2015).

veces más discursivo que fáctico— de la reforma de la enseñanza de la década de 1970 resalta la importancia de buscar una adecuación entre la enseñanza del derecho, la normatividad y la realidad. La justificación de la enseñanza del derecho comparado y la de una enseñanza interdisciplinaria convergen en este punto. Asimismo, la interdisciplinariedad es necesaria para entender el mundo sobre el cual pretenden actuar las normas y el derecho comparado, el cual necesita semejante entendimiento multidimensional de la realidad para ejercer su ciencia y, a su vez, contribuir con la generación de conocimientos que enriquezcan nuestro entendimiento sobre el derecho.

5. Liberarse de la ortodoxia: fundamentos ontológicos, epistemológicos y éticos de la enseñanza del derecho comparado

5.1. La ambigüedad como objeto común de estudio: de una epistemología del encuentro a una ética del abandono.

El pluralismo jurídico y el estudio interdisciplinario del derecho se asemejan en su búsqueda común de un entendimiento multidimensional de las realidades normativas o simplemente de realidades de índole no normativa que influyen en la configuración de las normas. El derecho comparado es una herramienta que busca tender puentes conceptuales e históricos entre normas y órdenes normativos distintos. Es así que nuestra disciplina se asemeja al pluralismo jurídico y a la interdisciplinariedad, pues como ellos, busca entender la articulación entre conceptos distintos que se aplican a un mismo objeto de estudio. Asimismo, el pluralismo jurídico busca entender la existencia y la operación de normas distintas en un mismo lugar; la interdisciplinariedad en el derecho busca ofrecer un entendimiento más matizado de una realidad normativa utilizando distintas disciplinas para interpretar o describir una misma realidad; y, en fin, el derecho comparado busca entender el derecho mediante, entre otros, un estudio de cómo distintas fuentes de derecho pueden tratar un mismo problema jurídico, por ejemplo.

Estos tres elementos buscan desvelar las distintas texturas que definen el contexto en el cual se configuran las normas. Estos objetivos ilustrativos se fundamentan no solo en la convicción de que la realidad es multidimensional, sino también en la convicción de que la ambigüedad como objeto de estudio es un espacio de aprendizaje y de generación de conocimientos que corresponde más a la realidad que perspectivas monocromáticas como lo son el positivismo y el formalismo jurídico. Es así que estas tres perspectivas tienen en común su fundamentación en una suerte de «epistemología del encuentro», es decir, que se basan en metodologías dirigidas hacia el descubrimiento de conocimientos en distintos puntos de encuentro entre normas, disciplinas y contextos. En otras palabras, estas tres perspectivas se asemejan tanto ontológicamente como epistemológicamente. Al nivel ontológico, sus objetos de estudio/análisis son realidades que se ubican en espacios «ambiguos» donde realidades y perspectivas distintas entran en contacto. A nivel epistemológico, pretenden generar conocimientos a partir del estudio de los procesos que marcan las interacciones que ocurren en dichos espacios de ambigüedad. Su apuesta común es que en estos puntos de encuentro se puedan identificar verdades más apegadas a la realidad. Pero es probable que detrás de ello haya más que intenciones meramente

descriptivas e interpretativas; también se cree que hay aspectos normativos²¹ que se relacionan con ellos y que enseguida trataremos de explicitar.

5.2. Ética de la enseñanza del derecho comparado y legitimación del derecho.

En su artículo «Legal Education as *Métissage*», Nicholas Kasirer diserta sobre la posibilidad de que los sistemas jurídicos mixtos puedan inspirar un modelo de educación jurídica por su apertura al encuentro que resulta de la inherente diversidad del derecho. Kasirer propone desviarnos del estudio del derecho como exclusivamente conectado al espacio territorial de un sistema jurídico específico, para más bien desarrollar un pensamiento jurídico «nómada». Es así que propone que en lugar de enfocarse en una comprensión formal de las instituciones jurídicas, se resalte el carácter dialógico del conocimiento jurídico para estudiar los intercambios que ocurren entre distintos ordenamientos. En esos puntos de contacto operan cambios e intercambios que «mezclan» el derecho y, por ello, se sugiere hablar de «mestizaje». Ese giro del enfoque se justifica porque limitarse al anclaje territorial de un sistema socava la posibilidad de entender los encuentros entre ordenamientos jurídicos (Kasirer, 2003, pp. 484-497)²².

Kasirer se inspira en la idea de mestizaje o de pensamiento mestizo para sugerir que el estudio del derecho ha de fundamentarse en el contacto, la confrontación y el diálogo entre culturas en vez de enfocarse en el producto que ello genera. La epistemología «mestiza» y del «abandono» que presenta Kasirer plantea una manera de conocer el derecho que evacua modos de clasificación únicos y se opone más particularmente a un sistema lógico que establece categorías que ubican cada entidad en su lugar adecuado (Kasirer, 2003, pp. 490-494). La idea del abandono, en el sentido de salir o de apartarse fuera de sí, no deja sin recordar la idea de una «auto-suspiciencia» respecto a nuestros propios conceptos y, de manera aún más radical, de cómo las teorías que adoptamos tienen un efecto performativo sobre la misma realidad que pretendemos describir o interpretar, por lo cual nuestro conocimiento sufre generalmente de una deformación que refleja los sesgos ideológicos y culturales de las teorías y marcos que adoptamos (Croce y Goldoni, 2015, pp. 2-3).

La necesidad de distanciamiento respecto a sí mismo, y a nuestros sesgos ideológicos y culturales, apunta hacia el aspecto fundamentalmente ético de la propuesta de Kasirer. Hablando del paralelismo que hay entre traducción y el estudio comparado del derecho, recuerda la responsabilidad ética que comparten el traductor y el abogado: los dos han de reconocer las diferencias que distinguen dos tradiciones culturales (Kasirer, 2003, p. 497). Kasirer asocia los sistemas legales mixtos con una ética de la tolerancia y también con un interés académico para las identidades culturales y el pluralismo que han de ser reflejados en la educación jurídica (2003, p. 500). Pero como en realidad todos los sistemas normativos conllevan una forma de mestizaje (Monateri, 2003), se puede argumentar en este sentido que la ética ha de aplicarse más allá de los sistemas formalmente mixtos; pues donde hay normatividad, hay mestizaje. Kasirer precisa que no se trata de mezclar dos entidades puras para generar una impura, sino más bien de buscar el «abandono» de uno mismo mediante la experiencia del encuentro con otra forma cultural. Este mismo abandono participa del aspecto ético del derecho pues fomenta y facilita el reconocimiento del «Otro» (Kasirer, 2003, p. 490).

21 Por «normativo» se entiende, en este contexto, una perspectiva que apunta hacia un «deber ser».

22 Este y los dos siguientes párrafos fueron inspirados mayormente por el trabajo de Kasirer (2003).

Vale recalcar la metáfora de la traducción revela idóneamente la pretensión de generar comunicabilidad entre normas, mundos y espacios que se encuentra tanto en el derecho comparado y la interdisciplinariedad, como en el pluralismo jurídico. Si bien estos espacios de comunicación pretenden ser *situs* por excelencia para generar conocimientos, también comparten la voluntad de comprensión de lo ajeno según los términos, marcos conceptuales y culturales del «Otro». Este trabajo epistémico no puede llevarse a cabo honestamente sin la aplicación de lo que Kasirer llama el «abandono» de sí mismo, de nuestros referentes teóricos y culturales, y de nuestros sesgos ideológicos. Si bien es probable que un abandono completo o radical sea imposible, la «auto-suspiciencia» es un empeño que apunta hacia el acceso al conocimiento y reconocimiento auténticos de realidades ajenas. Este abandono o suerte de viaje «en» los puntos de encuentro constituye la praxis del comparatista, del pluralista jurídico y del jurista interdisciplinario. Interessantemente, este viaje no solo apunta hacia un mayor conocimiento de la otredad, sino también hacia una introspección epistémica, cultural y normativa que termina en muchos casos develando la otredad y el mestizaje de nuestra propia identidad jurídica.

Vale recalcar que no se trata de una exhortación a «mestizar» los derechos. El enfoque propuesto busca más bien un reconocimiento de la pluralidad de nuestras propias fuentes para generar un movimiento de apertura para entender al «Otro». Es preciso realizar esta distinción, pues no se pretende plantear una suerte de armonización del derecho que en realidad podría muy bien socavar nuestra propia propuesta ética. En el contexto de los debates sobre la armonización del derecho en Europa respecto a la idea de un Código Civil europeo, Cotterrell entra en discusión con el trabajo de Legrand (2006) para plantear la importancia de los valores y de la ética en los estudios comparados del derecho (Cotterrell, 2003, pp. 142-145). La armonización supone una distanciamiento de las normas respecto a la realidad; bajo estas condiciones, el derecho pierde su vocación a «expresar lo que la gente piensa, siente y encuentra en las relaciones sociales de la vida cotidiana» (Cotterrell, 2003, p. 143). Es así que se expresa la idea de una moralidad, un sentido ético que se fundamenta en la necesidad de que el derecho guarde arraigo en las realidades locales. Por lo tanto, se invoca a la diferencia normativa para evitar un «totalitarismo cultural» (Legrand, 2006, p. 51). Ello evidencia una tensión que atraviesa muchos espacios del derecho comparado. Por un lado, se encuentra un deseo de uniformización que se fundamenta en los supuestos beneficios prácticos de la uniformización. Por otro lado, se identifica la «apreciación de la diferencia» que se asienta en fundamentos humanistas más amplios que son de índole ético/moral (Cotterrell, 2003, pp. 142-145). En este contexto, más allá de la apreciación ética de la diferencia, tanto el derecho comparado como su enseñanza están dirigidos hacia finalidades políticas.

Si bien el viaje del pensamiento nómada tiene algo de seductor y romántico, se trata de más que una simple experiencia estética; refleja la existencia de un fundamento ético de la enseñanza del derecho comparado que apunta hacia una búsqueda de mayor legitimidad del derecho oficial ante los otros órdenes y fuentes de normatividad. Va de suyo que este sentido de la ética tiene finalidades políticas, pues insta a las instituciones normativas dominantes a admitir una mayor representación de la pluralidad normativa. Esta representación no refiere a escaños en una asamblea legislativa, sino más bien a la correspondencia entre la normatividad vigente en la sociedad y la del estado u otro ente normativo dominante. Una concepción pluralista crítica del derecho diría que los individuos y los distintos grupos de la sociedad son

operadores jurídicos en la medida en la que «poseen una capacidad transformativa que les permite producir conocimiento jurídico y moldear las estructuras del derecho que contribuyen a formar su propia subjetividad jurídica» (Kleinhans y Macdonald, 1997, p. 38). Es así que las personas participan en la creación y la estructuración del derecho en la medida en la que validan o invalidan su legitimidad mediante su propio comportamiento (Macdonald y Sandomierski, 2006, p. 612). Por lo tanto, el derecho comparado, el pluralismo jurídico y la interdisciplinariedad son «prácticas» que pueden contribuir a la legitimación o deslegitimación del derecho pues tienen el potencial descriptivo e interpretativo necesario para identificar las realidades normativas de la sociedad que son o no son abarcadas o tomadas en cuenta por el estado u otros centros de poder normativo dominante. La reivindicación de la diferencia epistémica, cultural y normativa se erige como una exhortación a su reconocimiento por parte de las normatividades dominantes y asimismo se reta y cuestiona la legitimidad de las mismas.

6. Propuestas para una enseñanza ética del derecho comparado

Según lo antes mencionado, algunas versiones críticas del pluralismo jurídico postulan que la validez (Kleinhans y Macdonald, 1997) (y por lo tanto la legitimidad) de las normas se juega al nivel de los individuos que en su comportamiento validan o invalidan las normas al seguirlas o no en su vida cotidiana. Ante un concepto formalista del derecho (comparado) que enmudece los órdenes de normatividad no dominantes de nuestra sociedad, la decisión de revelar y reivindicar la normatividad marginalizada y dominada es fundamentalmente una decisión de orden ético. La ética a la que me refiero no es la del conjunto de reglas heteronormativas que, por ejemplo, se pretende imponer a los juristas mediante códigos de ética para los abogados, pero apunta más bien hacia un sentido autonormativo del jurista que entiende su rol como el de un actor social que cumple, entre otros, el papel de legitimar realmente el orden jurídico²³. Esta propuesta no debería sorprender en el contexto de una universidad que ofrece una formación de carácter humanista.

6.1. Estudiar el derecho comparado con una perspectiva horizontal.

Ahora bien, ¿cómo aplicar este sentido de la ética de manera práctica a nuestro curso de derecho comparado? Jeremy Webber plantea algunas pistas de soluciones para un diálogo entre distintas tradiciones jurídicas, inspirado en una «humildad en el encuentro». Entre otros, propone que se guarde en mente que las tradiciones jurídicas no indígenas también se fundamentan en mitos, y hasta en conceptos de lo sagrado. En este proceso, también hay que guardar en mente que algunos conceptos jurídicos se sustentan en creencias profundamente arraigadas, que es posible aprender de otras tradiciones jurídicas adoptando una postura de humildad ante ellas, y, en fin, hay que recordar que no siempre es necesaria la adjudicación de cada diferencia (Webber, 2009, pp. 616-625)²⁴.

Respecto a los elementos míticos del derecho, pareciera que Webber plantea la necesidad de recordar que a veces se postula la inconmensurabilidad del derecho occidental con otras tradiciones pues se pretende que aquello es ajeno a los mitos o relatos y creencias no

23 Se entiende que este tipo de legitimación no busca reproducir el *statu quo*, sino más bien la integración y representación de la normatividad oprimida en los ordenamientos oficiales.

24 Tanto este párrafo como el siguiente se inspiraron en el trabajo de Webber (2009).

«racionales» que saben encontrarse en otras tradiciones. Pero este teórico del pluralismo jurídico recuerda que esos mitos existen también en las tradiciones occidentales, ya que se expresan en términos sagrados o estéticos. La idea de la inviolabilidad del cuerpo que estructura el derecho penal y las reglas sobre la inalienabilidad de los órganos, etc., son ejemplos entre otros. Asimismo, se pueden identificar tramas narrativas míticas en las constituciones políticas, particularmente en sus preámbulos. En el ámbito del derecho privado, Webber menciona, entre otros, los mitos que se han desarrollado respecto a algunos conceptos específicos de la propiedad como la idea en virtud de la cual la propiedad se sustenta en la transformación de la tierra mediante el trabajo o la idea religiosa según la cual la humanidad tiene la obligación de utilizar la tierra de la manera más productiva posible (Webber, 2009, pp. 614-615).

En el contexto de la enseñanza del derecho comparado, una manera de practicar la humildad preconizada sería establecer de plano una perspectiva horizontal donde se plantea la igualdad entre tradiciones jurídicas para así entrar en diálogo con estas, sin presupuestos jerárquicos o colonialistas. El «ser humilde» también podría manifestarse en el reconocimiento de que las tradiciones occidentales tienen aspectos míticos que las asemejan mucho a las tramas narrativas no occidentales y que tal vez sea posible para aquellas de aprender de estas. El estudio comparado de los aspectos míticos de tanto las tradiciones dominantes como de las otras habría de hacerse de manera interdisciplinaria si se pretende llegar a un conocimiento mínimamente acertado. En efecto, tanto la antropología como la historia y la sociología del derecho han de ser movilizadas para llegar a un mejor entendimiento de las soluciones que distintas tradiciones traen a contextos y problemas jurídicos similares.

Evidentemente, este esfuerzo habría de integrar puntos de vista no exclusivamente eurocéntricos; y las otras tradiciones que operan a nivel nacional en comunidades indígenas, campesinas y amazónicas no podrían ser ignoradas. Si bien existen esfuerzos para integrar la enseñanza de algunos cursos de suerte a que haya una mayor continuidad e interacción de contenidos y actividades en la formación jurídica, integrar el estudio del derecho comparado con la enseñanza de otros cursos que se dan simultáneamente en la PUCP (por ejemplo, Antropología o Sociología del Derecho) crearía sinergias pedagógicas y críticas con cursos que son justamente destinados a la comprensión no formalista del derecho. Esta última posibilidad revela la falta de un marco teórico crítico en la enseñanza del derecho²⁵. Es decir, que los docentes que plantean propuestas críticas lo hacen a menudo de manera solipsista, lo que no es ajeno a su demografía esquelética. Además, se puede intuir que es poco habitual que dichos colegas ocupen puestos institucionales en las facultades de derecho, posiblemente por la importante e influyente articulación que existe entre el mundo «académico» del derecho y la profesión (la cual, se intuye, es más favorable a las posiciones formalistas) (Feldman, 2004; Post, 2009).

6.2. Debilitar el enfoque estatal con el pluralismo a nivel supranacional.

Si bien los juristas formalistas miran con desdén la normatividad «infraestatal», no pueden hacer caso omiso de los fenómenos de normatividad plural supranacionales que ellos mismos han contribuido a producir («dulce ironía», diría un pluralista). Es así que aprovechar la fuerza

25 Agradezco a mi colega José Humberto «Chemo» Saldaña Cuba por compartir conmigo esta idea.

normativa de órdenes jurídicos que escapan al control del abogado estado-céntrico, pero que sí se imponen a él, sería una estrategia didáctica fructífera para establecer la necesidad de tomar en cuenta el pluralismo jurídico en la enseñanza del derecho comparado. Con el fenómeno de fragmentación del derecho que se manifiesta, entre otros, en la proliferación de entes decisores con relativa autonomía al nivel internacional (Teubner y Fischer-Lescano, 2004), se pone de manifiesto una cierta relatividad normativa que no falta de angustiar al jurista formalista y desestabiliza las certidumbres de «su» disciplina. Es así que demostrar la existencia del pluralismo que se impone al derecho estatal ejerce una violencia²⁶ discursiva que tiene el potencial de exigir auto-reflexividad por parte del estudiante inmerso en un orden de normatividad dominante. Tal vez ello pueda contribuir a generar auto-susplicacia, abandono y humildad en los juristas cuando entran en contacto con la alteridad normativa.

La inclusión de actividades y contenidos pedagógicos que manifiestan el estado de fragmentación normativa del orden jurídico internacional podría hacerse en colaboración con colegas del Área de Derecho Internacional, una disciplina marcada por su irreductible pluralismo. Si bien los cursos de derecho internacional se dictan en ciclos posteriores al ciclo de dictado del curso de derecho comparado en la PUCP, se podría explotar la familiaridad entre estas áreas para que cada curso integre elementos del otro, y así promover una mayor continuidad en el contacto del estudiante con espacios de ambigüedad y de contacto con la otredad normativa²⁷. La apuesta es la siguiente: observar realidades normativas plurales supranacionales que llegan a escapar al control del estado y que se imponen a él para generar elementos éticos de auto-reflexión y humildad en el jurista cuando este se encuentre en contacto con órdenes normativos que son marginalizados por «su» propio derecho.

6.3. La traducción como ética del abogado.

En fin, otra actividad que podría fomentar el sentido ético y de humildad en el marco de un curso de derecho comparado podría ser comprometer a los estudiantes en un ejercicio de traducción de textos jurídicos provenientes de tradiciones jurídicas e idiomas distintos. Al referirse al trabajo postcolonial de Alexis Nouss, Kasirer menciona cómo el traductor es un actor con identidades múltiples que se ubica en un espacio ambiguo entre distintas tradiciones. Al ser una suerte de arquetipo de la experiencia de lo mestizo, el traductor tiene la obligación de reconocer las diferencias que existen entre dos realidades para llegar a la traducción más auténtica posible. Este trabajo transcultural significa que el entendimiento del jurilingüista no puede echar anclas en un espacio específico. Su capacidad para trasladar conocimientos de un espacio a otro depende, justamente, de sus aptitudes nómadas (Kasirer, 2003, pp. 496-497). A

26 Respecto al rol de la violencia en el empoderamiento ante opresiones normativas, véase el capítulo de Mireille Fournier que forma parte de esta obra (Fournier, 2018, pp. 93-107).

27 Admito que es objetable mi deseo de ver a colegas de distintas áreas colaborar en proyectos académicos y pedagógicos, pues tal vez dicho deseo pertenece a un mundo fantástico. Sin embargo, es cierto que se pueden ver colegas de áreas distintas colaborar en estos tipos de proyectos. A menudo se trata de colegas que trabajan en áreas que tienen afinidades claras, por ejemplo los constitucionalistas y los teóricos del derecho, y los civilistas y los procesalistas. Se pueden entender las ventajas organizacionales que ofrece el establecimiento de áreas del derecho dentro de una facultad. Pero en un contexto de reforma curricular que precisa un nivel de coordinación y coherencia elevado al nivel docente, es menester cuestionar la formalización e institucionalización de las distinciones subdisciplinarias para determinar si estas contribuyen a reforzar la impermeabilidad de la compartimentalización ya existente entre colegas de subdisciplinas distintas.

la luz de ello, se podría proponer ejercicios de traducción de textos jurídicos hacia el castellano en el marco de nuestro curso de derecho comparado en la PUCP.

Es de esperarse que algunos colegas me digan que esta propuesta es demasiado ambiciosa y poco realista, pues, en primer lugar, los estudiantes no disponen de un manejo suficiente de un idioma distinto al castellano y, en segundo lugar, aún no tienen un conocimiento suficientemente profundo de «su» propia tradición jurídica (que se supone es la romano-germánica)²⁸ y aún menos de otras tradiciones jurídicas en el contexto de su primer ciclo de estudios en la Facultad de Derecho.

A ello se podría responder, en primer lugar, que este tipo de traducción hacia el castellano supone un dominio más avanzado del castellano que de otro idioma, pues el «producto» final de este tipo de actividad sería presentado en español. Un requisito para estudiar en la facultad es que los estudiantes hayan acreditado un conocimiento básico del inglés que les permite comprender y analizar un texto en este idioma, por lo cual este idioma sería el más idóneo para llevar al cabo este ejercicio. Los estudiantes dispondrían de varias herramientas electrónicas en línea que pueden servir de apoyo en este ejercicio de traducción.

En segundo lugar, he de admitir que, a estas alturas de su formación jurídica, el estudiante tiene un manejo muy embrionario de la tradición jurídica dominante que pretenden inculcarle las facultades de derecho. Pero ello ha de ser entendido más como una ventaja que una debilidad. En efecto, se puede suponer que el estudiante aún no ha establecido firmemente los presupuestos teóricos de la tradición jurídica dominante de su ordenamiento, por lo cual se trata de un momento ideal en su formación para ponerlo en una situación ambigua de «mediador» entre dos tradiciones para trasladar ideas y conceptos de una hacia la otra en un espíritu de diálogo igualitario. Sobre el punto de lo idóneo que es dictar este curso en primer ciclo de derecho —pues el alumno aún no ha sido «adoctrinado» en la tradición romano-germánica que domina el derecho formal peruano— vale recalcar que, irónicamente, nuestro curso se estructuró como una «sustitución» del curso de «Bases romanistas del derecho civil» del plan de estudios precedente (Facultad de Derecho de la PUCP, 2001), cuyo objetivo, se puede intuir, era arraigar firmemente la identidad jurídica del estudiante en esta tradición jurídica.

Otra crítica que se podría esgrimir en contra de esta propuesta es que se trata de un ejercicio fundamentalmente eurocéntrico, pues al traducirse textos jurídicos (probablemente fallos) del inglés al español, lo más probable es que se termine traduciendo del *common law* hacia el *civil law*. En efecto, se trata de un ejercicio fundamentalmente eurocéntrico, pero es un ejercicio entre otros, y mi pretensión no es evacuar completamente las fuentes europeas del curso.

28 Usualmente tendemos a asumir que nuestros estudiantes se ubican e identifican dentro de la tradición del *civil law*, cuando en realidad es muy probable que varios o por lo menos algunos de los mismos se identifiquen con otras tradiciones culturales y normativas vigentes en el país. Estas suposiciones terminan siendo imposiciones que claramente obliteran las identidades jurídicas de estos estudiantes. Ello apunta hacia otra necesaria manifestación de la ética que se plantea aquí, es decir, la necesidad, por parte del docente, de realizar una prueba de sensibilidad y apertura hacia el «Otro» que no solo se encuentra en una situación de vulnerabilidad por el inherente desbalance de poder que existe entre el estudiante y el profesor, sino también por la legitimidad histórica, y hasta constitucionalmente consagrada, de la normatividad a la cual pertenece un estudiante que culturalmente se identifica como indígena, campesino o amazónico. He de mencionar aquí que esta relación de doble vulnerabilidad fundamentada en la asimetría de poder (la de profesor/estudiante y la de mayoría/minoría o colonizador/colonizado) hace surgir obligaciones de índole fiduciaria que se imponen al ente u operador en una situación de poder. Al respecto, véase, por ejemplo: Fox-Decent (2011).

En realidad, el objetivo de semejante ejercicio no es tanto generar conocimientos jurídicos sustantivos respecto a otra tradición, sino más bien desarrollar la capacidad de adoptar una postura de humildad, apertura y de horizontalidad ante la alteridad normativa²⁹.

En fin, agregaría que en el año 2016, he llevado a cabo este ejercicio, pero a menor escala. En efecto, con algunos alumnos deseosos de aprender más sobre el derecho comparado, he formado pequeñas «células» de traducción de fallos emblemáticos del *common law* y también de algunos textos de doctrina hacia el castellano que servirían de material pedagógico para mi curso. El grupo era constituido por unos cinco estudiantes con niveles distintos pero parecidos de inglés. Se creó un sistema en virtud del cual un estudiante sería responsable de la traducción inicial de las partes pertinentes del fallo o artículo. Una vez efectuada la primera traducción, los otros miembros de la célula (incluyéndome a mí mismo) haríamos revisiones secuenciales del texto para llegar a un producto con precisión jurilingüística relativamente alta.

He podido presenciar varios momentos en los cuales los estudiantes encaraban el dilema de ofrecer una traducción aproximativa o lo más auténtica posible. En varios casos, he tenido que intervenir después de la primera traducción para dejar claro que se podía llegar a un nivel de exactitud mucho más alto. A medida que íbamos avanzando en las traducciones, he podido observar un incremento en el nivel de meticulosidad aplicado. Para algunos de ellos, la precisión de la traducción parecía ser en alguna medida una cuestión de justicia, pues en varias ocasiones una deformación del sentido era explícitamente percibida como «injusta». Cuando había una duda profunda sobre cómo se debían traducir algunos términos u oraciones, se le pedía al estudiante que apunte sus dudas, que explique las razones de la duda y que justifique la conclusión a la cual llegó a la luz del texto y contexto que nos daban las fuentes a traducir.

Cuando los estudiantes tenían que revisar las traducciones de sus colegas, se pudo observar una suerte de «negociación» en la cual se conversaba sobre los posibles sentidos de una oración o de un concepto con la finalidad común de trasladar con mayor precisión el sentido de un contexto a otro. En varios casos, los estudiantes tuvieron que investigar el significado de términos tanto en el idioma inglés como en castellano para asegurarse de que entendían el texto original pero también que lo restituían de una manera que era sensible al contexto. Es así que hemos investigado sobre el funcionamiento de molinos utilizados para moler granos en la Inglaterra del siglo XIX (*Hadley v. Baxendale*), los estándares y prácticas de embotellamiento de productos consumibles (*Donoghue v. Stevenson*), distintas prácticas y reglas aplicables a deportes que tienen poco o ningún arraigo en nuestro contexto como el cricket (*Bolton v. Stone*) y el béisbol (*Popov v. Hayashi*), la caza de zorros (*Pierson v. Post*) y también la caza de tesoros contenidos en naufragios en alta mar (*The Tubantia*).³⁰

Es cierto que esta experiencia fue controlada, pues se trata de estudiantes que fueron seleccionados para este ejercicio, por lo cual se podría afirmar que este ejercicio no es trasladable a un grupo de mayor envergadura donde, por ejemplo, los niveles tanto de manejo del inglés como de empeño varían mucho. Si bien la experiencia a la cual me refero estaba dirigida hacia la producción de materiales para un curso, es difícil negar su aporte pedagógico y el problema

29 En el marco de nuestra reforma fundamentada en objetivos de aprendizaje por competencias, una de estas habría de referirse a la idea de identificarse con un marco ético que fomente los intercambios normativos horizontales. En otras palabras, deberíamos considerar la posibilidad de que nuestros estudiantes aprendan a ser nómadas.

30 La relevancia de estos va evidentemente mucho más allá de sus tramas fácticas.

con varias de las críticas que preveo es que se enfocan en el producto y no en el proceso que implica este ejercicio.

Si bien no pretendo haber llevado a cabo este ejercicio de manera científica para confirmar o infirmar las virtudes éticas y pedagógicas de la traducción en la enseñanza del derecho comparado, creo que permite derivar conclusiones que podrían servir para estructurar un ejercicio al nivel de una clase entera. El trabajo grupal de traducción tiene el potencial de poner a los estudiantes en una situación de intercambio y de negociación horizontal (pues no se le otorga autoridad superior a ninguno para determinar el significado) guiada por la idea de apertura, humildad tanto ante el texto, como ante el contexto y las interpretaciones distintas que se pueden generar respecto a la normatividad ajena. Si bien a veces las traducciones podían ser aproximativas, se podía observar a menudo el desarrollo y el incremento en el interés de conocer y de comunicar el sentido auténtico del texto a traducir. En este contexto, más que el resultado específico o la exactitud de la traducción hacia el castellano, la evaluación debería apuntar hacia el proceso de justificación de algunas decisiones «traductivas». Por ejemplo, se podría solicitar al estudiante que identifique elementos de traducción que fueron más arduos que otros para explicar el porqué de esta dificultad y los dilemas a los cuales se enfrentaba y cómo se llegó a una decisión «traductiva» final. Además de ello, un componente de este ejercicio habría de ser un elemento de auto-reflexión sobre la misma actividad enfocado en el proceso que caracteriza a la actividad de la traducción: el vaivén de una tradición a la otra³¹.

7. Conclusiones

En este capítulo con tintes especulativos (de *speculum* o *speculari*)³², mi punto de partida ha sido la inclusión de un nuevo curso de derecho comparado en el plan de estudios de la Facultad de Derecho de la PUCP en su reforma del año 2015. Manifesté mis preocupaciones respecto a la tendencia de entender el nuevo curso en términos formalistas y eurocéntricos, pues el derecho comparado es marcado por una pluralidad de perspectivas que va más allá de estas. Lo que más me preocupa respecto a la adopción de tal concepto del derecho (comparado) es que conlleva una obliteración de varias realidades normativas que sí son tomadas en cuenta por el pluralismo jurídico y la interdisciplinariedad³³. De manera más específica, adoptar semejante concepto del derecho comparado implica un olvido de la realidad plural que marca el panorama normativo del Perú. Mi pensamiento es irónicamente formalista en la medida en la que he querido demostrar que la introducción del nuevo curso es internamente coherente con el mismo concepto de educación jurídica planteado en la PUCP desde la década de 1970. Por lo tanto, he buscado legitimar mi argumentación dirigiéndola hacia elementos programáticos interdisciplinarios ya previstos por los reformadores de la década de 1970 y que siguen relativamente influyendo en la enseñanza del derecho en la facultad desde aquel entonces. A pesar de este formalismo programático, no pretendo ser formalista en los nexos epistemoló-

31 Este punto me lleva a reconocer el sesgo de la formación transistémica que recibí en la Facultad de Derecho de McGill.

32 Del latín, que respectivamente refieren a «espejo» o a «mirar desde arriba, desde un atalaya». En otros términos, me refiero al esfuerzo auto-reflexivo y de «distanciación» que supone el concepto de ética que se planteó en el presente trabajo.

33 En este punto, he de reiterar las influencias y los sesgos «realistas» de este trabajo (mi compromiso con el realismo jurídico).

gicos, ontológicos, políticos, y sobre todo éticos que establezco entre enseñanza del derecho comparado, interdisciplinariedad y pluralismo jurídico. En fin, he pretendido ofrecer algunas propuestas de cómo se podrían aplicar las ideas —y sobre todo el sentido de la ética— que he planteado en estas páginas.

Para concluir con un ápice de la ambigüedad que he exaltado en este capítulo, me inspiraré «formalistamente» (e irónicamente, espero) de lo dicho por un autor que goza de autoridad interna en nuestro contexto. Si la función de la enseñanza del derecho es subvertir los conceptos del derecho que son desencarnados de la realidad (De Trazegnies Granda, 1991, pp. 35-39), y si el mismo derecho siempre acusa retraso respecto a la realidad, es probable que el trabajo del docente vaya más allá de la subversión puntual en puntos de inflexión como lo son las reformas curriculares, pero es más bien probable que nuestra función sea la de una incansable subversión ética.

REFERENCIAS

- Ardito, W. (2013). The right to self-regulation: Legal pluralism and human rights in Peru. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 29(39), 1-42.
- Belley, J.-G. (Dir.). (1996). *Le droit soluble, Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité* (Prefacio de Jean Carbonnier). París: L.G.D.J.
- Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (2017). La persistente relevancia del derecho comparado (Convocatoria).
- Collier, C. W. (1991). The use and abuse of humanistic theory in law: Reexamining the assumptions of interdisciplinary legal scholarship. *Duke Law Journal*, 41(2), 191-273.
- Cotterrell, R. (2003). Is it so bad to be different? En E. Örüücü, y D. Nelken (Eds.), *Comparative law: A handbook* (pp. 133-154). Oxford: Hart.
- Croce, M., y Goldoni, M. (2015). A sense of self-suspicion: Global legal pluralism and the claim to legal authority. *Ethics & Global Politics*, 8(1), 1-20.
- David, R., y Jauffret-Spinozi, C. (2017). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* (J. Sánchez Cordero, Trad.). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- De Cruz, P. (1999). *Comparative law in a changing world* (2.^a ed.). Londres y Sydney: Cavendish Publishing Limited.
- Dedek, H. (2014). When law became cultivated: 'European legal culture' between Kultur and civilization. En G. Helleringer, y K. Purnhagen (Eds.), *Towards a European legal culture* (pp. 351-374). Portland: Hart.
- Dedek, H. (2015). Stating boundaries, the law disciplined. En H. Dedek, y S. Van Praagh (Eds.), *Stateless law: Evolving boundaries of a discipline* (pp. 9-21). Ashgate.
- De Trazegnies Granda, F., Avendano, J., Zolezzi, L. (1971). Nuestra reforma de enseñanza del derecho. *Revista Derecho PUCP*, (29), 312-149.
- De Trazegnies Granda, F. (1991). La enseñanza del derecho como actividad subversiva. *Derecho y Sociedad*, (4), 35-39.
- Donlan, S. P. (2015). Everything old is new again: Stateless law, the state of the law schools and comparative/normative history. En H. Dedek, y S. Van Praagh (Eds.), *Stateless law: Evolving boundaries of a discipline* (pp. 187-200). Ashgate.
- Engle Merry, S. (1988). Legal pluralism. *Law & Society Review*, 22(5), 869-896.

- Engle Merry, S. (2015). Stateless law: Before, inside and outside the law of the State. En H. Dedek, y S. Van Praagh (Eds.), *Stateless law: Evolving boundaries of a discipline* (pp. 3-5). Ashgate.
- Facultad de Derecho de la PUCP. (2001). Plan de estudios modificado a partir del 2001-1. Lima: PUCP. Recuperado de <http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2013/10/Programación-de-cursos.pdf>
- Facultad de Derecho de la PUCP. (2014a). Plan de estudios, Justificación. Recuperado de <http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wpcontent/uploads/2014/10/Justificaci%C3%B3n.pdf>
- Facultad de Derecho de la PUCP. (2014b). Competencias, criterios y resultados de aprendizaje. Recuperado de <http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wpcontent/uploads/2014/10/Competenciascriterios-y-resultados-de-aprendizaje.pdf>
- Facultad de Derecho de la PUCP. (2015). Sistema Romano Germánico y Derecho Anglosajón, DEC-294 (*Syllabus* común).
- Feldman, S. M. (2004). The transformation of an academic discipline: Law professors in the past and future (or Toy Story Too). *Journal of Legal Education*, 53(4), 471-498.
- Fournier, M. (2018). Comparaciones implícitas y educación jurídica: relato de unas conversaciones andinas. En J.-P. Saucier Calderón y H. J. Campos Bernal (Eds.), *Viajes y fronteras de la enseñanza del derecho comparado* (pp. 93-107). Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Fox-Decent, E. (2011). *Sovereignty's Promise: The State as Fiduciary*. Oxford: Oxford University Press.
- Frank, J. (1948). Say it with music. *Harvard Law Review*, 61(6), 921-957.
- Frankenberg, G. (1985). Critical comparisons: Re-thinking comparative law. *Harvard International Law Journal*, 26(2), 411-455.
- Glenn, H. P. (2005). *On Common Laws*. Oxford: Oxford University Press.
- Glenn, H. P. (2006). Comparative legal families and comparative legal traditions. En M. Reimann, y R. Zimmermann (Eds.), *The Oxford handbook of comparative law*. Oxford: Oxford University.
- Glenn H. P. (2007). Com-paring. En E. Örücü, y D. Nelken (Eds.), *Comparative law: A handbook* (pp. 91-108). Oxford: Hart.
- Gordon, R. W. (1984). Critical legal histories. *Yale Faculty Scholarship Series*. Paper 1368.
- Graziadei, M. (2003). The functionalist heritage. En P. Legrand, y R. Munday (Eds.), *Comparative legal studies: Traditions and transitions* (pp. 100-127). Cambridge: Cambridge University Press.
- Grey, T. C. (1983). Langdell's orthodoxy. *University of Pittsburgh Law Review*, 45, 1-53.
- Griffiths, J. (1986). What is legal pluralism? *Journal of Legal Pluralism*, 12(2), 1-55.

- Guevara Gil, J. A. (2009). Las causas estructurales del pluralismo legal en el Perú. En J. A. Guevara Gil, *Diversidad y complejidad legal: Aproximaciones a la antropología e historia del derecho* (pp. 61-77). Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Gutiérrez de Piñeres, L. R. (2009). *Ciudad informal: la historia de un barrio ilegal*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Harding, A. (2000). Comparative public law: A neglected discipline? En I. Edge (Ed.), *Comparative law in global perspective* (pp. 101-120). Ardsley: Transnational Publishers.
- Jutras, D. (2001, abril). The legal dimensions of everyday life. *Canadian Journal of Law and Society*, 16(1), 45-65.
- Kasirer, N. (2003). Legal education as *métissage*. *Tulane Law Review*, 78(2), 481-501.
- Kleinhans, M.-M., y Macdonald, R. (1997). What is critical legal pluralism? *Canadian Journal of Law and Society*, 12(2), 25-46.
- Leckey, R. (2017). Review of comparative law. *Social & Legal Studies*, 26(1), 3-24.
- Legrand, P. (2006). Antivonbar. *Journal of Comparative Law*, 1(1), 13-40.
- Llewellyn, K. N. (1931). Some realism about realism: Responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*, 44(8), 1222-1264.
- López Cuéllar, N. (2015). *Pluralismo jurídico estatal: entre conflicto y diálogo*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- López-Medina, D. (2015). El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 26, 117-159.
- Macdonald, R. A., y Glover, K. (2013). Implicit comparative law. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 43(1-2), 123-192.
- Macdonald, R. A., y Sandomierski, D. (2006). Against nomopolies. *Northern Ireland Quarterly*, 57(4), 610-633.
- Manderson, D. (2000). Some considerations about transdisciplinarity: A new metaphysics? In M. A. Sommerville, & D. J. Rapport (Eds.), *Transdisciplinarity: Recreating integrated knowledge* (pp. 86-93). Oxford: EOLSS Publishers.
- Monateri, P. G. (2003). The weak law: Contaminations and legal cultures. *Transnational Law Contemporary Problems*, 13(2), 575-592.
- Örücü, E. (2004). *The enigma of comparative law: Variations on a theme for the twenty-first century*. Leiden y Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Örücü, E. (2007). A general view of 'legal families' and of 'mixing systems'. En E. Örücü, y D. Nelken (Eds.), *Comparative law: A handbook* (pp. 169-187). Oxford: Hart.
- Post, R. C. (2009). Debating disciplinarity. *Critical Inquiry*, 35(4), 749-770.

- Ramos Núñez, C. (2009). *Crónicas de claustro: historia de la Facultad de Derecho de la PUCP*. Fondo Editorial de la PUCP.
- Ramos Núñez, C., y Cornejo Lindley, J. (2018). La historia del derecho: fundamento del derecho comparado. En J.-P. Saucier Calderón y H. J. Campos Bernal (Eds.), *Viajes y fronteras de la enseñanza del derecho comparado* (pp. 55-70). Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Reimann, M. W. (2002). The progress and failure of comparative law in the second half of the twentieth century. *American Journal of Comparative Law*, 50(4), 671-700.
- Resta, G. (2017). Luttés de clochers en droit comparé. *McGill Law Journal*, 62(4), 1153-1199. Montreal.
- Roberts, P. (2007). Comparative law for international criminal justice. En E. Örüçü, y D. Nelken (Eds.), *Comparative law: A handbook* (pp. 339-370). Oxford: Hart.
- Rosen, L. (2012). Comparative law and anthropology. En M. Bussani, y U. Mattei (Eds.), *The Cambridge companion to comparative law* (pp. 73-87). Cambridge Companions to Law. Cambridge: Cambridge University Press.
- Samuel, G. (2009). Interdisciplinarity and the authority paradigm: Should law be taken seriously by scientists and social scientists? *Journal of Law and Society*, 36(4), 431-459.
- Saucier Calderón, J.-P. (2015). De profesores, chamanes y curanderos: hacia una ética de la violencia en la educación legal. *Derecho y Sociedad*, 45, 403-414.
- Singer, J. (1988). Legal realism now. *California Law Review*, 76(2), 465-544.
- Smith, L. (2008). Trust and patrimony. *Revue générale de droit*, 38(2), 379-403
- Teubner, G., y Fischer-Lescano, A. (2004). Regime-collisions: The vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of International Law*, 25(4) 999-1046.
- Twining, W. (2007). Globalisation and Comparative Law. En E. Örüçü, y D. Nelken (Eds.), *Comparative law: A handbook* (pp. 69-90). Oxford: Hart.
- Valcke, C. (2004). Comparative law as comparative jurisprudence—the comparability of legal systems. *American Journal of Comparative Law*, 52(3), 713-740.
- Webber, J. (2009). The grammar of customary law. *McGill Law Journal*, 54(4), 579-626.
- Wendell Holmes, O. (1897). The path of the law. *Harvard Law Review*, 110(5), 991-1009.
- Zolezzi Ibabarcena, L. (2017). *La enseñanza del derecho*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Zweigert, K., y Kötz, H. (1998). *An introduction to comparative law* (T. Weir, Trad.; 3.^a ed. revisada). Oxford: Clarendon Press.

LA HISTORIA DEL DERECHO: FUNDAMENTO DEL DERECHO COMPARADO

Carlos Ramos Núñez*
José Cornejo Lindley**

*Si crees que puedes pensar en una cosa que está
inextricablemente conectada con otra cosa, sin pensar
en la cosa con la que está conectada, entonces posees una
mentalidad legalista.*

Thomas Reed Powell (c. 1860)

1. A modo de introducción: un cuestionamiento

Este artículo tiene por objeto destacar la relevancia que tendría para el desarrollo del Derecho comparado el estímulo de la sensibilidad histórica entre los estudiosos del Derecho, pues, por ejemplo, tras escuchar y leer a quienes adoptan una línea metodológica dogmática, esto es, que estiman que el Derecho es ante todo una creación teórica basada en una depurada doctrina, se advierte que asumen con convicción que el Derecho que se enseña y se practica constituye un bien importado perfectible en la medida en que se asimile mejor el Derecho extranjero, sobre todo el europeo, aunque más recientemente el norteamericano, modelo ideal de inspiración y reforma¹.

En esa línea, José León Barandiarán, uno de los más afamados civilistas peruanos del siglo XX, aseguraba que en el mundo precolombino no existía Derecho y que su adopción coincidía con la ocupación española². Fernando de Trazegnies (1992), sin lugar a dudas uno de los juristas más connotados de nuestra región, indica, por su parte, que es mejor asumir que no hubo un Derecho prehispánico «para evitar toda proyección de una sombra europea sobre las realidades precolombinas» (p. 49). Una postura que, paradójicamente, en el intento de desembarazar de eurocentrismo el estudio de la realidad jurídica prehispánica, resulta siendo

* Profesor principal de la PUCP. Magistrado y director del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú. Miembro de Número de la Academia Nacional de Historia del Perú y Miembro de Número de la Academia Peruana del Derecho. *Visiting Scholar* de la Robbins Collection de la Universidad de California (Berkeley, EE. UU.). Exinvestigador del Instituto Max-Planck de Historia del Derecho Europeo (Fráncfort del Meno, Alemania).

** Profesor adjunto de los cursos Historia del Derecho Peruano y Sistema Romano Germánico y Derecho Anglosajón (PUCP). Miembro del Grupo Peruano de Historia del Derecho del Instituto Riva Agüero y *The Selden Society*. Estudió Derecho en la PUCP, una maestría en Historia en la UNMSM y cursos de perfeccionamiento en Historia del Derecho en el Instituto Max-Planck de Historia del Derecho Europeo.

1 Un estudio crítico del surgimiento y desarrollo inicial de la dogmática en el Perú puede encontrarse en Ramos Núñez (2011a).

2 «¡Cómo vamos a hablar de 'Derecho inca' si ahí no había un sistema de derechos y obligaciones sino sólo de obligaciones! ¡Eso era una tiranía y no un sistema jurídico!» (citado en Trazegnies, 1992, p. 46). Véase también: Noeovich (1986); Ramos Núñez (2011a).

eurocentrista, al asumir que en la región andina solo puede llamarse Derecho a aquello susceptible de rastrearse como parte de la tradición jurídica romano germánica; mientras que, para el caso prehispánico, debería utilizarse un eufemismo: «formas de regulación social diferentes del Derecho pero extraordinariamente efectivas» (Trazegnies, 1992, p. 49).

Desde tales perspectivas, cabría preguntarse si el Derecho romano prejustiniano, fuente a partir de la cual en el siglo VI se compilaría el conjunto de obras jurídicas que solo siglos más adelante sería invocado bajo el nombre de *Corpus Iuris Civilis*, era Derecho. Y ya sea que la respuesta a dicha pregunta fuese afirmativa o no, ¿cómo podrían llamarse a las «formas de regulación social» aplicadas en Europa entre los siglos VI y XII, siglo este último en que la obra adjudicada a Justiniano, recién y de manera muy limitada, empezó a ser conocida en Europa —aunque no necesariamente aplicada— tras la invención de la universidad?³ Se puede apreciar, pues, que los juristas, incluso los historiadores del Derecho, no son inmunes a una visión del Derecho que presenta ciertos rasgos coloniales o que se fundamenta en suposiciones comunes, que pueden fácilmente representarse como construcciones ficticias mediante la inclusión de la dimensión temporal en el marco de un análisis comparatista, incluso si este fuese rudimentario⁴.

La perspectiva descrita muestra cómo es que, sin la inclusión de adecuados filtros temporales —entiéndase históricos—, se contribuye a acentuar estereotipos barbarizantes de los pueblos indoamericanos y de otros que se encuentren en una relación de poder subordinada. Un maestro sanmarquino de los años sesenta del siglo XX, vocal supremo y decano del Colegio de Abogados de Lima que cumpliría un valioso papel cívico en época de la dictadura militar, relataba en sus clases que los indios del Caribe se comunicaban a gritos (Guevara, 1993). Este tipo de ideas podría llevarnos a considerar a nuestra región como una manifestación integral de lo que Alan Watson (2000) denomina *legal transplants*⁵, vale decir, el trasplante de normas, conceptos e instituciones jurídicas del Derecho, principalmente europeo, en otro escenario geográfico y con una población distinta (pp. 1-13)⁶.

2. Ideales de pureza y realidades de mestizaje en el Derecho

No puede dudarse que buena parte de nuestro Derecho contemporáneo, esto es, normativa, doctrina, principios, instituciones y hasta, en ocasiones, práctica administrativa y judicial, reposa tanto en la concesión como en la recepción jurídica. En *Der Geist des römischen Rechts (El espíritu del Derecho romano)*, quizá su libro de mayor envergadura histórica, el jurisconsulto tudesco Rudolf von Ihering (1891) declaró que «[e]l gobierno constitucional es un producto importado. ¿Sería eso motivo suficiente para condenarlo? Equivaldría a que vacilásemos en beber el vino de otra nación porque no lo hemos fabricado, o a no comer naranjas porque no han brotado en nuestros huertos. [...] Solamente un loco rechazaría las naranjas con el pretexto de que no han madurado en su jardín» (p. 16)⁷.

En similar sentido, en las primeras décadas del siglo XX, en la tradición del *common law*, William Barbour, prematuramente fallecido y a quien el ruso Paul Vinogradoff (1922) en-

3 Sobre el tema véase: Bellomo (1995, pp. 39 y ss.). También: Berman (1983, pp. 127 y ss.).

4 Sobre el particular véase: Ramos Núñez (2009).

5 Véase: Watson (1993).

6 Para un vistazo crítico a los planteamientos de Watson, véase: Legrand (1997).

7 Al respecto, véase: Ramos Núñez (2018).

comió sentidamente en la Universidad de Oxford como «el mejor de mis pupilos» (p. 693), refutaba a los nacionalistas ingleses contrarios a la inclusión de doctrinas modernas de sistemas legales extranjeros en su país, recordándoles que tanto el Derecho romano como el canónico fueron, por así decirlo, productos jurídicos importados desde el continente con la invasión de los normandos del siglo XI y que, en realidad, como consecuencia de ello, deberían recordar que el *delivery of seisin* (la transmisión de la posesión) no es otra cosa que la *traditio* romana y que Henry de Bracton, el autor del llamado «Bracton» (*De Legibus et Consuetudinibus Angliae*) —uno de los textos de referencia más antiguos y reverenciados del *common law*—, no tuvo escrúpulos en utilizar textos de Azo de Boloña, adoptando así como propios los esquemas conceptuales del *mos italicus*, es decir, los de la llamada Escuela de los Glosadores que germinó en la universidad de Boloña. En similar sentido, la jurisdicción paralela del *equity*, cuyo sustento histórico se encuentra tanto en fuentes del Derecho canónico como romano. No obstante, remataba Barbour, difícilmente alguien se atrevería a indicar que el *equity*, el *seisin* o el propio Bracton no sean ingleses (Vinogradoff, 1922, pp. 695 y ss.).

Incluso en la actualidad, son pocos los abogados del *common law* que no se muestran sorprendidos al conocer que el *law french* o francés legal —un dialecto del francés— fue utilizado tanto de manera escrita como verbal hasta el siglo XVIII para exponer las peticiones ante los tribunales en Inglaterra, y que gran parte de los reportes de casos fueron registrados de modo original principalmente en dicha lengua o en latín, aunque actualmente sean mayormente conocidos solo por sus traducciones en lengua inglesa (Baker, 1979, p. 9).

Una norma publicada en 1362 —irónicamente, en francés legal— intentó sin éxito prohibir el uso de este dialecto en los tribunales. A fines del siglo XVI, un francés de visita en Londres lo comparó con las ruinas de un buen edificio, indicando que su escritura y pronunciación eran tan distintos de los que se usaban en Francia, que para un francés era imposible comprenderlo (Baker, 2000, p. 244). A mediados del siglo XVII, una norma publicada por el Parlamento inglés ordenaba que «[...] Todas las publicaciones de reportes de resoluciones judiciales y otros libros de Derecho de Inglaterra, deberán ser traducidas a la lengua inglesa: Y que desde el primero de enero de 1650, todos los libros de reportes de las resoluciones judiciales y otros libros de Derecho inglés que sean impresos, deberán usar únicamente la lengua inglesa»⁸.

Algunas décadas después, Roger North (1824) —un abogado y escritor— se referiría a las traducciones realizadas en la década de 1650 como un desperdicio de papel, en tanto que «el Derecho mismo no se encuentra en su *vestimenta nativa* y tampoco es, ciertamente, *la misma cosa en inglés* [la cursiva es nuestra]» (p. 12)⁹.

Este sentido de lo nativo, nos trae de regreso a nuestro continente, donde una supuesta y recusada inexistencia previa de Derecho en sociedades no occidentales podría conducirnos no solo a justificar la «recepción» de trasplantes legales en América Latina como manifestación de una corriente civilizadora y parte de una incipiente globalización, sino también a negar la

8 «*That all the Report-Books of the Resolutions of judges, and other Books of the Law of England, shall be Translated into the English tongue: And that from and after the First day of January 1650 all Report-Books of the Resolutions of Judges, and all other Books of the Law of England, which shall be printed, shall be in the English Tongue only*» (Firth y Rait, 1911, pp. 455-456).

9 «*Lawyer and law French are coincident; one will not stand without the other. All the ancient books that are necessary to be read and understood are in that dialect, and the law itself is not in its native dress, nor is, in truth, the same thing in English*» (North, c.1700/1824, p. 12).

subsistencia de elementos de control social precolombinos que, ciertamente, los hay, mixturados por lo general en la dinámica de las sociedades latinoamericanas contemporáneas¹⁰. La supervivencia en ocasiones es notoria, como ocurre en las Constituciones de Bolivia y Ecuador. Así, la Constitución ecuatoriana del 2008 anuncia desde su preámbulo que reconoce sus «raíces milenarias», que celebra la naturaleza, la Pachamama, de la que se consideran parte y es vital para su existencia, anunciando, además, la intención de «construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el “buen vivir”, el *sumak kawsay*»¹¹.

Bolivia, por su parte, asumiría y promovería «como principios ético-morales de la sociedad plural: «*ama qhilla, ama llulla, ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma gamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble)» (*Constitución Política del Estado plurinacional de Bolivia*, 2009, p. 13).

Las instituciones sobrevivientes asoman en los rituales matrimoniales, en la ausencia documental en los contratos, en el pago en especies en la actividad minera, en los servicios personales intrafamiliares, en la reciprocidad como modeladora de conductas, entre muchas otras. La ausencia de trabajos académicos que analicen estas supervivencias es clamorosa, no solo desde el Derecho, ya sea en sus versiones positivistas o sociológicas, sino desde las propias ciencias sociales.

Desde otro punto de vista y en una línea más razonable, se ha sostenido que la llegada de los europeos a América supuso, más bien, el establecimiento de relaciones de competencia entre las respectivas jurisdicciones del Viejo y del Nuevo Mundo¹². Un conflicto en el que, a la postre, un poder hegemónico impuso «su» Derecho a los vencidos, que debieron someterse, en términos comparatistas, a la «concesión forzada» de un Derecho ajeno. Emergió una situación en la cual —se puede inferir hasta hoy— son apreciables rasgos de resistencia o transformación que podrían explicar, al menos parcialmente, ciertas especificidades entre «el Derecho» (el conjunto de mecanismos coercitivos de control social) andino y el europeo¹³.

No obstante, tanto para la postura que niega la existencia del Derecho prehispánico como para la que observa relaciones competitivas entre este y el Derecho que provino de Europa, suele partirse de una idea hasta cierto punto ahistórica, atemporal, que juzga al Derecho como un sistema hecho y coherente, como un cuerpo completo y consensualmente aceptado, como un producto terminado en forma de normas jurídicas, por lo general, empacadas en letras con calidad de exportación. En realidad, la idea de Derecho como un *corpus* sistemático es bastante reciente, no se remonta más allá de la Ilustración¹⁴, y puede rastrearse, cuando menos, a partir del advenimiento de los ideales racionalistas del *mos geometricus* (Gordley, 2013, pp. 165 y ss.). La casuística predominaba sobre el sistema¹⁵. Por el contrario —independientemente de tiempos y espacios—, es un hecho empíricamente demostrable que el Derecho es esencialmente un

10 Véase: Tau (2001).

11 Véase: *Constitución de la República de Ecuador* (2008).

12 Sobre el tema, véase: López (2002, p. 556). También: Tau (2001, pp. 15 y ss.).

13 Sobre el tema, véase: Basadre (1956); Trazegnies (1980); Ramos (2000); Ramos (2014).

14 Véase, por ejemplo, las referencias a la idea de sistema legal en el proceso codificador en Francia y Alemania reseñadas en Gordley (2006, pp. 763 y ss.).

15 Respecto del Derecho indiano que se construyó en Hispanoamérica, véase: Tau (1992).

artefacto cultural siempre inacabado (Ramos Núñez, 2013, pp. 27-40). Esto es un ente vivo, dinámico, un hecho social incesante, una herramienta social de carácter multidimensional en permanente proceso de transformación y, en ese sentido, el Derecho es siempre el verbo del orden social y también la forma en que se conjugan los ámbitos políticos y culturales de cualquier sociedad (Cornejo, 2011, p. 22).

3. Psique, sociedad, cultura y normatividad: elementos comunes de la historia del Derecho y del Derecho comparado

Conviene considerar que no hay vida humana sin relaciones sociales, que no hay relaciones sociales sin sociedad, que no hay sociedad sin cultura, que no hay cultura sin Derecho y que no hay Derecho sin conflictos. Precisamente, la historia del Derecho de nuestro siglo intenta poner de relieve las relaciones entre psique, sociedad, cultura y normatividad, contextualizándolas en sus respectivas dimensiones espacio-tiempo.

Ya hacia fines del siglo XX, Francesco Galgano señalaba que las interrogantes sobre la historia del Derecho no podían seguir siendo las mismas que las del siglo XIX. Desde entonces, sostenía el profesor de la Universidad de Boloña, «mientras que el material historiográfico a disposición del historiador del Derecho ha permanecido prácticamente inalterado, las historiografías política, económica y social se han enriquecido extraordinariamente; de manera que se deberían plantear nuevas preguntas a las viejas fuentes» (Galgano, 1981, p. 5). En tal sentido, desde nuestra postura, esas nuevas preguntas a las viejas fuentes a las que refiere Galgano deben considerar ineludiblemente un enfoque que tome como referencias psique, sociedad, cultura y normatividad, contextualizándolas en sus respectivas dimensiones espacio-tiempo.

Aunque el término «cultura» remite a un conjunto de ideas que son generalmente asumidas como normales o regulares en la cotidianeidad de una sociedad, es también un concepto problemático de definir. En la neonata perspectiva antropológica de inicios del siglo XX, Malinowski (1975) propuso una definición de cultura como «conjunto heredado de artefactos, bienes, procesos técnicos, ideas, hábitos y valores» (p. 85) y desde hace pocas décadas, en la línea planteada por Clifford Geertz, se incluyen también, en el ámbito de cultura, a las dimensiones simbólicas de las expresiones sociales, es decir, los significados que la sociedad asigna a los hechos objetivos y las actitudes frente a ellos. Geertz (1975) sostiene también que la búsqueda de tales significados requiere del empleo de una «descripción densa» que «se asemeja al intento de leer un manuscrito extranjero, borroso, plagado de elipsis, incoherencias, de sospechosas enmiendas y comentarios tendenciosos; escrito con un alfabeto extraño que consiste en ejemplos de conductas socialmente modeladas» (p. 10)¹⁶.

Tal como expresa el historiador Peter Burke (2006), la alianza entre las posturas de Malinowski y Geertz ha conducido a un significado de cultura más amplio, que incluye «[...] no sólo arte, sino la cultura material; no sólo lo escrito, sino lo oral; no solo el drama, sino el ritual; no sólo la filosofía, sino las mentalidades de la gente común. La vida cotidiana o 'cultura cotidiana' es esencial en este enfoque, especialmente sus '*normas*' o convenciones subyacentes, lo que Bourdieu denomina la 'teoría de la práctica' y el semiólogo Jury Lotman, la 'poética del comportamiento cotidiano» (p. 244)¹⁷.

16 La traducción es nuestra.

17 Sobre el tema, véase: Bordieu (2012); Lotman (1985).

Desde otra perspectiva, Dorothy Bracey (2006) considera que la cuestión sobre cuáles presuposiciones, valores y comportamientos que forman parte de la cultura, deben ser resguardados por el Derecho «es un asunto de distribución de poder y funcionamiento del proceso legal» y naturalmente, el Derecho cambia con la cultura (pp. 2-5).

En efecto, «la noción de Derecho no puede ser una categoría absoluta que modela a la Historia sino, por el contrario, requiere a su vez ser historizada; es decir, el concepto de Derecho debe ser en cada caso históricamente redefinido» (Trazegnies, 1992, p. 49). Sin embargo, esa redefinición debe partir del intento de reconstruirse intelectualmente desde el contexto en que se manifiesta. En ese sentido, la pretensión de la historia del Derecho de nuestro tiempo es, esencialmente, una «traducción» del lenguaje jurídico del pasado en términos que los interlocutores del presente encuentren inteligibles. Es a través del ejercicio de este discurso comparativo entre el presente y el pasado que el estudioso del Derecho puede vislumbrar que, a pesar de su aparente permanencia en el tiempo, el Derecho se encuentra inevitablemente sometido a las tensiones entre los intereses, los valores y las suposiciones de su tiempo. Es en ese orden de ideas que, como decía Bronislaw Malinowski (1978): «El verdadero problema no es estudiar la manera como la vida humana se somete a las reglas pues no se somete; el verdadero problema es cómo las reglas se adaptan a la vida» (p. 151).

4. Un Derecho comparado historizado

Curiosamente, a pesar de lo señalado y tal como expresa Alexandra Mercescu (2013), los comparatistas, cuyo trabajo consiste en reflejar cómo otras comunidades asumen el Derecho, actividad para la cual se requiere comprender las razones de por qué se prefirió cierto tipo de soluciones legales en vez de otras, suelen desdeñar a los historiadores del Derecho, olvidando que, si pretenden comprender el modo en que otros viven y piensan su Derecho y por qué algunos aspectos jurídicos son más preponderantes que otros, tendrán que valerse necesariamente de la historia del Derecho, de la historia cultural y de la historia en general (p. 26). Asimismo, Michele Graziadei (1998) ha señalado que la relación entre el Derecho comparado y la historia del Derecho rara vez es explorada, a pesar de ser frecuentemente enfatizada (p. 531).

La aplicación del concepto comparatista de trasplante en el ámbito de la investigación jurídica requiere, ineludiblemente, internarse en el ámbito de la historia del Derecho en búsqueda de evidencias empíricas, bajo el riesgo de que las afirmaciones resulten ser meras elucubraciones a partir de coincidencias nominales o funcionales, que, sin embargo, en los hechos suponen «diferentes asignaciones de significado» entre los actores.

En ese sentido y solo a manera de ejemplo, la donación o la negativa de entrega de un plato de comida al llegar a un pueblo no posee en los Alpes la misma significación que sí posee en los Andes y, por lo tanto, su interpretación y sus consecuencias psíquicas y sociales serán también diferentes desde una perspectiva cultural y normativa. La legitimación del ejercicio del poder a partir de fundamentos divinos en la perspectiva medieval (y no solo medieval), los crucifijos en los juzgados o las juramentaciones ante Dios en las ceremonias contemporáneas de asunción de mando son solo escuetos ejemplos de las relaciones entre Derecho, sociedad y cultura; ilustraciones de cómo, a través de las acciones, el pasado mantiene una permanente conexión con el presente que no puede ser soslayada. Si bien reflejar los hilos de esas costuras para intentar comprender su tramado es una tarea del historiador del Derecho, el Derecho comparado no puede ser indiferente de esos mismos fenómenos si pretende realizar un inten-

to serio por comprender la normatividad ajena en sus sentidos más profundos y divergentes, pues, evidentemente, la actividad comparatista únicamente podrá relacionar los ámbitos normativos que pueda percibir; sin embargo, la explicación de las razones de ser de los ámbitos normativos que perciba únicamente podrán darse en atención a sus dimensiones culturales, psíquicas, sociales y normativas.

Roscoe Pound (1938) sostuvo que la historia de un sistema jurídico es largamente una historia de préstamo de los materiales jurídicos y de asimilación de los mismos (p. 94)¹⁸. Los ejemplos sobre el particular son numerosos. Podemos elegir uno que corresponde al caso peruano. Así, durante la elaboración del Código Civil de 1916 de Brasil apareció un interés por ocuparse de la condición jurídica de los selvícolas. Cabe anotar que con dicho término el Código se refería a «los habitantes del bosque y no a los que viven con la población, a ellos, se les aplica los preceptos del Derecho común» (Clovis, 1931, pp. 188-189). Hacia el año 1913, discutían sobre el tema Pires de Carvalho, Maximiliano de Figueiredo y Joaquín Osorio (Clovis, 1931, p. 187). El antiguo proyecto de Código Civil brasileño no reguló la situación de los selvícolas en la parte que se ocupa de los incapaces¹⁹. Por otro lado, «fue el senado que, a propuesta de Muniz Freire, consideró a los indios individuos con capacidad restringida» (Clovis, 1931, p. 187). Para Clovis (1931) «era necesaria una legislación especial aparte, que atendiese a la situación especial de individuos ‘extraños’ a la civilización, que el Código Civil representaba» (p. 188). Precisamente, con base en la propuesta de Muniz Freire: «Los indios que habitan al interior del país en tribus salvajes, a medida de su adaptación, serán sujetos al régimen tutelar establecido en los reglamentos especiales, tendentes a promover a su incorporación a la vida nacional» (Diario..., 5/12/1912, año XXIII, N° 181, p. 4235).

El gobierno imperial, mediante el Decreto del 27 de octubre de 1831 y el Decreto del 3 de junio de 1833, equiparaba a los indígenas con los huérfanos. La Comisión que emprendió la elaboración del Código Civil asumía perfectamente esa concepción (Diario..., 5/12/1912, año XXIII, N° 181, p. 4175). Así, se estableció entonces que: «Los selvícolas, en medida de su adaptación, se sujetan al régimen tutelar establecido en leyes y reglamentos especiales» (Diario..., 5/12/1912, año XXIII, N° 181, p. 4135).

No sorprende entonces que el artículo 6 del Código Civil brasileño de 1916, en su versión definitiva, puntualizaba que, junto con los mayores de 16 años y menores de 21, las mujeres casadas y los pródigos, los selvícolas eran incapaces relativos para ciertos actos. Agregaba: «Los selvícolas están sujetos al régimen tutelar, establecido en las leyes y reglamentos especiales. Régimen tutelar que cesa, a medida que se fueren adaptando a la civilización del país» (Código Civil, 1916, art. 4, inc. 4).

Este régimen tutelar, cuya mención invoca el Código Civil de 1916, se puede ver ya en normas del siglo XIX. De modo que no debe apreciarse esta protección paternalista como una invención del flamante cuerpo legislativo, sino como una institución que estaba arraigada en la tradición jurídica y cultural de ese país. Así, la Regencia que en nombre del emperador Pedro II promulgó el Decreto del 3 de junio de 1833 estableció que la administración de los bienes de los indígenas sea entregada «a los jueces de huérfanos de los municipios respecti-

18 La siguiente sección (pp. 61-65) ha sido publicada anteriormente en Ramos Núñez (2018).

19 Véase: *Projecto do Codigo Civil Brasileiro* (1912).

vos»²⁰ (Coleção de Leis do Império do Brasil, 1833, vol. 1, pt. II, p. 83). Esta idea del indígena como un menor huérfano aparece también en el Decreto N° 143, del 15 de marzo de 1842 (Coleção de Leis do Império do Brasil, 1842, vol. 1, pt. II, p. 199).

En los primeros años del siglo XX, por Decreto N° 8072, del 20 de junio de 1910, se creó el Servicio de Protección de los indios²¹. Sin embargo, el selvícola aún tenía restringidos ciertos actos de disposición. Si bien el Gobierno Federal les concedió tierras, los indígenas no podían «arrendarlas, alienarlas ni gravarlas»²². El artículo 8 señalaba: «Los contratos de esta naturaleza serán considerados nulos de pleno derecho»²³. Tal es la concepción que abraza el Código Civil de 1916.

En el Perú, correspondería al presidente de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, Juan José Calle, en la cuarta sesión del 4 de octubre de 1922, plantear esta interrogante: «¿Los individuos de las tribus “salvajes” de la región de los bosques deben o no ser considerados capaces de ejercer los derechos civiles?» (Actas..., 1922, 4.ª sesión, p. 16) y recogía el texto directamente del artículo 6, inciso 4 del Código Civil brasileño de 1916, promulgado apenas seis años antes, que establecía la incapacidad relativa de los selvícolas. Un vívido ejemplo del método comparativo (Ramos Núñez, 2011b).

El comisionado Juan José Calle, que conocía de cerca la realidad indígena, observó que «tratándose de la capacidad de las personas para ejercer sus derechos civiles era indispensable examinar si los que no saben leer ni escribir, y especialmente los indígenas, que, además, no poseen el idioma castellano, pueden ser considerados como capaces de ejercerlos por sí mismos» (Actas..., 1922, 9.ª sesión, pp. 41-42) y en cuanto a la condición de los indígenas, anotaba:

la situación del indio de las serranías del Perú era tan desfavorable, que la facultad de ejercer por sí mismo sus derechos civiles constituía para él, en realidad, más que un bien un daño evidente; pues no pudiendo enterarse, por no saber leer, de los documentos que otro suscribía a su ruego como contratante y en los que aparece conociendo obligaciones o enajenando las tierras de su propiedad, en la generalidad de los casos, resulta víctima de ese para el engañoso derecho». (Actas..., 1922, 9.ª sesión, pp. 42-43)

Alfredo Solf y Muro, profesor de Derecho Civil Especial en la Universidad de San Marcos y otro de los miembros de la Comisión Reformadora, se preguntaba cuál sería la línea divisoria para distinguir a los selváticos de los indígenas (Actas..., 1922, 9.ª sesión, pp. 42-43). En ese sentido, debía determinarse si el mismo tratamiento hacia los habitantes de las «tribus salvajes de la región de los bosques» se extendería a los «otros indígenas», es decir, por ejemplo, a los andinos.

Juan José Calle, el proponente, estimaba que «tratándose del indígena que no sabía leer ni escribir lo conveniente sería declarar su incapacidad relativa con la finalidad de limitar los

20 «Encarrega da administração dos bens dos Índios, aos Juizes de Orphãos dos municípios respectivos».

21 El funcionamiento del Servicio de Protección al indígena tendrá que ser contrastado con el Relatório Figueiredo, que desde el año 2008 puede ser encontrado en el Museu do Índio de Brasil.

22 «Os índios não poderão arrendar, alienar ou gravar comonus reaes as terras que les forem entregues pelo Governo Federal» (*Diário Oficial da União*, 1910).

23 «Os contractos dessor natureza que forem realizados pelos mesmos, serão considerados nulos de pleno direito» (*Diário Oficial da União*, 1910).

abusos que se cometen contra ellos arrebatándoles sus propiedades con contratos fraguados dolosamente» (Actas..., 1922, 12.^a sesión, p. 63).

Se puede apreciar, entonces, cómo, ante una combinación de aspectos étnicos, lingüísticos y de alfabetización²⁴, el enfoque no se orientaba a intentar comprender las complejidades culturales de la población indígena, sino, más bien, a problematizar las dificultades que tendrían los indígenas andinos o amazónicos para comprender las complejidades culturales de la población occidentalizada. Así, a partir de estos hechos históricos del Derecho habría que interrogar a los comparatistas: ¿cómo se podría comparar el derecho propio con el ajeno sin ponerse en los zapatos culturales del *alter*? Y ¿cómo podrían percibirse las «formas de regulación social» ajenas sin pretender reconocer los aspectos normativos de sus tradiciones y costumbres?

Es precisamente desde dicha perspectiva que el comparatista Geoffrey Samuel (2014) indica que la historia del Derecho es «esencial para la comprensión no sólo de la historia del propio sistema, sino, igualmente, el del otro, aportando importantes medios de acceso a las mentalidades legalistas» (p. 6). «El Derecho comparado —aclara Samuel (2014)— tampoco es una forma particular de historia jurídica [...] [que posee], por así decirlo, un aporte vital o superposición con el Derecho comparado, pero se mantienen independientes en tanto que tienen sus propias preocupaciones y objetivos. La historia jurídica tiene como enfoque el pasado y no el presente, a menudo con el objetivo de explicar el presente» (p. 10). No obstante, agrega que el Derecho comparado tiene sentido si se asume como una dialéctica entre el derecho propio y un derecho ajeno; es la asunción de este esquema dialéctico como un generador de conocimiento lo que proporciona al Derecho comparado su sentido y significado (Samuel, 2014, p. 11).

Es precisamente desde esa connotación dialéctica que Michele Graziadei (1998) considera que el Derecho comparado puede influir en la práctica y el estudio de la historia legal al menos de tres maneras:

En primer lugar, el estudio comparativo de hechos históricos diferentes puede ayudar a definir los factores varios que causan un cierto resultado histórico. A veces esto es percibido como el único ejercicio adecuado de la historia comparada del Derecho. Es fácil estar de acuerdo con este punto de vista, pero hay razones para creer que tal uso del método comparativo es sólo uno de los posibles usos del enfoque de Derecho comparado a la historia del Derecho.

En segundo lugar, el Derecho comparado puede ayudar a los historiadores del Derecho a apreciar el grado en que la historia del Derecho es una historia de tomar y dar, de tráfico en las normas legales, instituciones y doctrinas, a través de las fronteras.

En tercer lugar, el Derecho comparado puede dar forma a la historiografía, proporcionando una evaluación crítica de cada tradición historiográfica²⁵. (p. 531)

No obstante, James Gordley (2006) describe lo que constituye una práctica negativa entre historiadores y comparatistas, quienes al parecer olvidan la necesaria vinculación entre sus disciplinas.

24 La Constitución de 1823 estableció en el artículo 17, inciso 3, que para el ejercicio de la ciudadanía el requisito de saber leer y escribir sería exigible después de 1840. A su vez, el decreto del 3 de agosto de 1827 ya establecía el requisito de la alfabetización del indio para la libre enajenación de las tierras (Ramos Núñez, 2003, p. 150).

25 La traducción es nuestra.

A veces, los historiadores del derecho han estudiado el derecho de un lugar y tiempo sin prestar atención a otros derechos. A veces, los comparatistas han comparado el derecho de jurisdicciones diferentes ignorando las razones históricas [por las] que son parecidas o disímiles. Las consecuencias han sido funestas. Con frecuencia, los historiadores han explicado reglas bastante extendidas por singulares circunstancias de un tiempo y espacio. Con frecuencia, los comparatistas han explicado similitudes y diferencias entre Derechos haciéndose de la vista gorda en cuanto a cómo surgieron²⁶. (p. 753)

La relación y la importancia que tienen estas dos áreas de estudio es clara. Innegablemente, ambas poseen un valor práctico y teórico. Al respecto, opina Alan Watson (1991) que «es imposible comprender cómo se desarrolla el Derecho y cómo las reglas y estructuras legales se relacionan con la sociedad sin examinar los temas comparativamente e históricamente, y es igualmente imposible en el mundo occidental entender el Derecho comparativamente sin un conocimiento del Derecho romano» (p. IX). En otro texto, Alan Watson (2004) sería más contundente al señalar el objeto e importancia de la historia jurídica comparada:

La historia jurídica comparada es en gran medida un campo inexplorado. Se enfrenta dramáticamente a las cuestiones básicas de la relación del Derecho con la sociedad y de los factores del cambio jurídico: por qué ocurre el cambio cuando lo hace, cómo lo hace y la dirección del cambio. Promueve respuestas que son radicalmente diferentes de las propuestas por sociólogos del Derecho e historiadores de un sistema jurídico. Sin embargo, el tema seguirá siendo sub explotado. Sin embargo, en mi opinión, su comprensión es vital para el desarrollo de un derecho común [...] El Derecho en una sociedad sólo puede explicarse por su historia, a menudo su historia antigua y frecuentemente sus contactos con la historia legal extranjera. (p. 1)

En el estudio del *common law*, la utilidad del conocimiento histórico se revela crucial. Así, Raoul van Caenegem (2011) diría: «El Derecho inglés es una red continua» (p. 7) y agrega luego el estudioso belga que: «en el Derecho inglés el presente nunca está completamente dissociado del pasado y sus raíces históricas son fácilmente percibidas. Uno incluso podría decir que no existe distinción real entre el Derecho y la historia del derecho: la moderna Ley de Traición, por ejemplo, que se basó en el *Statute of Treasons* de 1352, se aplicó en el siglo XX» (p. 9); y concluye de modo rotundo:

[...] [en] el *Common Law* [...] todo abogado debe tener en cuenta la existencia de algún precedente o alguna promulgación que puede haber sido hecha un gran número de siglos atrás (de hecho, este pasado llega hasta el tiempo de Ricardo I, quien viene a ser el límite de la memoria legal). Esto significa que el jurista que quiera estudiar los méritos de un caso a profundidad va a tener que navegar a través de los siglos y convertirse en un historiador jurídico, o, quizá deberíamos decir, un abogado histórico (p. 15).

Si tal es la situación entre los operadores del *common law*, ¿cómo podríamos nosotros, los que estudiamos Derecho en la tradición romano germánica, «comparar» nuestra tradición con la del *common law*, sin tener la actitud de fomentar conscientemente en nuestra

26 La traducción es nuestra.

formación intelectual una suerte de sensibilidad hacia la dimensión temporal de los fenómenos normativos de la cultura y la sociedad? Creemos que la respuesta es simple: debemos prestarle más atención a nuestra propia historia del Derecho. De otro modo, sería como si un comparatista del *common law* intentase conocer y comprender nuestro Derecho constitucional sin leer la Constitución.

Para finalizar, Heikki Pihlajamäki (2015) formula un cuestionamiento que muy bien podría aplicarse a América Latina:

¿Debiéramos ahora todos los historiadores del derecho convertirnos en comparatistas? Quizá no en el sentido estricto del término, [...] aunque definitivamente mi respuesta sería sí, en tanto nos reframos a historia jurídica comparada en el sentido más amplio. Los historiadores del derecho, incluso si utilizan el Estado nacional como su unidad básica, siempre deberían ser capaces de situar el objeto de su investigación dentro de un contexto más amplio, ya sea europeo o global²⁷. (p. 72)

En suma, los historiadores del Derecho deberían contextualizar sus investigaciones mediante la comparación; no es en vano que ya en 1888 el célebre historiador del derecho Frederick Maitland (1888) anunciara ante los estudiantes de Cambridge que «la historia implica la comparación» (p. 11). Por su parte, los comparatistas deberían contextualizar sus investigaciones en torno a la historicidad del Derecho. Esto último, no significa la necesidad de una especialización histórico jurídica entre los comparatistas, sino la necesidad de incentivar el desarrollo de la sensibilidad histórica en la enseñanza del Derecho.

27 La traducción es nuestra.

REFERENCIAS

- Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano. (1926). Lima: Imprenta Las Tradiciones.
- Baker, J. H. (1979). *Manual of Law French*. Londres: Avebury Publishing Company.
- Baker, J. H. (2000). The Three Languages of Law. En J. H. Baker, *The Common Law Tradition - Lawyers, Books and the Law* (pp. 225-246). Londres: The Hambledon Press.
- Basadre, J. (1956). *Los fundamentos de la historia del derecho*. Lima: Lib. Internacional del Perú.
- Bellomo, M. (1995). *The Common Legal Past of Europe: 1000-1800*. Washington D. C.: The Catholic University of America Press.
- Berman, H. J. (1983). *Law and Revolution - The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge: Harvard University Press.
- Bourdieu, P. (2102). *Bosquejo de una teoría de la práctica*. Argentina: Prometeo.
- Bracey, D. H. (2006). *Exploring Law and Culture*. Long Grove: Waveland Press.
- Burke, P. (2006). *Formas de historia cultural*. Madrid: Alianza.
- Coleção de Leis do Império do Brasil. (1842). *Coleção de Leis do Império do Brasil* (Vol. 1), Brasília: Imprensa Nacional.
- Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. (2009, 9 de febrero). Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc5b1z0>
- Constitución de la República de Ecuador. (2008, 20 de octubre). Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2014. Recuperado de: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcgn023>
- Cornejo Lindley, J. (2011). *Arqueología de la idea europea de derecho*. Manuscrito inédito, pp. 1-50
- Clovis, B. (1931). *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil* (4.ª ed., Vol. I). Río de Janeiro: Livraria Francisco Alves.
- Diário Oficial da União. (1910). Decreto N° 8072, Art. 7. Seção 1.º.
- Diário Oficial da União. (1910). Decreto N° 8072, Art. 8. Seção 1.º.
- Diario do Congresso Nacional. (5 de diciembre de 1912). *Diario do Congresso Nacional. Republica dos Estados Unidos do Brazil*. año XXIII, N° 181.
- Firth, C. H., y Rait, R. S. (1911). *Acts and Ordinances of the Interregnum, 1642-1660*. Londres: His Majesty's Stationery Office. *British History Online*. Recuperado de <http://www.british-history.ac.uk/no-series/acts-ordinances-interregnum>.

- Galgano, F. (1981). *Historia del Derecho mercantil*. Barcelona: Laia.
- Geertz, C. (1975). Thick Description: Toward and Interpretive Theory of Culture. En Geertz, Clifford. *The Interpretation of Cultures*. Londres: Hutchinson & Co., pp. 3-30.
- Gordley, J. (2006). Comparative Law and Legal History. En M. Reimann, y R. Zimmermann (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (pp. 753-775). Nueva York: Oxford University Press.
- Gordley, J. (2013). *The Jurists*. Oxford: University Press.
- Gordley, J., y Von Mehren, A. T. (2009). *An Introduction to the Comparative Study of Private Law*. Cambridge: University Press.
- Graziadei, M. (1999). Comparative Law, Legal History, and the Holistic Approach to Legal Cultures. *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, (7), 531-542. Recuperado de <http://www.jus.unitn.it/cardoza/critica/graziadei.htm>
- Von Ihering, R. (1891). *El espíritu del Derecho romano* (Tomo I). Madrid: Librería Editorial de D. Carlos Bailly-Bailliere.
- Legrand, P. (1997). The Impossibility of 'Legal Transplants'. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4(2), 111-124. Recuperado de <http://www.pierre-legrand.com/transplants.pdf>
- Lotman, J. M. (1985). *The Semiotics of Russian Cultural History*. Cornell: Cornell University Press.
- López Lomelí, C. (2002). *La polémica de la justicia en la conquista de América* (Memoria presentada para optar al grado de doctor en la Facultad de Derecho). Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Maitland, F. W. (1888). «*Why the History of English Law is not Written*» - *An Inaugural Lecture delivered in the Arts School at Cambridge on 13th October, 1888*. Londres: C. J. Clay & Sons. Recuperado de <https://archive.org/stream/whyhistoryengli00maitgoog#page/n8/mode/2up>
- Malinowski, B. (1975). *La cultura*. En *Clásicos y contemporáneos en Antropología*. México: CIESAS-UAM-UIA. En J. S. Hahn (Comp.), *El concepto de cultura: Textos fundamentales*. Barcelona: Anagrama, 1975, pp. 85-128. Traducción al español de Antonio Desmonts del original publicado en Seligman, E. R. A. (Ed.) *Encyclopedia of the Social Sciences* (Vol. III). Nueva York: The MacMillan Company, 1931, pp. 621 y ss. Recuperado de http://www.ciesas.edu.mx/publicaciones/clasicos/00_cca/articulos_cca/cca_pdf/037_malinowski_cultura_b.pdf
- Malinowski, B. (1978). *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*. Barcelona: Ariel.
- Mercescu, A. (2013). How Can Legal History Contribute to Comparative Law? Or on How Two 'Ancillary' Disciplines Can Join to Undermine 'The Discipline'. *Revista Română de Drept Comparat*, 4(1), 25-53.

- Noejovich, H. O. (junio, 1986). *El régimen de bienes en la América precolombina y el hecho colonial*. Ponencia al VII Simposio Internacional de Historia Económica, CLASCO - IEP, Lima.
- North, R. (c. 1700/1824). *A Discourse on the Study of the Laws (now first printed from the original Ms. In the Hargrave Collection)*. Londres: Charles Baldwyn.
- Pihlajamäki, H. (2015). Comparative Contexts in Legal History: are we all comparatists now? Contextos Comparativos em História do Direito: somos todos comparatistas agora? *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, 36(70), 57-75.
- Pound, R. (1938). *The Formative Era of the American Law*. Boston: Little, Brown and Company.
- Projecto do Código Civil Brasileiro*. (1912, jueves 5 de diciembre). Parte general, capítulo I y Diario do Congresso Nacional. Republica dos Estados Unidos do Brazil. Año XXIII, N° 181.
- Ramos Núñez, C. (2000). *Historia del Derecho Civil Peruano. Siglos XIX y XX* (Tomo I: El orbe jurídico ilustrado y Manuel Lorenzo de Vidaurre). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Ramos Núñez, C. (2003). *Historia del Derecho Civil peruano. Siglos XIX y XX* (Tomo IV: Legislación, abogados y exégetas). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Ramos Núñez, C. (2009). *Jorge Basadre, historiador del Derecho y comparatista*. Lima: Grijley.
- Ramos Núñez, C. (2011a). *Historia del Derecho civil peruano* (Tomo VII: *La dogmática en triunfo*). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Ramos Núñez, C. (2011b). *Historia del Derecho Civil Peruano. Siglos XIX y XX* (Tomo VI: El código de 1936, Vol. 3: El bosque institucional). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Ramos Núñez, C. (2013). El Derecho como signo: Apología de la historia social del derecho. En Ramos Nuñez, C. *Derecho, tiempo e historia. Discursos académicos* (pp. 27-40). Lima: Legisprudencia.
- Ramos Núñez, C. (2014). *Cultura jurídica, proceso y hombres del foro*. Lima: Fundación Bustamante de la Fuente.
- Ramos Núñez, C. (2018). Un caso de recepción en el Perú: La incapacidad del selvático en el Código Civil brasileño. *Ius Inkarri. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, (7), 17-35.
- Samuel, G. (2014). *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*. Oxford: Hart Publishing.
- Tau Anzoátegui, V. (1992). *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.
- Tau Anzoátegui, V. (2001). *El poder de la costumbre. Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hasta la Emancipación*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.

- Trazegnies Granda, F. (1980). *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Trazegnies Granda, F. (1992). ¿Hay un 'Derecho' prehispánico? *Ius et Veritas*, (4), 44-49.
- Van Caenegem, R. C. (1991). The English Common Law seen from the European Continent. En Van Caenegem, R. C. *Legal History - A European Perspective* (pp. 165-184). Londres: The Hambledon Press.
- Van Caenegem, R. C. (2011). *Jueces, legisladores y profesores. Fases de la historia jurídica europea*. Lima: Palestra.
- Vinogradoff, P. (diciembre, 1922). The Meaning of Legal History. *Columbia Law Review*, XXII(8), 693-795.
- Watson, A. (1993). *Legal Transplants - An approach to Comparative Law*. Athens: University of Georgia Press.
- Watson, A. (2004). Legal Culture v Legal Tradition. En M. van Hoecke (Ed.), *Epistemology and methodology of comparative law* (pp. 1-6). Oxford: Hart Publishing.
- Watson, A. (2000). Legal Transplants and European Private Law. *Electronic Journal of Comparative Law*, 4(4), 1-13. Recuperado de <https://www.ejcl.org/44/art44-2.html>
- Watson, A. (1993). *Legal Transplants - An approach to Comparative Law*. Athens: University of Georgia Press.
- Watson, A. (1991). *Roman Law & Comparative Law*. Georgia: University of Georgia Press.

SEGUNDA SECCIÓN

**EL «AFUERA»: PERSPECTIVAS
COMPARADAS DE LA
ENSEÑANZA DEL
DERECHO COMPARADO**

A BRIDGE TO CROSS. LEGAL EDUCATION, THE CIVIL LAWYERS AND THE COMMON LAW: AN ITALIAN PERSPECTIVE*

*Michele Graziadei***

I'll cross that bridge when I get to it.

Popular saying

We shall not cease from exploration

And the end of all our exploring

Will be to arrive where we started

And know the place for the first time.

T.S. Eliot

1. Introduction

Why should lawyers based in a civil law country study the common law? Is this study important for the formation of jurists who will mostly practice the law in a civil law jurisdiction? These are important questions that have no obvious, ready-made answers.

In the following pages, I will offer a personal point of view on these matters drawing from my experience as a comparative law professor based in Italy. As such, I have dedicated enough time to studying and teaching the common law to generations of law students, both as a stand-alone subject, and as part of comparative law courses that make up part of the core law school curriculum in Italy.

What follows will not necessarily be persuasive for scholars and educators based in South America, who may have an entirely different view of the matter, of course. I simply hope that my remarks may be helpful in this context, if for no other reason, for the sake of discussion and reflection about how to better educate and train jurists and legal professionals to meet new, contemporary challenges that are located both at the national and at the transnational level.

To begin, let me illustrate what change occurred in the last decades in Italy—as well as in other continental European countries—concerning the study of the common law at the universities.

As a matter of fact, more attention is now paid to the common law both as a tradition and as positive law throughout Europe than ever before, by professors and students alike. To my knowledge, no systematic study of this trend has been published, therefore the phenomenon cannot be described on the basis of precise data. Nonetheless, it is no less real. It was not so when

* A version of this text was first presented as a conference delivered at the Pontificia Universidad Católica del Perú on the 13th of February 2017. I wish to thank the Faculty for the invitation, and all the colleagues who attended the event for the lively participation in the discussion.

** Professor of Comparative Private Law, Law Department, University of Turin.

I began my law studies in the late 1970s. In those years, there was very little teaching involving the common law tradition at all at European universities, and there were very few courses in which students had an opportunity to learn how the law of a common law jurisdiction covered certain subjects. Learning the law essentially meant studying the national law, with few exceptions indeed. In Italy this approach, which was clearly a legacy of nationalism, was abandoned in the decades following the defeat of fascism. From then on, the trend to open up legal education to a broader view of the learning needs of students became vigorous, and Italy eventually became a leader in the offer of comparative law as an academic subject in the last two decades of the XX century (Sacco, 1981, p. 77; Pizzorusso, 1995, p. 383; Sacco, 1995, p. 131).

This fundamental trend shall not be reversed in the foreseeable future. Although the United Kingdom may soon leave the European Union, and the United States will be a rather inward looking country for a while, in the next decades the common law will remain a topic for research and study at the universities in Italy (and in other continental countries in Europe as well). Why will research and study dedicated to the common law not be marginalized in my country and in Europe, despite recent political developments? Essentially, for epistemological and practical reasons.

From the first angle, the study of the various aspects of that tradition opens up a new way of thinking about the law for any student who is familiar with the civil law tradition only, as discussed below. Furthermore, at the international level, the development of the law is influenced by the presence of major players that transact on the basis of the law they are most familiar with, which is quite often the common law. And one may wonder which kind of lawyer is best equipped to operate at the transnational level, in a globalised world (cp. Reimann, 2018; Reimann, 2014, Graziadei, 2017a).

To be sure, there is a great deal to say about how the classical common law and civil law approaches have been transformed and altered, both in Europe and elsewhere, as a consequence of the ongoing circulation of ideas and legal integration, through the process of cross-fertilization and exchange taking place across national borders in the field of law, as well as in other fields (see, e.g., Wiegand, 1991, pp. 229-248; Kelemen & Sibbitt, 2004, pp. 103-136; Kennedy, 2006, pp. 19-53; Wiener, Rogers, Hammitt, Sands, 2011; Graziadei, 2019). Nonetheless, certain institutional features of these two traditions are still very much alive, and deserve attention in a comparative study of the law that aims at the education of lawyers, as many comparative law layers would argue. The way the judiciary is recruited in a common law country, for example, does not match the way it is recruited in a civil law jurisdiction. The political and legal constitution of the profession is different (for a classical study, see Shapiro, 1981). The way a criminal investigation unfolds in Italy is different from the way it is conducted in the United States, although one country may have looked for inspiration in the other when reforming its criminal procedure, with mixed effects (Grande, 2016, pp. 583-618). This is why, of course, the comparative study of law is so instructive. A lot can be learned by observing how conflicts in different societies are handled through the law, and by thinking critically about the various ways of the law.

In the following sections, I will try to explain why and how a fundamental change occurred in Italian legal education, namely how Italian legal education opened up to the study of the common law as part of a broader comparative outlook on the law. I shall also aim to cover a second, related point, that is to say what civilians learn about the law in general when

they actually go on to study the common law. I will then conclude by briefly touching a third point, namely how students in a civil law jurisdiction can best be introduced to the study of the common law by approaching it from a comparative perspective.

2. The Turn to Comparative Studies in the Second Half of the Twentieth Century

In the second half of the twentieth century, scholars in my country (and in many other continental European countries as well) experimented major changes in their approach to the law and legal methods, that had an impact on legal education as well.

These changes were brought about by the abandonment—in truth the rejection—of the conceptualistic, systematic, and dogmatic approach that prevailed by the end of the nineteenth century and in the first decades of the twentieth century, mostly under the influence of mainstream German legal science, after the dominance of the French based exegetical method up to the middle of the nineteenth century.

The conceptualistic method was the result of a highly refined intellectual approach to the law that was immensely influential for over half a century all around the world (Reimann, 1990, pp. 837-897; with regard to the Italian situation, see, e.g., Ranieri, 2015, pp. 13-43). Nonetheless, by the second half of the twentieth century that method had lost all their credibility under the pressure of various combined forces.

At the same time, the cult of the national State inspired by nationalism was also rejected, with momentous consequences for the development of democracy, a pluralistic view of society, and the role of law in society (Rescigno, 1966; Sacco, 2005; Grossi, 2017).

Although nearly forgotten by now, the first attack on conceptualism and the dogmatic method was already launched in the latter part of the nineteenth century, in the name of a socially oriented legal science. This social movement in the field of legal studies reacted against the strict individualism of the theories of law advanced by the then dominant school of thought, based on conceptualism and legal dogmatics. The father of the jurisprudence of interests, namely Rudolph von Jhering, after rejecting the mainstream approach, considered the law as social phenomenon, as a means to the realisation of social ends (Von Jhering, 1877, 1884). This was followed early on by the call for the development of a sociological jurisprudence, which endorsed a vision of law embedded in society, and highlighted the social aspects of the law. This movement was influential across many countries, including Italy, of course (Kennedy, 2006, pp. 19-73; Grossi, 2000, pp. 99-105; Stronati, 2012, pp. 405-412).

Pluralism as a key to understanding the life of the law was first famously defended by Eugen Ehrlich, with whom Roscoe Pound sympathized (Ehrlich, 1936; Pound, 1911). An approach to law as an eminently social phenomenon was embraced as well by thinkers such as Georges Gurvitch (1935, 1940). These and other attacks eroded the credibility of conceptualism and dogmatism and ultimately opened the doors to various strands of “law and...” movements that are still travelling across the world, and that in recent decades have influenced Italian legal thinking as well (Calabresi, 2003, pp. 2118-2122).

The second important factor of crisis of the classical conceptual method is the loss of authority of the State as a source of morality. The catastrophic ending of the totalitarian States that had provoked the Second World War had completely undermined the notion of an ethical State, which was a crutch of conceptualism (on this see Breccia, 1999, pp. 293-

501, on the European scene Bell, 2012; this new awareness pervades a classic like Esser, 1961 in Germany).

Constitutional norms, more ambitious than ever, for the first time mapped an entirely new ground for the law under the democratic regime of the newly established Republic of Italy. The fact that the Constitutional Court was soon at work meant that it could enforce them through the exercise of judicial review. This provided new impetus to constitutional justice as a transformative force (cf. Barsotti, Carozza, Cartabia, Simoncini, 2015; Cappelletti, 1985; on the wider picture, see Cassese, 2016, p. 84), though up to the 1960's the Italian judiciary as a whole still did not fully respond to the new constitutional climate (Bruti Liberati, 2018; Meniconi, 2012). On the other hand, beyond the Republican Constitution, the Treaties establishing the European Communities and the European Convention on Human Rights indicated that nationalism was no more a policy or a source of inspiration for the European States.

The new constitutional legislation affecting—directly or indirectly—private law and public law altered the rules of the game once and for all. There were no more only unchanging Roman law texts, or Codes to teach, but new sets of problems to work on in order to develop new law for a democratic regime which recognised universal suffrage and the necessity of broad social reforms, which eventually lead to the establishment of the welfare State. Then, the question of how to work on these problems arose. What methods were available in this completely new environment to make the law for a new society? What alternatives could one practice after the rejection of old ways and methods?

These dilemmas are still with us, as the ever-growing literature on balancing and proportionality in both private and public law shows how open-ended these questions remain. Those techniques of adjudication, in any case, combine elements of different legal traditions, which is by itself remarkable (on the wider European picture see Petersen, 2017; Hesselink, 2014, Bomhoff, 2013; Cohen-Eliya, & Porat, 2013).

Following the end of the Second World War, the collapse of conceptualism in my country provoked several reactions and new developments that went hand in hand with the return to democracy (for a mapping of these tendencies in a broader perspective, see Barberis, 2011). A first impulse was to pay homage to the return to democratic procedures in order to lay down the law. Some scholars thus embraced, more fervently than before, legal positivism, and put new faith in legislation as a motor of legal change. This move intended to affirm the supremacy of the democratic foundation of the law. Lawyers, who share a commitment to democracy, are drawn to positivism as a manifestation of democratic sovereignty. In a civil law country like Italy, positivism found favor especially on the left because it endorsed a strict separation of law and morals (among other reasons), which was constantly challenged by some currents of Catholicism. Others, although sharing the same commitment to having a democratic government, turned to a renewed, bland version of natural law, which was considered to be sanctioned by the new constitutional texts. In a society that upholds value pluralism, a ringing appeal to natural law should be resisted because democratic government is based on the rule of law, rather than on the elaboration of natural law (Zagrebelsky, 2011).¹ Nonetheless, the

1 When Parliament did not resist such appeals, the Constitutional Court had to step in in order to defend a more acceptable, rational approach, as it happened with the Italian legislation on *in vitro* fertilization (Hanafin, 2013, pp. 942-955; see, e.g., Corte Costituzionale, judgment n. 96/2015, on the right of couples affected by transmissible genetic illness to have access to assisted reproduction techniques).

new constitutional text did invite a recourse to constitutional arguments as a constitutionally inspired new approach to private law (see e.g. Perlingieri, 1984; Pino, 1998, pp. 222-224), a similar tendency now lies at the foundation of the influence of contemporary human rights law on whole fields of law. Almost inevitably, this contribution was indicated as a factor in the expansion of the role of the judiciary, possibly beyond the present constitutional framework (Pace, 1993, pp. 3-11; Guastini, 1998, pp. 185-206). A third tendency, often favored by supporters of positivism, was to turn to analytical philosophy and to the analysis of legal language as a way to respond to the fact that juristic method lacked stable foundations, which was a challenge.

The contributions to analytical philosophy and the law in Italy were many, so that it is impossible to render justice to them here. It is true that understanding linguistic and discursive practice is the gateway to understanding norms of all kinds. Contemporary Italian legal theory of the analytic kind has thus taken this approach very seriously, because it touches upon crucial aspects of the law, namely its linguistic dimensions (see, e.g., Jori and Pintore, 2014). Classical works in the field of private law have been written mostly from this perspective, such as Francesco Galgano's influential monograph on legal personality (Galgano, 1969), and Pietro Rescigno's path-breaking essays on the same topic (Rescigno, 1966).

Nonetheless, the linguistic turn defended by analytical philosophers did not focus on a central problem relating to the examination of linguistic and discursive practices, that is to say, what is the cultural formation and competence of those who are called to elaborate and apply the law?

In order to have a realistic understanding of how the law works, the first aspect to clarify concerns the cultural tools that the lawmakers, the interpreters of the law, and the various actors involved in the application of the law actually possess.

What is their learning, what is their tacit knowledge, what are their unconscious, implicit (but efficient) assumptions, what is their pre-comprehension of the context in which they operate? Clearly, these are not matters that can be decided by the texts laying down the law. However, this is also why those who defend positivism and an analytical approach to the law regularly fail to uphold a strict separation between the legal system and other evaluative systems, and that is no minor failure, as one of our former Constitutional judges rightly observed (Silvestri, 1997, p. 2).

We are all familiar with the idea that the same text can be interpreted in different ways over time and in different places. The way the Bible is interpreted today in Peru is surely different from the way it was interpreted when the Spaniards first set foot on the American continent. The civil code first adopted by Napoleon is not necessarily interpreted in the same way in France and in Belgium, even when the text in force in the two countries is still the same (see, e.g., Bouabdallah, 2014).

The cultural competence of distinct human groups is never identical. This factor alone will inevitably produce different readings of the same texts, or different reactions to the same cultural stimuli. Scholars who study the application of uniform laws know this all too well. To ensure the uniform interpretation of uniform laws is a real challenge because the cultural conditioning of interpreters based in the different national legal systems will all too often warp their interpretations in the direction of the national law, namely the law they are most familiar with (see e.g., Sturley, 1986).

Now, how can that cultural competence best be described and analyzed in its various components?

Legal philosophers concentrating on the linguistic analysis of texts overlooked this question, but the answer to it is straightforward: by drawing comparisons, one can explore which cultural dimensions are involved in the making, the interpretation, and the application of the law in distinct contexts.

Think how linguists have managed to describe and analyze human languages all around the world. They have succeeded in this difficult task essentially through comparisons. The same method has been applied over and over across different academic disciplines, from politics to religious studies. Only by going beyond the familiar cultural landscape can one learn something new about the world (and, incidentally, about oneself, as the poet says...).

Key figures of the Italian legal culture in the second half of the twentieth century practiced this choice. They put faith in the study of foreign legal systems and in comparative law as a remedy for the failures of the conceptual approach, to overcome the limitations of both positivism and natural law, and to overcome the difficulties raised by a purely linguistic approach to the law. They were essentially self-taught comparativists.

The names I have in mind with respect to private law are those of Guido Alpa, Francesco Galgano, Luigi Mengoni, Pietro Rescigno, Stefano Rodotà, Pietro Trimarchi, but one could name just as many important names for other areas of the law. Many of these scholars, who did not all share the same legal philosophy, have regularly paid attention to the common law in their writings and their contributions to the development of civil law theories. I have thus mentioned the names of Italian colleagues who are surely familiar to all the Peruvian jurists who have studied Italian law. Nevertheless, three figures stand out for the special weight they attached to comparative law as a transformative force in the contemporary legal landscape, as well as for their profound contribution to it: Gino Gorla, Mauro Cappelletti, and Rodolfo Sacco. They were the champions of comparative law in Italy, and they succeeded in bringing students in contact with the subject, until the newer generation of scholars, to whom I belong as well, was trained in the field. They did not necessarily share the same vision of comparative law in all respects, as I said, but they all agreed on one thing: the primary importance of the study of the common law for the full development of comparative law studies in the twentieth century.

None of the scholars I have just mentioned even for a moment gave up the idea that the vocation of a legal scholar is to advance legal theory by providing it with firm theoretical groundings. All of those among them who could engage with it included the common law in their field of expertise. They considered it as a proper term for comparison, to cast light on fundamental structures of the civil law, and to study special problems relating to the main fields of the law on which they were working.

The results of this approach were spectacular. I cannot imagine what the field of contract law, or extracontractual liability would be without the contributions of scholars like Stefano Rodotà, Pietro Trimarchi and Guido Alpa, who have a profound knowledge of the common law. Gino Gorla and Rodolfo Sacco, namely the most original and influential writers that Italy has in the field of contract law theory, have made great use of their knowledge of the common law. The foremost expert on the law of property in Italy—namely Prof. Antonio Gambaro—is also the co-author of Italy's most famous introduction to the study of comparative legal systems (Gambaro & Sacco, 2018).

It is also worth noting that Italians in Europe have not been the only ones to benefit from this renewed approach. Many leading scholars in Europe have secured a place of honor for comparative law as a conducive method of legal research, which works by paying adequate attention to the common law world. Still, if I may be allowed to speak for my country, Italians did more than others did in order to establish comparative law as a major subject in the education of students, and in the formation of jurists (Sacco & Gianola, 2016, pp. 175-184).

Why is it that in Italy, more than in other places in Europe, comparative law was perceived as an important subject?

In an interview, Rodolfo Sacco advanced the hypothesis that the dynamic of the local legal tradition vis-à-vis some hegemonic legal cultures explains the turn towards comparative law as an intellectual resource to build Italy's distinctive legal consciousness (Sacco, in Míguez Núñez, 2011, p. 194):

En Italia, la imitación de la ley, de la doctrina y, en menor medida, de la jurisprudencia francesa, fue, durante gran parte del siglo XIX completamente consciente. Fue también consciente la recepción de la doctrina germánica, sobrevenida durante el período 1880-1950. Fue, asimismo, consciente, luego de 1945, el préstamo de modelos americanos en el campo del Derecho Constitucional, de los derechos humanos, del procedimiento penal, etcétera. El jurista italiano conoce dos verdades. Advierte que su conocimiento jurídico se forma de componentes franceses, alemanes y americanos, y sabe además que el Derecho italiano ha podido y puede crecer gracias a las ayudas provenientes desde el exterior.

Under this analysis, other legal systems, like the French, the English, the German, are different because they are perceived by their own jurists as self-sufficient and autonomous. Italians instead have something in common with jurists belonging to other legal systems that have gone through successive waves of foreign influence, like Japan, and who take an interest in comparative law as a way to critically reflect on the making of the national law.

The approach of the pioneers in the field in Italy was vindicated by subsequent developments in Europe and outside Europe. Time tells that they were right.

The world today is much more integrated than it was when those efforts were first made. The increasing recourse to comparative law by supreme courts is a telling indication of the growing appreciation of comparative law as a means of interpretation in this scenario (on the jurisprudence of the Italian Constitutional Court Passaglia, 2018; on the wider European picture: Andenas & Fairgrieve, 2015). Even the U.S. Supreme Court has on its the bench champions of this approach (see, e.g., Breyer, 2015; Bader-Ginsburg, 2005), although their approach has sparked controversy, as it is by no means shared by all the judges on the Court (Posner, 2016).

3. The Common Law: An Alternative, but Also a Supplement to the Civil Law

In Italy, the study of the common law tradition thus provided an opportunity to correct the shortcomings of the old approach, which was eventually abandoned in the second half of the twentieth century.

With few significant exceptions, the masters of the old school, who worked in the first half of the twentieth century, and who subscribed to the conceptualistic, dogmatic method, were also convinced that all law derived from the State. The codes were at the center of their

attention, as a symbol of the capacity of the State to provide a complete statement of the law. On the other hand, the codes were regularly assessed to establish their conformity with the conceptual approach preferred by each author.

Even when nationalism ruled, Italian scholars actually drew heavily on foreign literature to perfect their theories. The footnotes of Italian monographs in this period are full of references to German, or German speaking authors. This literature is cited as if it were directly relevant to Italian interpreters in the interpretation of Italian sources. Quite paradoxically, Italian scholars refrained from using it instead to openly develop comparisons that would highlight the differences existing on many points between German and Italian law. The academic literature of this period made references to judicial decisions even more rarely.

The validity of this approach was challenged a first time when the consequences of the social crisis exploded after the First World War. By the end of the Second World War, the search for an alternative approach also inspired pioneering efforts to approach the common law tradition as an object of study and comparison. Perhaps it was inevitable that this should happen: among the democratic countries, the United States and Great Britain—two nations that are champions of the common law tradition—had lead the coalition that defeated Nazism and fascism in the name of democracy and social reforms.

At first, few scholars had first-hand access to common law sources (but prestigious names of the old generation such as Walter Bigiavi and Cesare Grasseti were among them). Nonetheless, the names I have mentioned above have had an impact on both legal methodology, and on the substance of the law.

Concerning methodology, it is well known that lawyers trained in civil law countries must at first work their way through a written constitution, the codes and legislation, and the scholarly contributions of legal authors, though now everybody agrees on the fact that judicial decisions too are an important component of the law. In Italy, students prepare most university examinations relying heavily on lecture notes and textbooks. Little room is left for the first hand study of judicial decisions, with few notable exceptions. Even very important judicial decisions are mostly mentioned in the classroom as an illustration of doctrines that were first announced from the lectern. This feature of law school pedagogy is by no means without consequences. It builds a certain habit of mind or *mentalité*. Students live all too often under the myth that the legislator has set out an entire, complete and coherent *corpus iuris*, in which there is little space for controversy over what policy the law should develop. They also learn very little about facts, and how to handle them. The provisions of the constitution and of the codes or of the pertinent statutes are cited to students, but they have little opportunity to consider in the classroom actual factual patterns at the origin of a controversy. As a reaction to this state of affairs, there is now a new emphasis on clinical legal education not only in Italy, but in several civil law countries as well. Furthermore, students in my country are seldom put in the position to consider what alternatives a judge has when deciding a case. Our judicial style is not very helpful in this respect either, being usually rather muted and bureaucratic, although what goes on behind the scenes can be more exciting (see on this generally: Lasser, 2004). Lastly, students are often encouraged to think about principles and rules, but they are seldom invited to consider the dimension of litigation and of the available remedies as a very concrete justice issue. This is unfortunate, because the proclamation of rights, when left without the support of efficient remedies, is

merely aspirational. It is also paradoxical in the light of the history of the civil law tradition, considering that Roman law was at first a law of actions.

Surely this is a rather contradictory view of the law as a binding source of rules for an entire community. If the law must rule, there must be clarity about the remedies available to enforce it. It is also a rather misleading view of how civilian legal systems work. Administrative law, namely a branch of the law with immense importance for the life of both businesses and citizens, is by and large uncodified, and definitely not set in stone, but by and large developed through judicial rulings. In many other fields of the law the importance of codes and statutes is not to be denied, it is beyond doubt, but the law is as well developed by the Courts and the opinions of jurists expressed in scholarly writings.

European Union law, along with the law springing from the European Convention of Human Rights, shares a similar foundation. It is also by and large developed through judicial decisions and academic commentary, which is developed along with the secondary sources of that legal order.

Looking at the law from this alternative perspective—namely as an exercise in policy making and effectiveness—provides a formidable supplement to the way legality has been conceived in most civil law countries until relatively recent times (on this: Merryman, 1965; Merryman, 1966). This supplement is extremely important to overcome the notion that legality is established only if legislation dominates.

The focus on courts as actors of legal change that is so characteristic of the common law view corrects our understanding of how judicial decision making contributes to the development of the law. It contributes to clarify how legality is compatible with judicial law making, which most often proceeds incrementally, and how judicial decisions should in turn be interpreted.

There is a wide gap between the English and the U.S. experience in this respect, due to differences in the social, political and economic life in the two countries, and the ways the legal profession is organized, judges are selected, litigation is conducted and courts work, just to mention a few factors. Furthermore, the role played by constitutional adjudication as a factor in the development of the law in the United States has simply no parallel in the United Kingdom. And yet, although English judges do not have the power to review legislation enacted by Parliament, their judgments often articulate in the clearest terms what is at stake in the case before the court in terms of policy.

The judiciary in the countries of continental Europe is also exploring, often under very different conditions, similar dilemmas, as it is called to apply constitutional law, human rights law, and EU law. The style of the judgments that are handed down by our courts is changing and it reveals, to an extent, the dilemmas confronting the adjudication of controversial issues, much has changed since the by-gone old times of formalism.

4. The Common Law: Against (Slavish) Imitation

When it comes to the content of the law, the common law apparently owes little to the legacy of the Roman law, or to the idealistic philosophy that permeates much theory of the law in continental legal systems. Nonetheless, the common law and the civil law tradition share more than it is usually acknowledged.

First of all, the old stereotype that holds the common law to be a quintessentially empirical form of law, not grounded on formal rationality, as Weber argued (see Chaudry, 2011,

pp. 249-287), is simply not credible anymore (Criscuoli & Serio, 2016; Mattei & Ariano, 2018). Although the common lawyers take pride in pragmatism, the common law is governed by principles, that have a rational foundation and govern adjudication. In common law countries eminent judges, jurists and legal philosophers have explored this dimension of the law intensively, an approach that is extremely relevant in establishing the boundaries of judicial discretion and policy making today (Goff, 1983, pp. 169-187; Calabresi, 1985, Dworkin, 1986; Nelson, 2004, pp. 795-838).

Furthermore, quite a lot of give and take has occurred across the Channel over the centuries in the field of law, as well in other fields. Legal historians and comparative law scholars have conducted studies that show how subtle and rich the contribution of continental legal learning is to the development of the common law through the ages, and how these traditions interacted over time. The series *Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History*, sponsored by the Gerda Henkel Foundation, has published thirty books dealing with various aspects of this fascinating story. The Channel and the Atlantic have never been as wide as conventional wisdom would have it, both here and there. Gino Gorla was a pioneer in this field once more (Gorla, 1981; Moccia, 2013; Alpa, 2002).

Nonetheless, it is still true that legal categories and concepts in the common law world are discussed and tested not so much in the vacuum of doctrinal discussions, but rather with reference to facts that sooner or later will end up before the court.

It is extremely instructive, in any event, to compare what operative solutions are supported by a system that assumes the primacy of legislation as a source of law, and what operative solutions emerge when conflicting claims are introduced before the court in a common law country, that shall decide the case according to its precedents. In my experience this comparison helps to bring out fundamental notions, distinctions, and operative rules that quite often are not fully articulated when legal research is carried out exclusively within the civil law tradition. A major example of this type of comparison has inspired many comparative efforts in the last twenty years or so at the European level, with publications such as those collected in the series *Common Core of European Private Law*, edited by Mauro Bussani and Ugo Mattei, the *Ius Commune* casebook series, launched by the late Walter van Gerven, and others. These findings help to understand that the words through which the law is expressed are one thing, and the content of legal rules is a different thing, which is epitomized by the distinction between *ratio decidendi* and *obiter dictum*. That is the entry point to the theory of judicial precedents in a common law jurisdiction.

As I stated above, research in fields like contract law, extracontractual liability and the law of restitution, property law, in Italy has often been conducted through sustained comparative efforts. The same trend has characterized the study of various branches of public law, civil and criminal procedure, while commercial law has always been rather cosmopolitan. Research on these fields has regularly included the law of key common law jurisdictions. This approach has been stimulated by the tendency to deepen the study of the economic analysis of the law, as well as by the fact that for over thirty years the United Kingdom has been part of the European Union, and by globalization itself, of course.

However, as mentioned above, these factors have only contributed to the decision to cross the bridge, namely to study the common law.

The first impulse has rather been to uncover what is common and what is different across frontiers, to provide firmer foundations for the law, by widening the horizons of Italian jurists,

and ultimately to reconstruct a critical genealogy of our experience, an exercise that has a certain emancipatory potential under every sky (see, e.g., with respect to the Latin American experience: López Medina, 2004; Esquirol, 2014).

The fact that common law institutions have evolved outside the framework provided by the Romanistic tradition has worked as a vaccine against the temptation to passively imitate, to cut and paste, a temptation that sometimes has been strong in Italy with reference to French law and then to German law. The nature of the common law is such that more attention goes to the concrete problems and legal issues that courts and legislators are addressing than to a bookish presentation of the law. Working on common law materials essentially requires civilians to critically interrogate their own tradition in the light of the specific learning and epistemology of the other tradition (see, e.g., Legrand, 2002, pp. 21-34). This is a study that is not designed to produce slavish imitation, but that helps the development of mature legal thinking. It is impossible, for example, to imitate the doctrine of estates while developing a treatment of the law of property in a civil law country. There is no demand for this kind of exercise, simply because the two traditions are far apart, and start from very different premises. Yet, to understand how the different elements of property rights are constituted through a comparative study of them is surely an important exercise (Graziadei, 2017b, pp. 71-99).

From a broader critical perspective, one can say that the comparative study of the U.S. experience is especially formative when it comes to understanding what regulating a complex economy is, and what governing a society deeply affected by racial divisions and social inequalities is. Granted, the comparative study of common law systems may also lead to pick and imitate features of the foreign law: many countries, for example, have considered introducing the jury in criminal trials, or class actions, in their judicial systems. Although it makes no sense to try to reinvent the wheel, the shortcut of outright borrowing is often illusory.

Legal theories and doctrines as well as laws are not simply made of text on paper, and their use in a different environment is bound to yield unexpected results, unless the institutional and learning process that leads to their implementation is thoroughly and carefully governed, as the literature on legal transplants abundantly shows (e.g., López Medina, 2004; Graziadei, 2019).

On the other hand, although there *are* important differences among the laws of, e.g., Italy and England, at a deeper level civil law and common law legal systems share more than meets the eye. They are not completely alien to each other, and they have certain fundamental features in common. To begin with, what living under the rule of law is, and sharing, in great measure, the same values, which in Europe are guaranteed by the European Convention of Human Rights, and by the jurisprudence of the European Court of Human Rights.

5. In the Classroom

How should students be introduced to the study of the common law? To fully answer this question would require a more extended analysis, and yet some ideas can be advanced as first elements to foster an initial reflection.

From what I said above, it should be clear that legal education in Italy is not based on a vocational approach to legal studies.

In my country, a good number of students go through a three-year degree program (*laurea di primo livello*) with an eye to get a qualification that will quickly allow them to work in the

private or in the public sector. Nonetheless, access to the classic legal professions of lawyer, notary, or judge in Italy requires a five-year law degree (*laurea magistrale*). Most students still follow this course to get the necessary academic qualification, as they intend to have the possibility to enter one of these professions. During their studies, all students—even those who opt for the three-year degree—are required to follow courses in legal history, legal philosophy, Roman law, and on other subjects, to deepen their understanding of the law as a cultural phenomenon, and to build general capacities, as well as specific legal skills.

Within this framework, all students receive a first comparative law instruction. This is by now mandatory according to the framework for law studies set by the Ministry of Education, University and Research. In several universities (e.g., Florence, Turin, Trento), this first course covers the methodological issues relating to legal comparisons and a presentation of the major legal traditions of the world. This course is usually a first year to a second year requirement. As a minimum, it covers the civil law and the common law tradition, but quite often goes beyond them, and thus presents, at least in outline, Islamic law, and African and Asian legal systems. The law of Latin American countries struggles to find a place in this context, but it is now emerging as a relevant subject. By now several handbooks are dedicated to this general course (Gambaro & Sacco, 2018; Ajani, Francavilla & Pasa, 2018; Varano & Barsotti, 2014; Guarneri, 2016). Quite often, this first course is followed by more advanced courses covering a specific area of the world, such as Anglo-American law, Chinese law, French Law, and so on. Turin is perhaps the law school that offers more in this respect in Italy. We teach five courses that illustrate the law(s) of a particular area of the world (e.g., Chinese law, Indian law, Islamic law, law of French-speaking countries and Anglo-American law). These courses do not exhaust the options available to students in the area of comparative law. They can also choose subjects that usually focus on specific topics like comparative constitutional law, comparative private law, comparative administrative law, legal anthropology, and so on. This experience is matched by the possibility of spending a year or a semester abroad under the Erasmus scheme, or under other exchange programs with non-European countries, including Peru. Some Italian law faculties offer undergraduate law programs that are entirely taught in English (e.g. Trento), or offer double degrees with foreign law faculties (e.g., Bologna, Florence, Rome and Torino). Lastly, at the postgraduate level, several specialized master courses are entirely taught in English, and they too impart an instruction covering aspects of the common law.

Although the general introductory course mentioned above usually consists of lectures on the subject, the courses that follow it are usually taught in a more interactive way. Speaking out of my experience, the best way to proceed is, after imparting a basic comparative law instruction, to let the students play and experiment hands on, in order to learn what it is to explore the common law under the guidance of an instructor who is able to conduct comparative law research.

Of course, the purpose of the exercise is not to master completely the law of foreign jurisdiction while at the same time learning the law of the native country. Let us be open: this is not what students are looking for, nor what we intend to provide. But, having said this, there is still enough room for choice here. Each teacher can provide a critical analysis of the common law approach(es) to a variety of subjects, and from a variety of perspectives, specialising his or her work in a certain direction. As mentioned above, professors and students in Italy are more ready to engage with the common law today than they once were, and yet we are not all

common lawyers by now, of course. We are simply more aware of the evolution of the law on a larger scale. We are open to the idea of acquiring more than a vague idea of what it means to be in contact with this different legal tradition, and its various manifestations.

A gradual introduction is essential, with basic elements that can be imparted in a first course dedicated to comparative legal systems. Those students that have the appropriate linguistic skills may then be trained to study first hand a specific problem by studying the sources in the original. They can be asked questions that involve choosing among different possible approaches and outcomes, and they can be introduced to the library or to online resources in order to search for the relevant law. They will come up with answers that will surprise you for their quality and maturity, and for the fundamental questions that they will raise. Inevitably, the nature of the experiment will vary. There are several ways to practice the art, as we all know (see, e.g., Leckey, 2017, pp. 3-24).

I would like to add a last word regarding the recommendation to be sensitive about the comparative law dimensions of the exercise on which I have already insisted. The students who shall follow this educational path will be non-native speakers of English who are just beginning their careers as lawyers. It is wrong to ask them to forget who they are while learning the foreign law. Their instructors should be able to introduce them to the common law world comparatively, to help them make sense of it. This requires drawing into the discourse the elements of the local law or of other legal experiences that provide appropriate contrasts or analogies in order to help them build their own perspective on what they are studying. There must be adequate training in the translation problems that this involves, to develop a sensitivity for the linguistic dimensions of the enterprise and the methodological problems they involve. These problems are at the frontier of the comparative enterprise, and there is much to be said for a better appreciation of their nature (Jacometti & Pozzo 2018; Ferreri, 2010).

You only have to set a good example, by providing courses in which they can try their skills. They will ask you to give them this opportunity. It should not be lost: the time is ripe to seize it.

REFERENCES

- Ajani, G. Francavilla, D., & Pasa, B. (2018). *Diritto comparato: casi e materiali*. Torino: Giappichelli.
- Alpa, G. (2002). The British contribution to Italian legal thinking. In B. Markesinis (Ed.). *The British contribution to the Europe of the twenty-first century* (pp. 37-62). Oxford, Portland Or.: Hart Publishing.
- Andenas, M., & Fairgrieve, D. (Eds.). (2015). *Courts and comparative law*. Oxford: Oxford University Press.
- Bader-Ginsburg, R. (2005). "A Decent Respect to the Opinions of [Human] kind": The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication. *The Cambridge Law Journal*, 64.3, 575-592.
- Barberis, M. (2011). *Giuristi e filosofi: Una storia della filosofia del diritto*. Bologna: Il Mulino.
- Barsotti, V., Carozza, P. G., Cartabia, M., & Simoncini, A. (2015). *Italian constitutional Justice in the global context*. Oxford: Oxford University Press.
- Bell, J. (2012). Continental European jurisprudence 1850-2000. In M. Lobban, & J. Moses (Eds.). *The impact of ideas on legal development* (pp. 100-126). Cambridge: Cambridge University Press.
- Bomhoff, J. (2013). *Balancing constitutional rights: The origins and meanings of postwar legal discourse*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bouabdallah, S. (2014). *La réception du modèle français en droit civil belge*. Brussels: Bruylant.
- Brescia, U. (1999). Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato Testimonianze e divagazioni sugli anni anteriori e successivi al secondo conflitto mondiale. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 28, 293-509.
- Breyer, S. (2015). *The court and the world, American law and the new global realities*. New York: Alfred Knopf.
- Bruti Liberati, E. (2018). *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*. Roma-Bari: Laterza
- Calabresi, G. (1985). *Ideal, attitudes, beliefs and the law*. Syracuse, New York: Syracuse University Press.
- Calabresi, G. (2003). An introduction to legal thought: Four approaches to law and to the allocation of body parts. *Stanford Law Review*, 55, 2113-2151.
- Cappelletti, M. (1985). Repudiating Montesquieu - the Expansion and Legitimacy of Constitutional Justice. *Catholic University Law Review*, 35.1, 1-32.

- Cassese, S. (2016). Sulla diffusione nel mondo della giustizia costituzionale. Nuovi paradigmi per la comparazione giuridica. In S. Bagni, M. Nicolini, E. Palici di Suni, L. Pegoraro, A. Procida Mirabelli di Lauro, M. Serio (Eds.), *Giurisconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze* (pp. 84-89). Torino: Giappichelli.
- Chaudhry, F. (2011). The promise and paradox of Max Weber's legal sociology: The categories of legal thought as types of meaningful action and the persistence of the problem of judicial legislation. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 20.2, 249-287.
- Criscuoli, G., & Serio, M. (2016). *Nuova introduzione allo studio del diritto inglese*. Milano: Giuffrè.
- Cohen-Eliya, M., & Porat, I. (2013). *Proportionality and constitutional culture*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Dworkin, R. (1986). *A matter of principle*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Ehrlich, E. (1936). *Fundamental principles of the sociology of law* (W. L. Moll, Trans.; with an introduction by R. Pound). Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Esquirol, J. (2014). *Las ficciones del derecho latinoamericano*. México, D. F.: Siglo del Hombre Editores.
- Esser, J. (1961). *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch.
- Ferreri, S. (2010). *Falsi amici e trappole linguistiche. Termini contrattuali anglofoni e difficoltà di traduzione*. Torino: Giappichelli
- Galgano, F. (1969). Delle persone giuridiche: disposizioni generali, delle associazioni e delle fondazioni: artt. 11-35. In *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*. Bologna: Zanichelli; Rome: Foro italiano.
- Gambaro, A., & Sacco, R. (2018). *Sistemi giuridici comparati* (4th ed.). Torino: Utet.
- Goff, R. (1983). The search for principle. *Proceedings of the British Academy*, 69, 169-187.
- Gorla, G. (1981). *Diritto comparato e diritto comune europeo*. Milano: Giuffrè.
- Grande, E. (2016). Legal transplants and the inoculation effect. How American criminal procedure has affected Continental Europe. *The American Journal of Comparative Law*, 64.3, 583-618.
- Graziadei, M. (2019). Comparative law as the study of transplants and receptions. In M. Reimann, & R. Zimmermann (Eds.), *The Oxford handbook of comparative law*. Oxford: Oxford University Press.
- Graziadei, M. (2017a). La dottrina giuridica e la sua diffusione In S. Faro & G. Peruginelli, *La dottrina giuridica e la sua diffusione*, Torino: Giappichelli.

- Graziadei, M. (2017b). The structure of property ownership and the common law/civil law divide. In M. Graziadei, & L. Smith (Eds.), *Comparative property law: Global perspectives*. Cheltenham: Edward Elgar.
- Grossi, P. (2000). *Scienza giuridica italiana: un profilo storico: 1860-1950*. Milano: Giuffrè.
- Grossi, P. (2017). *L'invenzione del diritto*. Bari-Roma: Laterza.
- Guarneri, A. (2016). *Lineamenti di diritto comparato* (7th ed.). Padova: Cedam.
- Guastini, R. (1998). La “costituzionalizzazione” dell’ordinamento italiano. *Ragion pratica*, 11.1, 185-206.
- Gurvitch, G. (1935). *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*. Paris: Pedone.
- Gurvitch, G. (1940). *Éléments de sociologie juridique*. Paris: Aubier.
- Hanafin, P. (2013). Rights, bioconstitutionalism and the politics of reproductive citizenship in Italy. *Citizenship Studies*, 17.8, 942-955.
- Hesselink, M. (2014). The new European legal culture—Ten years on. In G. Helleringer, & K. P. Purnhagen (Eds.), *Towards a European legal culture* (pp. 17-24). Munich: C.H. Beck; Hart: Oxford, Portland Or.; Baden-Baden: Nomos.
- Jacometti, V. & Pozzo, B. (2018). *Traduttologia e linguaggio giuridico*. Padova: Cedam
- Jori, M., & Pintore, A. (2014). *Introduzione alla filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli.
- Kelemen, R. D., & Sibbitt, E. C. (2004). The globalization of American law. *International Organization*, 58.1, 103-136.
- Kennedy, D. (2006). Three globalizations of law and legal thought: 1850-2000. In D.M. Trubek, & A. Santos (Eds.), *The new law and economic development: A critical appraisal* (pp. 19-73). Cambridge: Cambridge University Press.
- Lasser, M. de S.-O.-l’E. (2004). *Judicial deliberations: A comparative analysis of transparency and legitimacy*. Oxford: Oxford University Press.
- Leckey, R. (2017). Review of comparative law. *Social & Legal Studies*, 26.1, 3-24.
- Legrand, P. (2002). Alterity: About rules, for example. In P. Birks, & A. Pretto (Eds.), *Themes in comparative law: In honour of Bernard Rudden* (pp. 21-34). Oxford: Oxford University Press.
- López Medina, D. E. (2004). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, Universidad de los Andes, Universidad Nacional.
- Mattei, U., & Ariano, E. (2018). *Il modello di common law*. Torino: Giappichelli.
- Merryman, J.H. (1965). The Italian Style I: Doctrine. *Stanford Law Review*, 18.2, 39-65.
- Merryman, J.H. (1966). The Italian Style III: Interpretation. *Stanford Law Review*, 18.4, 583-611.
- Míguez Núñez, R. (2011). Comparar: conversaciones con Rodolfo Sacco. *Revista chilena de derecho privado*, 17, 193-226.

- Meniconi, A. (2012). *Storia della magistratura italiana*. Bologna: Il Mulino.
- Moccia, L. (2013). *La formación del derecho europeo. Una perspectiva histórico-comparada*. Madrid: Universidad Complutense.
- Nelson, W. (2004). Brown v. Board of Education and the Jurisprudence of Legal Realism. *St. Louis University Law Journal*, 48, 795-838.
- Pace, A. (1993). Diritti 'fondamentali' al di là della Costituzione? *Politica del diritto*, 14.1, 3-11.
- Passaglia, P. (2018). I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016. In *Atti del 12° Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile, Napoli, 11-13 maggio 2017*. Napoli: E.S.I. 63-102.
- Perlingieri, P. (1984). *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: E.S.I.
- Petersen, N. (2017). *Proportionality and judicial activism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Pino, G. (1998). Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale. In P. Comanducci & R. Guastini (Eds.). *Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica* (pp. 203-227). Torino: Giappichelli.
- Pizzorusso, A. (1995). I «sistemi giuridici comparati» nel piano di studio della facoltà giuridica pisana. *Il Foro Italiano*, 118.1, 383-388.
- Posner, E. A. (2016). Book review: *The Court and the World: American Law and the New Global Realities*. *Yale Law Journal*, 126.2, 504-545.
- Pound, R. (1911). The scope and purpose of sociological jurisprudence. I & II. *Harvard Law Review*, 24.8, 591-619; 25.9, 140-168.
- Ranieri, F. (2015). Hacia los orígenes del derecho civil europeo. Algunas observaciones sobre las relaciones entre pandectística alemana y doctrina civilista italiana en materia de negocio jurídico. *Revista Derecho Privado* [online], 28.1, 13-43.
- Reimann, M. (1990). Nineteenth century German legal science. *Boston College Law Review*, 31.4, 837-897.
- Reimann, M. (2014). The American advantage in global lawyering. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 78.1, 1-36.
- Reimann, M. (2018). European Advantages in Global Lawyering. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 82.4, 885-921.
- Rescigno, P. (1966). *Persona e comunità: Saggi di diritto privato*. Bologna: Il Mulino.
- Sacco, R. (1981). Il diritto degli scambi transnazionali (Un nuovo piano di studi nella Facoltà giuridica torinese). *Il Foro italiano*, 104.3, 77-80.
- Sacco, R. (1995). L'Italie en tête (À propos de l'enseignement du droit comparé). *Revue internationale de droit comparé*, 47.1, 131-133.

- Sacco, R. (2005). Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo. *Rivista di diritto civile*, 51.4, 417-452.
- Sacco, R., & Gianola, A. (2016). The history and importance of comparative law in Italy. In C. Jamin, & W. Van Caenegem (Eds.), *The internationalisation of legal education* (pp. 175-184). Switzerland: Springer.
- Shapiro, M. (1981). *Courts: A comparative and political analysis*. Chicago and London: The University of Chicago Press.
- Silvestri, G. (1997). *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*. Torino: Giappichelli.
- Stronati, M. (2012). Socialismo giuridico e il solidarismo. In *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Il Diritto* (pp. 405-412). Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani.
- Sturley, M. F. (1986). International uniform laws in national courts: The influence of domestic laws in conflicts of interpretation. *Virginia Journal of International Law*, 27.4, 729-802.
- Teubner, G. (Ed.). (1996). *Global law without a State*. Aldershot: Dartmouth Publishing Group.
- Varano, V., & Barsotti, V. (2014). *La tradizione giuridica occidentale: Testo e materiali per un confronto civil law common law* (4th ed.). Torino: Giappichelli.
- Von Jhering, R. (1877). *Der Zweck im Recht*. Leipzig: Breitkopf & Härtel.
- Von Jhering, R. (1884). *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*. Leipzig: Breitkopf & Härtel.
- Wiegand, W. (1991). The reception of American law in Europe. *The American Journal of Comparative Law*, 39.2, 229-248.
- Wiener, J. B., Rogers, M.D, Hammitt, J.K., Sands, P.H. (Eds.). (2011). *The reality of precaution: Comparing risk regulation in the United States and Europe*. Washington, D.C., London: RFF Press.
- Zagrebelsky, G. (2011). Le false risposte del diritto naturale. In *Id., Lo stato e La Chiesa*. Rome: L'editoriale l'Espresso.

COMPARACIONES IMPLÍCITAS Y EDUCACIÓN JURÍDICA: RELATO DE UNAS CONVERSACIONES ANDINAS

*Mireille Fournier**

1. Introducción

En la convocatoria de esta obra colectiva, el uso de ciertas expresiones genera algunas preguntas sobre la percepción que se tiene del papel que juega el derecho comparado en la educación jurídica. Según el título provisional, hemos de escribir sobre «la persistente relevancia» del estudio del derecho comparado (CICAJ, 2017, p. 1). Esta relevancia tiene que «persistir» porque —presumo— regularmente se pone en duda, especialmente en los propios círculos de la disciplina (Monateri, 1998, p. 825). Precisamente, se solicita una «justificación» para el estudio comparado, y solo en un segundo plano se habla del «método» (CICAJ, 2017, p. 1); es decir, de cómo se ha de enseñar el derecho comparado. ¿Qué tipo de justificación imaginamos para este estudio?

Mientras que en la convocatoria se menciona primero el valor de cierta «apertura» del estudiante hacia una «realidad normativa global» que —considero— nos engloba a todos (CICAJ, 2017, p. 1), se aclara subsecuentemente que se trata, más bien, de mirar hacia un horizonte ya marcado por trasplantes originados en «centros de producción normativos» que —presumo otra vez— no incluyen a todos (CICAJ, 2017, p. 1). Así, mientras se habla de construir «puentes» entre tradiciones (CICAJ, 2017, p. 1), una puede legítimamente cuestionar si el flujo que caracteriza el movimiento en esos puentes está destinado a ser unidireccional. ¿Dónde se ubican y cómo originan esos «centros» de la producción normativa?

Finalmente, se nota en la convocatoria la «importancia» del estudio del derecho comparado para un sistema que se presenta como el «nuestro» y unas instituciones «nuestras» (CICAJ, 2017, p. 1). Se trata aquí del estudio del derecho comparado como participación en un proyecto de «desarrollo (histórico y filosófico)» (CICAJ, 2017, p. 1). El último párrafo de la convocatoria nos recuerda que una función de este desarrollo es la aceptación en nuestro lenguaje de ciertos términos (in)migrantes como «pluralismo» y «globalización», que son inmigrantes por no tener propiamente un origen en la disciplina jurídica, pero que ya pertenecen a ella (CICAJ, 2017, p. 1). ¿Qué giro teórico produce la adopción de esos términos relativamente nuevos en el lenguaje de nuestra disciplina?

Esta convocatoria tiene mucho potencial para generar una conversación enriquecedora. En este artículo, quisiera compartir algunas reflexiones originadas en un curso de derecho comparado dictado en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes en el mes de

* La autora es licenciada en Derecho Civil y *Common Law* por la Universidad de McGill (2016). Practicó derecho de los pueblos originarios en Montreal (2017) y actualmente cursa estudios de postgrado en la Universidad de Victoria (2017-2018). Deseo agradecer a Amaya Álvez Marín, Andrés Guiot, Isabel Cristina Jaramillo Sierra por las conversaciones, y a Jean-Paul Saucier Calderón, Carolina Cruz-Vinaccia y a uno de mis revisores anónimos por sus aportes y comentarios valiosos.

julio del 2016¹. El título de este curso fue «Aproximaciones del tercer mundo al derecho constitucional: Latinoamérica en perspectivas comparadas». Un título largo, en cierta medida provocativo y que suscitó, notablemente, conversaciones apasionadas sobre el uso de la expresión «tercer mundo» y sobre la elección de Latinoamérica como unidad de análisis para el estudio comparado del derecho.

Este curso y el contexto en que lo seguí —siendo una estudiante canadiense en Colombia— suscitaron en mí algunas reflexiones sobre el rol del derecho comparado en la educación jurídica. En particular, se expuso lo que denominaré «comparaciones implícitas», las comparaciones que cada una (profesoras y alumnas de derecho) ya está haciendo antes que cualquier estudio comparativo. Sin participar formalmente de la disciplina del derecho comparado, pienso que muchas juristas ya están comparando los derechos de varios estados y pueblos sin necesariamente darse cuenta². Estas comparaciones implícitas tienen que ver con la constitución de la identidad de una como jurista y los relatos que contribuyen a esta³. Por ahora, solo voy a mencionar la comparación que se hace entre el conocimiento jurídico originado en el Norte Global y el conocimiento jurídico originado en el Sur Global. Dichas comparaciones están profundamente arraigadas, razón por la cual es difícil llegar a desentrañarlas hasta poder estar consciente de su presencia y de su persistencia.

Más allá de la exposición de estas comparaciones implícitas, la conversación que tuvimos en este curso se aventuró en el difícil terreno de la justicia. Nuestras comparaciones implícitas complican o hasta imposibilitan un estudio neutro del derecho comparado, porque la actividad comparatista siempre se inscribe en el contexto de otro proyecto basado en ellas, bien sea de reforma, de conservatismo, de unificación o de proteccionismo jurídico (Resta, 2017, p. 1162). Por ello, profesoras y alumnas deben cuestionar su propia evaluación sobre cuáles comparaciones son justas —¿será esta la palabra justa, la palabra apropiada para expresar lo que una quisiera decir?—, cuáles son injustas y en qué consiste, para ellas, un estudio comparativo del derecho que «haga justicia» a las identidades e historias distintas de cada persona o grupo de personas. Intento ofrecer, entonces, un principio de «justificación»⁴ que refleje la dificultad de este estudio.

Pues bien, produzco este texto a partir de un recuerdo incompleto de las conversaciones difíciles que tuvimos en el salón de clase en aquel mes de julio del 2016⁵. Algunas de las preguntas fundamentales del curso fueron: (1) ¿Por qué estudiar el derecho latinoamericano? (2) ¿Por qué estudiar el derecho desde una perspectiva «del tercer mundo»? (3) ¿Qué nos enseña

1 La instructora de este curso era la Dra. Amaya Álvarez Marín, profesora invitada de la Universidad de Concepción (Chile).

2 Aunque use la palabra «implícita», no adopto el sentido particular que le dan Roderick Macdonald y Kate Glover a esta expresión. No puedo, sin embargo, omitir el trabajo de Roderick Macdonald de las fuentes de mi trabajo (Macdonald y Glover, 2013).

3 Para algunos, esta retórica constitutiva es la naturaleza misma del derecho (James Boyd White, 1985).

4 Antiguamente, justificar era juzgar (en latín, *justificare* significa «hacer justicia»).

5 La responsabilidad por cualquier error es enteramente mía. Reconozco que muchas de las fuentes aquí analizadas las estudié por primera vez en este curso. Quisiera acotar también que el curso comportaba otras fuentes, así como autores clásicos de la disciplina del derecho comparado, que no forman parte de este artículo por exclusión intencional de la autora y, además, que las fuentes citadas en la cuarta parte del artículo no fueron discutidas en el curso.

6 Siguiendo el método de análisis propuesto por el movimiento de las Third World Approaches to International Law (TWAIL).

sobre el derecho adoptar una perspectiva propia a las historias de América Latina? Y (4) ¿cuáles comparaciones implícitas podemos abandonar para empezar un estudio más justo de nuestra propia tradición jurídica? Estas cuatro preguntas estructuran las cuatro secciones que forman este artículo.

2. ¿Por qué estudiar el derecho latinoamericano?

Para mí fue sorprendente descubrir que el interés de estudiar el derecho comparado de varios países latinoamericanos no cae por su propio peso, incluso en una escuela de derecho en Colombia. Igualmente, la razón por la que tuve que ir a Colombia a estudiarlo es que en las facultades de Montreal y París⁷, a las que asistí durante cuatro años, no tuve ninguna posibilidad de estudiar el derecho de algún país o región del Sur Global⁸. Efectivamente, pareciera que se cree en esas facultades que las comparaciones entre el derecho de los países del Norte y el derecho de los países de Sur son tenues, ajenas, o inútiles. Esta primera comparación implícita por parte de mis colegas del Norte me parece una presuposición esencialmente neocolonial y, científicamente, una equivocación.

En *Constitucionalismo del Sur Global*, Daniel Bonilla Maldonado (2014) reflexiona sobre el fenómeno del desinterés en las facultades del Norte con relación al derecho de los países del Sur (p. 18). Este desinterés no solo muestra la ceguera de los juristas del Norte, sino también impone, según Bonilla (2014), una «jerarquía» —unas normas— del conocimiento jurídico «firmemente arraigada» (p. 17). En otras palabras, se sugiere que todas hacemos una comparación implícita entre el conocimiento jurídico originado en el Norte Global (más potente, más científico, más válido) y el conocimiento jurídico originado en el Sur Global (más débil). Por supuesto, puede ser que esta comparación sea más fuerte según la disciplina (¿derechos humanos, derecho internacional?), pero esta observación no niega el fenómeno.

El concepto de «centro de producción normativa» refleja las inequidades generadas por la ya mencionada comparación implícita entre conocimiento originado en el Norte y conocimiento originado en el Sur. En su *Teoría impura*, Diego López Medina (2004) atrae nuestra atención sobre los conceptos de «sitios de producción» y «sitios de recepción» de teoría jurídica, como generadores de jerarquías implícitas (p. 22). Según esta concepción del conocimiento jurídico, es en cierta medida normal —¿justo?— que las normas disciplinarias se generen en «centros» y se reproduzcan en lugares ubicados en las «periferias». Consciente de estas construcciones de nuestro lenguaje disciplinario, Bonilla (2014) se refiere al «Sur Global», en vez de usar la expresión «países en vía de desarrollo», para rechazar la carga peyorativa de dicha expresión (p. 17), y tal vez para excluir de su discurso cualquier noción jerárquica. «Mirar hacia el Sur» y hablar del Sur con connotación positiva⁹, nos enseña Bonilla, supone

7 La Facultad de Derecho del Instituto de Estudios Políticos de París (*Sciences Po*).

8 En la Facultad de Derecho de McGill ha habido intentos de dictar cursos de derecho latinoamericano, notablemente por parte de la estudiante de doctorado Nelcy López Cuéllar en el 2011 y también por parte del profesor Evan Fox-Decent en el 2008. Desde esos años, no ha habido otro curso sobre dicha materia.

9 El concepto del «Sur» tiene connotaciones fuertes que se fundamentan sobre una literatura de la cual no pretendo ser experta. Puede ser que cada obra al respecto contenga un imaginario distinto del Sur. Por ejemplo, en la película *Sur*, Fernando Solanas imagina el Sur como un proyecto académico de resistencia frente al colonialismo capitalista y militarista. En la película, los militares que intentan quemar los interminables documentos del «Proyecto Sur» no lo logran sin sofocarse con el humo. Para mí, esta escena explora algunos de los posibles elementos constitutivos de sentido, en el imaginario del Sur potente (Véase: Solanas, 1988).

la transgresión de unas normas jerárquicas impuestas por el discurso de la disciplina jurídica misma tanto en el Norte como en el Sur.

El rechazo de la expresión «países en vía de desarrollo» va de la mano con el rechazo de otra comparación implícita: la de la «efectividad mayor» del derecho de los países del Norte¹⁰. Esta comparación tiene como fundamento teórico «el imaginario social del desarrollo» y la afirmación según la cual el Sur se encuentra en un estado de «subdesarrollo». Consecuentemente, coadyuva en la influencia neocolonial que tienen algunos discursos jurídicos del Norte¹¹. La idea del «subdesarrollo jurídico» del Sur, escribe Bonilla, se deriva también de conceptos científicos. Notablemente, se relaciona con una definición estrictamente funcionalista del derecho como «instrumento de control social» (Bonilla Maldonado, 2014, p. 19). Siguiendo esta idea, una tradición jurídica que no logre producir el gran silenciamiento político que caracteriza a algunas sociedades (principalmente anglosajonas) del Norte no vale la pena ser estudiada.

Con estas ideas reductoras, ciertos investigadores del Norte vienen al Sur a estudiar «el fracaso de los ordenamientos jurídicos» del Sur (Bonilla Maldonado, 2014, p. 20). Sus estudios se basan en una comparación implícita que niega el interés que las tradiciones jurídicas originadas en el Sur pueden tener por sí mismas y que, además, niega la posibilidad de comprender el derecho como tradición para, más bien, verlo como «instrumento». Esta negación activa del interés científico de las tradiciones del Sur forma parte de una destrucción masiva de saberes y de fuentes de experiencias sociales que Boaventura de Sousa Santos (2014) ha llamado «epistemicidio» (pp. 238 y ss.). Puede ser que, debido a esta actitud, estudiantes y profesoras tanto del Norte como del Sur se niegan a estudiar conversaciones y textos que tratan de justicia, de derechos y de reivindicaciones¹². Las comparaciones implícitas que informan (y realmente «gobiernan») nuestros estudios jurídicos hacen injusticia a las realidades jurídicas complejas. En este sentido, un estudio injusto del derecho, que niega el interés de la tradición jurídica estudiada y, por lo tanto, le hace injusticia, «sí existe».

Resulta que «mirar hacia el Sur», y estudiar con interés auténtico un derecho comparado latinoamericano, es invocar a una cierta justicia en nuestros estudios¹³. En efecto, ello significa requerir que se reconozca que los debates sobre la justicia son constitutivos de identidades colectivas complejas y fascinantes, y por ello mismo merecen ser objeto de consideración. Semejante invocación a la justicia no implica que el derecho anglosajón no se deba estudiar, sino, simplemente, que las razones por las cuales una elige estudiarlo en lugar de otro derecho podrían ser explicitadas y examinadas, para no dejar campo libre a perniciosas comparaciones implícitas.

10 Esta es otra comparación denunciada por Bonilla en *Constitucionalismo* (2014, p. 19).

11 En su libro *La invención del tercer mundo*, el antropólogo Arturo Escobar sitúa el discurso del «desarrollo» en el contexto de la «lucha a la pobreza» que caracterizó al contexto político estadounidense durante la Guerra Fría. Especialmente, nos hace recordar el discurso en el que el presidente Truman relaciona el «desarrollo» del tercer mundo con la «seguridad» del primer mundo (Escobar, 2007).

12 Ciertamente, una de las conversaciones que no se escuchan frecuentemente, sobre todo en el Norte, es la de los estudios del «giro decolonial» (Mignolo, 2007; Quijano, 2000; Rivera, 1987).

13 Jedidiah Kroncke propuso esto en un artículo donde explica que el giro hacia el derecho comparado en los estudios jurídicos estadounidenses es un giro afuera de la disciplina del «derecho y desarrollo», disciplina esencialmente enfocada en la influencia que han tenido los EE. UU. en el extranjero (véase: Kroncke, 2012).

3. ¿Por qué estudiar el derecho desde una perspectiva del «tercer mundo»?

Tuve un momento de vacilación al inscribirme en un curso llamado «Aproximaciones del tercer mundo». No conocía la obra del movimiento Third World Approaches to International Law (TWAIL), y pensé, he de confesar, que, con toda honestidad, ¡no «quiero» ir a Colombia a estudiar las aproximaciones «del tercer mundo»! Esta expresión («tercer mundo»), para mí, era muy provocadora, y no estaba segura de que la hubiera usado hasta para referirme a lo que iba a estudiar. Decidí que tal vez valía la pena tomar el curso, aunque fuera solamente para saber por qué se llamaba así.

El aporte de la metodología de las «Aproximaciones del tercer mundo al derecho internacional» a mis estudios jurídicos fue lo que hizo explícito el punto de vista del sujeto de conocimiento. En su trabajo sintético de las varias corrientes del movimiento llamado TWAIL, Luis Eslava y Sundhya Pahuja (2012) indican que los autores del TWAIL nos invitan a tomar una perspectiva que «viene desde alguna parte en el Sur Global», en inglés: «from somewhere in the Global South» (p. 195). La invitación, entonces, es una invitación a acostumbrarse no solo a mirar explícitamente «hacia», sino también a mirar «desde». ¿Cuál es el efecto sobre los estudios jurídicos de aprender a posicionar la mirada desde algún punto de vista geográfico, histórico y, tal vez, económico?

La consciencia de que el sujeto del conocimiento jurídico es una producción histórica, geográfica y económica estuvo ausente en la mayor parte de los cursos de derecho que he tomado durante mi educación jurídica. Por ello, afirmar que algún derecho (internacional, nacional u otro) pueda ser visto de manera distinta —como justo o «no»— desde puntos de vista geográficos o económicos distintos, a mi parecer, enriquece excepcionalmente los estudios jurídicos¹⁴. En mi concepto, el giro de posiciones teóricas que nos ofrecen los autores del TWAIL y otras obras del giro decolonial permite, en cierta medida, invertir —o más bien subvertir— algunas de nuestras comparaciones implícitas.

Por ejemplo, Amar Bhatia (2012), en su trabajo sobre la contribución que ofrecen las experiencias de los pueblos originarios del Sur y del Norte al análisis del movimiento TWAIL, nos invita a reflexionar sobre el punto de vista de «todos los pueblos marginalizados por el sistema jurídico occidental» (p. 157). La perspectiva de los pueblos originarios, naciones sin Estado que forman a la vez el Sur del Norte y el Sur del Sur, exige que se mire más allá del paradigma estatal en el estudio del derecho (Bhatia, 2012, p. 157). Deshacerse de la comparación estatista entre grupos que tienen «Estado» (y, por lo tanto, un derecho) y otros que no tienen Estado es muy difícil (Antaki, 2015, p. 105), pero, tal vez, es necesario para imaginar lo que podría ser una justicia «inter-nacional» entre grupos o hasta «entre personas».

Por ejemplo, la injusticia del sistema jurídico canadiense hacia los pueblos originarios que viven en Canadá es un terreno de estudio que día a día toma más importancia en las facultades de derecho canadienses. Por ende, me asombra que no se hable del proyecto de la constitución plurinacional boliviana (Schavelzon, 2012) o de la labor de reafirmación de sus saberes realizada por los mapuches en Chile (Nahuelpan *et al.*, 2012, p. 5). Francamente, me parece que

¹⁴ Se debe reconocer el trabajo muy importante hecho por los estudios críticos del derecho, y especialmente los estudios feministas, en el desarrollo de esta teoría. En su estudio de los varios discursos que han tenido las feministas dentro de la teoría jurídica, Isabel Jaramillo Sierra ha dibujado un retrato de las diversas maneras en las cuales estas teorías han enriquecido la teoría jurídica, en particular el pensamiento del desarrollo y su crítica (Jaramillo Sierra, 2014).

las instituciones y facultades de derecho en Canadá se confunden en una retórica de «verdad y reconciliación» que todavía no ha logrado mucho, mientras que no le prestan atención al trabajo jurídico y académico que transforma el terreno en el Sur.

Más allá de la explicitación del punto de vista del sujeto de conocimiento, diría que otro aspecto prometedor del TWAIL, uno que puede ser caracterizado como «existencial» (que tiene que ver con la manera de ser), es que ofrece un lenguaje para expresar aquello que no necesariamente puede afirmarse usando el lenguaje jurídico formal. Un ejemplo de esto se puede ver en el título mismo del movimiento. Desde mi punto de vista, la reivindicación del tercer mundo como identidad del sujeto de conocimiento jurídico es algo sorprendente¹⁵. En inglés políticamente correcto, no se utilizarían estas palabras; se hablaría más bien de «países o regiones en vía de desarrollo», denominación que claramente tiene su propia carga de comparaciones implícitas¹⁶.

Resulta que elegir la expresión «tercer mundo» para describir el punto de vista de los autores tiene un fuerte impacto retórico. Al identificar el movimiento TWAIL como un «agrupamiento político» y científico (Eslava y Pahuja, 2012, p. 195), algunos autores refuerzan su toma de posición crítica. Esencialmente, estos autores buscan acabar con el lenguaje jurídico y académico complaciente y su forma de censura (Bourdieu, 1977, p. 27), y adoptan en su lugar un lenguaje que pretende revelar una verdad histórica: el tercer mundo, dicen los autores del movimiento TWAIL, sigue siendo un análogo del Tercer Estado del 1789. Es decir, una entidad que, si bien puede tener una voz, no se escucha.

Tal vez la «tercermundialidad» del tercer mundo tenga que ser recordada antes de ser denunciada, y tal vez ello solo se pueda llevar a cabo mediante la adopción de un léxico políticamente incorrecto y posiblemente violento. El nombre que eligieron los autores para identificar su movimiento puede ser, en sí, un recuerdo de que el derecho internacional y su expansión como disciplina académica y campo de práctica se hicieron —y siguen haciéndose— a través de un proceso de colonización (Eslava y Pahuja, 2012, p. 196).

La «resistencia» y la «reforma» que identifican Eslava y Pahuja como maneras de participar al discurso del derecho internacional (Eslava y Pahuja, 2012, p. 199) son más que jurídicas (en el sentido estricto del término). Son de algún modo «existentiales», porque tienen que ver con la manera de ser de una persona. Tal vez, el uso del término «tercer mundo» opera una subversión del lenguaje jurídico y académico. Pues, para mí, lo más difícil es imaginar que «yo» podría —o debería— empezar a utilizar el término «tercer mundo», es decir, «resistirme» (a mi tendencia a lo políticamente correcto) o «reformarme» (cambiar completamente mi manera de hablar). Esta labor requiere mucha energía, pues implica una suerte de enajenación.

Este punto captó cierta atención en las discusiones que tuvieron lugar durante nuestro curso. Mientras algunas estudiantes pensaban que la frase «tercer mundo» era justa porque revelaba el carácter colonialista de la disciplina en contra del Sur en vez de ocultarla bajo algún

15 La expresión «tercer mundo» fue planteada por el economista francés Alfred Sauvy, quien la utilizó para describir los estados que no eran parte del bloque capitalista ni del bloque socialista durante la Guerra Fría. Él eligió esas palabras en referencia al Tercer Estado, la parte de la sociedad francesa del *Ancien Régime* que no tenía privilegios (Williams, 1983, p. 102).

16 Algunos autores denuncian el carácter «políticamente correcto» del lenguaje jurídico y la violencia eufemística que ejerce sobre ciertas realidades. Alejandro Medici, en su teoría constitucional, reconoce y denuncia el lenguaje propio al constitucionalismo formal, y le presta un carácter propiamente imperialista (Medici, 2013, p. 60).

eufemismo, otros pensaban que esta violencia del lenguaje perpetuaba una injusticia en contra del mismo Sur. Hubo un debate y no encontramos una solución retórica que realmente haga justicia a los varios puntos de vista que se van desplegando desde el Sur.

Una cosa sí es segura: mirar y hablar «desde» el Sur invoca a la justicia de una segunda manera. No se trata solamente de denunciar una brecha que se agrande «entre algún sentido de justicia y el derecho [positivo]» (Eslava y Pahuja, 2012, p. 208), sino también de «distanciarse» (Frankenberg, 1985, p. 411) de una forma de hablar y de pensar el «derecho» (lo recto). En su invitación reiterada al *get down and dirty* con el derecho internacional, Eslava y Pahuja (2012) reconocen que el derecho internacional deriva gran parte de su poder mediante la construcción de una distancia discursiva, normativa e institucional (p. 215). Me parece importante, entonces, «considerar» el uso de un idioma franco —y hasta «violento»— y (por lo menos) hacer el intento de establecer un contraste con el aprendizaje del lenguaje jurídico.

Puede ser que aquella sea la única estrategia para fragilizar el edificio discursivo y civilizador del derecho, que estructura nuestra manera de hablar (y de ser). Me parece posible que también (paradójicamente) el uso de un idioma franco disminuya el efecto violento que tiene el aprendizaje de la disciplina jurídica sobre sus profesoras y alumnas (Saucier Calderón, 2015, p. 411). Si aprender el derecho tiene mucho que ver con la adopción de un lenguaje y de un tono propiamente institucional, lo cual tiene por efecto el silenciamiento de la voz propia de la que escribe o habla, tal vez este aprendizaje debe ser equilibrado por el estudio de unas voces fuertes, enojadas, y sinceras.

Más aún, me tocó reconocer la posibilidad de que lo que me incomoda del uso de la expresión «tercer mundo» es, precisamente, lo que hace justicia a unas voces que podrían ser silenciadas. El reconocimiento del punto de vista de las silenciadas, y el uso de un lenguaje franco para hablar de ello —reconociendo, por ejemplo, que el estudio de la disciplina jurídica nos hace a menudo adoptar un punto de vista «colonial estatista» y el lenguaje políticamente correcto que va de par con ello—, puede constituir el punto de partida hacia un entendimiento personal de la justicia. En ciertos campos de práctica, como el derecho de los pueblos originarios, puede ser necesario adoptar tal punto de vista para hacer justicia a la historia y a las reivindicaciones que una intenta formular.

4. ¿Qué nos enseña sobre el derecho la adopción de unas perspectivas propiamente arraigadas en las historias¹⁷ de Latinoamérica?

La voluntad civilizadora del derecho como profesión, y como disciplina académica, ha marcado de manera significativa la historia del continente americano. Liliana Obregón propuso una interpretación franca de la influencia de esta voluntad civilizadora sobre la historia del derecho internacional latinoamericano. Obregón (2012) muestra que la invocación a una «identidad latinoamericana» en el trabajo de los juristas internacionalistas ha sostenido proyectos políticos y legales regionalistas, racionalistas y civilizadores (p. 2).

Obregón enfatiza que, en su voluntad de crear una unión de estados liberados del Sur, Simón Bolívar (1826) celebraba «la potencia del mundo de Cristóbal Colón» (p. 175), y resalta que esta emancipación fue parcial: Bolívar no cumplió con su promesa de liberar a los esclavos

17 Acá se refiere a «las historias» en plural, pues se postula que la historia es una realidad multifacética y plural. Plantear lo contrario sería incoherente con nuestra posición teórica.

(Obregón, 2012, p. 6). Para él, como para los juristas internacionalistas que siguieron, el rol de la disciplina del derecho y de sus instituciones era civilizar. En otras palabras, el derecho tenía la función de transformar las sociedades con la finalidad de «mejorarlas», hasta igualar o incluso superar las de Europa (Obregón, 2012, p. 10). Obregón concluye con una observación sobre la violencia hecha a los pueblos originarios en nombre de estos ideales.

¿Han desaparecido del discurso jurídico actual los ideales identificados por Obregón? ¿Estas comparaciones implícitas entre «salvaje y civilizado» o entre «tradicional y moderno», que caracterizaron la historia del movimiento internacionalista en América Latina, hacen todavía parte del razonamiento inculcado en la educación jurídica? ¿Hay algún elemento en la educación jurídica que permita transformarnos en idealistas que busquen «mejorar» la sociedad a cualquier precio, y hagan violencia a las otras realidades jurídicas que conviven dentro de un mismo estado?

¿Es ubicar el «origen» del derecho moderno en la conquista una trama narrativa justa?¹⁸ ¿Puede ser que dicha trama narrativa apunte hacia la naturaleza misma de lo que llamamos un «trasplante jurídico» o «el desarrollo» al cual pretende el derecho como saber o como conocimiento? El estudio del discurso de Bolívar, en el contexto de una reflexión sobre la construcción de una identidad a través del discurso jurídico, es rico en «revelaciones» respecto de las expectativas que se tiene ante el derecho (civilización, modernidad, desarrollo) y la violencia que se hace en nombre de estas expectativas.

La crítica del discurso civilizatorio realizada por Liliana Obregón constituye una lectura distinta de la posición incómoda de la jurista internacionalista en el mundo de hoy. Nos invita a reflexionar sobre el trabajo difícil del estudio y de la práctica de un derecho marcado por una historia de colonización. Tanto para los juristas del Norte como para los del Sur, esta lectura crítica y modesta de los orígenes de la disciplina en la cual trabajamos ofrece perspectivas cruciales para repensar lo que hacemos en el día a día.

No quiero plantear el debate en términos de la «contribución» latinoamericana a una disciplina jurídica mundial¹⁹. Ello significaría que América Latina puede contribuir un poco —el «tributo»²⁰ en la con-«tribu»-ción— a una obra ya construida desde otros lugares del mundo. Yo prefiero hablar de la experiencia personal de una alumna o profesora, y entonces el tributo, el respeto y el reconocimiento se deben dar en el otro sentido: la alumna debe un tributo a la tradición que esté estudiando. Pues una sola experiencia, la lectura de un único texto, tiene el potencial de hacer que una reconsidere completamente su posición y reforme su manera de ver y de hablar de manera duradera. Esto no puede ser llamado una mera «contribución», es una revolución (un «giro») en la vida de una persona.

Si las tradiciones legales se constituyen a través de historias colectivas que generan consciencia jurídica en el sujeto, el relato de Arnulf Becker (2014) sobre el derecho mestizo y el de Liliana Obregón sobre el nacimiento de la consciencia jurídica criolla son historias que pueden ser constitutivas de la consciencia de cada jurista. Tal vez cada persona que se adhiere

18 Véase el libro de Marianne Constable (1994) sobre los orígenes coloniales del derecho positivo en la tradición de la *common law*.

19 Términos que han sido los de Arnulf Becker Lorca (2014).

20 El tributo es un acto, afirmación o regalo que se ofrece en reconocimiento del agradecimiento, respeto o admiración. Puede, igualmente, referirse al tributo de guerra que se debe a una nación o imperio más potente. La palabra «contribución» tiene la misma etimología que «tributo».

a nuestra disciplina tiene la responsabilidad inherente de hacer suya una tradición jurídica europea —y su concepción arcaica de la justicia— y de trasladarla a un «nuevo mundo» (Becker Lorca, 2014, p. 23), en el cual ya conviven varias concepciones de la justicia que colisionan.

La posibilidad de que unas juristas del mundo —profesoras o alumnas— aprendan sobre las expectativas, dificultades y violencias que conlleva el pensar que la «civilización» y la «modernidad» vendrán por la disciplina del derecho vale más que cualquier contribución empírica a algún repertorio internacional de conceptos. Si el papel del estudio del derecho comparado es la adopción de esta relación difícil de la jurista al saber jurídico (una relación bastante conflictual), es posible que la jurista no tenga la satisfacción de haber progresado en su conocimiento, pero que, sin embargo, haya «regresado» hacia alguna justicia originaria.

5. ¿Cuáles (otras) comparaciones se pueden desplazar para emprender un estudio más justo de nuestra propia tradición jurídica?

Quedan muchas comparaciones implícitas que informan y gobiernan nuestra educación jurídica. He elegido escribir sobre dos de ellas que me acompañaron en mi camino hacia el Sur. Quiero hablar primero de la comparación implícita entre legalidad e ilegalidad y, también, quiero hablar de la comparación entre derecho y violencia como maneras de transformar la sociedad²¹. Creo que el intento de desalojar estas comparaciones puede hacer más difícil, pero más justo y aún quizás más hermoso, nuestro aprendizaje jurídico.

En su fascinante estudio del nacimiento, del crecimiento y de la legalización de un barrio informal de la ciudad de Bogotá, Laura Gutiérrez de Piñeres (2009) escribe que ha intentado «contar una historia de la ilegalidad» (p. 9). En *Ciudad Informal* contó la historia del barrio de Jerusalén, en Ciudad Bolívar, una historia caracterizada por la falta de fundamentos legales para la construcción del barrio y su continua existencia. La historia, además, está contada con un estilo propiamente oral, en el cual se escucha la voz de unos líderes comunitarios del barrio. En uno de sus pocos comentarios, la autora denuncia «el abismo que existe entre el derecho y la realidad: aunque uno está inmerso en el otro, a veces cada mundo rige en un territorio sobrepuesto, pero diferente» (Gutiérrez de Piñeres, 2009, pp. 25-26). Tal vez lo que describió en los «territorios sobrepuestos» es la fascinante capacidad de sus entrevistados de mezclar lenguaje y procedimientos jurídicos dentro de su relato respecto de su ciudad.

Conviven en el discurso de los líderes comunitarios de Jerusalén historias de «invasiones» (Gutiérrez de Piñeres, 2009, p. 57), de construcciones nocturnas (Gutiérrez de Piñeres, 2009, p. 58), de ataques diarios por parte de la policía (Gutiérrez de Piñeres, 2009, p. 59), y el entendimiento de que servicios públicos como el agua se niegan para no otorgarle legalidad al barrio (Gutiérrez de Piñeres, 2009, p. 64), con transacciones de lotes mediante promesas de venta (Gutiérrez de Piñeres, 2009, p. 68) y cartas de compraventa autenticadas ante notaría (Gutiérrez de Piñeres, 2009, p. 69), menciones de títulos de propiedad, historias de adjudicación ante la comunidad de lotes disputados por la determinación de «cual tenía más derecho» (Gutiérrez de Piñeres, 2009, p. 72) y la elaboración del libro de predios, donde «se inscribieron todos los predios, se organizaron las manzanas y se numeró cada lote» (Gutiérrez de Piñeres, 2009, p. 73).

21 Ahora, se habrá percatado el lector de que el capítulo se alimenta de los libros y artículos que acompañaron mis pasos en Bogotá.

Hay tanto derecho en esta historia que uno se pregunta si es aún posible relatar una historia de la ilegalidad. Tal vez estemos siempre ya, como lo sugiere Gutiérrez de Piñeres (2009), contando la historia de una «pluralidad de legalidades» (p. 140). Me parece que, si la legalidad del Estado llegó al barrio de Jerusalén en el 2002, una lectura atenta del discurso sobre sus orígenes y crecimiento no deja ninguna duda sobre el hecho de que la vida de este barrio ha sido íntimamente «jurídica». En efecto, el relato de Gutiérrez de Piñeres muestra la inadecuación de la comparación implícita entre los estados de legalidad y de ilegalidad que nos inculca la disciplina jurídica²².

Una de las últimas barreras quizá, al encuentro de la jurista con legalidades plurales, es una comparación implícita que se hace entre derecho y violencia como maneras de transformar la sociedad. En su obra magistral sobre el «fetichismo legal», Julieta Lemaitre (2009) ha realizado un estudio cauteloso, vibrante y terrible del diálogo entre derecho y violencia en la historia constitucional colombiana. Narra primero las esperanzas de una nueva constitución, nacidas en las cenizas del Palacio de Justicia de Bogotá, destruido por los militares en 1985 (Lemaitre, 2009, p. 43). Especialmente, explica cómo una generación de estudiantes perdió la fe en el Estado y ganó, al mismo tiempo, una confianza en la constituyente y en el derecho.

Narra también la historia de su propia pelea con el derecho cuando fue abogada de derechos humanos. Especialmente, sus dificultades frente al silencio de este derecho (derecho idealizado, soñado) ante las violencias sufridas por mujeres en la intimidad (Lemaitre, 2009, p. 181). En estos dos relatos, y en varios otros, Lemaitre intenta demostrar cómo el derecho y la violencia «se relacionan con la creación y el mantenimiento de las redes sociales de sentido» (Lemaitre, 2009, p. 29). En su relato, el derecho no es un concepto foráneo al concepto de violencia; son dos lenguajes que participan de una misma conversación, que comparten y crean juntos elementos de sentido.

Para completar este trabajo difícil, Lemaitre tuvo que explorar más allá de los confines de donde se aventuran a explorar las juristas: el terreno de las emociones. Exploró las «emociones políticas» (Lemaitre, 2009, p. 118) que llevan a la activista a actuar («y la hacen sentir buena persona») e incluso lo que un colega suyo llamó la «pulsión de castigo» (Lemaitre, 2009, p. 187), que describe el sentimiento que sintieron sus colegas abogadas cuando se enfrentaron con tanto sufrimiento común. Estas emociones que relaciona la jurista con su trabajo no son ajenas al contacto con el derecho, nos enseña Lemaitre.

A través de estos sentimientos (a los cuales una podría desear que se añada la vergüenza), la jurista adivina «el embrujo del derecho: su atractivo» (Lemaitre, 2009, p. 196), el cual le incita a luchar contra sus dudas. El derecho, bajo la pluma de Lemaitre, deja de ser una disciplina de conceptos analíticos; toma vida y ejerce su seducción, su embrujo. Pues, el derecho no solo se inspira de la violencia que encuentra «en el mundo», sino que inspira también la violencia de quien lo ejerce como trabajo.

Un estudio más «justo» de la tradición jurídica propia de una sería, en mi concepto, un estudio rebelde, donde en el medio del estudio de las leyes una guarde la puerta abierta al estudio de legalidades plurales, incluso las contribuciones violentas, y quede atenta a las emociones y deseos que despierta su estudio en ella. Además de aliviar parcialmente la vio-

22 En vez de ver estas dualidades conceptuales como términos que indican «verdades», este relato nos invita a verlos más que nunca como dispositivos que constituyen al poder (Sandoval, 2013).

lencia del estudio mismo, y sus formas tradicionales de dominación, puede ser que nuestra lucha contra nuestras comparaciones implícitas nos haga verdaderamente mejores alumnas, profesoras o juristas.

6. Conclusión

En este texto, he intentado recordar algo de las conversaciones que tuvimos en julio del 2016, en el salón de clase de la Universidad de los Andes. Lo he intentado de una manera bastante personal, hablando de los artículos y de los libros que me acompañaron mientras y desde que estudié y viví en Bogotá. He tratado aquí de exponer el contexto intelectual que todavía informa las comparaciones jurídicas: un contexto en el que, conscientemente o no, se hacen comparaciones implícitas que niegan el interés de ciertas tradiciones y favorecen otras. He tratado de ilustrar, mediante el ejemplo del «tercer mundo», lo que nos enseña la educación jurídica sobre el uso del lenguaje políticamente correcto y nuestra tendencia como juristas a ocultar las perspectivas iniciales del sujeto del conocimiento. He demostrado cómo la adopción de una perspectiva que se inscribe en una de las historias de Latinoamérica puede mejorar el entendimiento que tiene la jurista de su trabajo, y he tratado de exponer otras comparaciones implícitas que gobiernan nuestro lenguaje jurídico y nos impiden examinar ciertas cuestiones fundamentales.

Por ahora, haber intentado deshacerme de mis propias comparaciones implícitas me ha llevado a pensar que lo más difícil del derecho comparado como empresa intelectual no es estudiar el derecho de algún «otro». En mi experiencia, lo más difícil ha sido estudiarlo como si fuera mío, como si tuviera consecuencias para mi propio entendimiento del derecho como fenómeno. Pues, la apreciación de la pluralidad en los estudios jurídicos permanecerá como una tarea incompleta, mientras una no se sienta obligada por las normatividades y responsable por las perspectivas y narraciones plurales que encuentra.

REFERENCIAS

- Alvez Marín, A. (2017). El derecho comparado y la atracción de lo foráneo: El caso del Tribunal Constitucional en Chile (Material del curso). *Aproximaciones del tercer mundo al derecho constitucional*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Antaki, M. (2015). Un-Statting Law. En D. Helge y S. Van Praagh (Dirs.), *Stateless Law: Evolving Boundaries of a Discipline* (pp. 105-114.). Montreal: Ashgate.
- Becker Lorca, A. (2014). *Mestizo International Law, A Global Intellectual History 1842-1933*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bhatia, A. (2012). The South of the North: Building on Critical Approaches to International Law with Lessons from the Fourth World. *Oregon Review of International Law*, 14, 131-175.
- Bolívar, S. (1826). *Colección de documentos relativos a la vida pública del libertador de Colombia y del Perú para servir a la historia de la independencia del Suramérica: tomo tercero*. Caracas: Impresa de Devisme Hermanos.
- Bonilla Maldonado, D. (2014). Prólogo: Hacia un constitucionalismo del Sur Global. En *Constitucionalismo del Sur Global* (pp. 13-56). Bogotá: Siglo del Hombre.
- Bourdieu, P. (1977). L'économie des échanges linguistiques. *Langue française*, (34), 17-34.
- Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica - CICAJ. (2017). *La persistente relevancia del derecho comparado* (documento de convocatoria de artículos para el libro La enseñanza del derecho comparado). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Constable, M. (1994). *The Law of the Other*. Chicago: University of Chicago Press.
- Eslava, L., y Pahuja, S. (2012). Beyond the (Post)Colonial: TWAIL and the Everyday Life of International Law. *Verfassung und Recht in Übersee*, Bavden-Baden, 45(2), 195-221.
- Escobar, A. (2007). *La invención del tercer mundo*. Caracas: El Perro y la Rana.
- Frankenberg, G. (1985). Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law. *Harvard International Law Journal*, 26(2), 411-455.
- Gutiérrez de Piñeres, L. R. (2009). *Ciudad Informal: La historia de un barrio ilegal*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Jaramillo Sierra, I. C. (2014). Feminist Legal Theory as an Intervention in Development Studies. En C. Verschuur, I. Guérin, y H. Guétat-Bernard (Eds.), *Under Development: Gender* (pp. 127-148). New York: Palgrave MacMillan.

- Kroncke, J. (2012). Law and Development as Anti-Comparative Law. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 45, 477-555.
- Lemaitre Ripoll, J. (2009). *El derecho como conjuro: Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- López Medina, D. E. (2004). *Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis.
- Macdonald, R., y Glover, K. (2013). Implicit Comparative Law. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 43(1-2), 123-192.
- Medici, A. (2013). Nuevo constitucionalismo latinoamericano y filosofía política: la necesidad de un pensamiento situado y crítico para refundar nuestras bases constitucionales. *Debates Urgentes*, 3(2), 57-73.
- Mignolo, W. D. (2007). El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. En S. Castro-Gómez, y R. Grosfogel (Eds.), *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global* (pp. 25-46). Bogotá: Instituto Pensar/IESCO.
- Monateri, P. G. (1998). Everybody's Talking: The Future of Comparative Law. *Hastings International and Comparative Law Review*, 21(4), 825-846.
- Nahuelpan Moreno, H. et al. (2011). Introducción. Ta ñiñ fijke xipa rakizuameluwün. *Ta ñiñ Fijke Xipa Rakizuameluwün. Historia, colonialismo y resistencia desde el país Mapuche*. País Mapuche: Ediciones Comunidad de Historia Mapuche, pp. 1-21.
- Obregón, L. (2012). Regionalism Constructed: A Short History of 'Latin American International Law'. *European Society of International Law Conference Paper Series*, 2(1), 2-14.
- Quijano, A. (2000). Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. En E. Lander (Comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO.
- Resta, G. (2017). Luttés de clochers en droit comparé. *McGill Law Journal*, 62(4), 1153-1199.
- Rivera Cusicanqui, S. (1987). El potencial epistemológico y teórico de la historia oral: de la lógica instrumental a la descolonización de la historia. *Temas Sociales*, (11), 49-64.
- Sandoval Cervantes, D. (2013). El Estado democrático de derecho en términos de dominación: la justicia constitucional y la violencia simbólica. *Alegatos. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana*, 27(83), 31-54.
- Saucier Calderón, J-P. (2015). De Profesores, Chamanes y Curanderos: Hacia una Ética de la Violencia en la Educación Legal. *Derecho y Sociedad*, (45), 403-414.

- Schavelzon, S. (2012). *El nacimiento del estado plurinacional de Bolivia: etnografía de una asamblea constituyente*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Plural editores.
- Sigler, S. (Productor), y Solanas, F. (Director). (1988). *Sur* (Película). Francia, Argentina: Cinesur.
- White, J. B. (1985). Law as Rhetoric, Rhetoric as Law: The Arts of Cultural and Communal Life. *The University of Chicago Law Review*, 52(3), 684-702.
- Williams, R. (1983). *Keywords: A Vocabulary of Culture and Society*, New York: Oxford University Press.

«EL CÓDIGO CIVIL EN SUDAMÉRICA» EN CANADÁ: UNA PROPUESTA DE PEDAGOGÍA NO JERÁRQUICA DEL DERECHO COMPARADO

*Nelcy López Cuéllar**

1. Introducción

La Facultad de Derecho de McGill ubicada en Montreal, Canadá, es pionera en la enseñanza bilingüe (inglés y francés) del derecho y en la preparación simultánea de los estudiantes para ser abogados en los dos sistemas vigentes en Canadá: derecho continental y derecho anglosajón. Esta naturaleza mestiza de la enseñanza del derecho no es gratuita, pues es en la provincia de Quebec en donde más se entrelazan los dos idiomas oficiales de Canadá y los dos sistemas jurídicos mencionados. En 2008, con la finalidad de expandir sus horizontes pedagógicos, la Facultad de Derecho de la Universidad de McGill dio un paso más en su apertura a la pluralidad de idiomas en la enseñanza del derecho, al ofrecer un seminario sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La novedad de este curso no radicaba en ofrecer estudios que versaran sobre Latinoamérica o sobre derechos humanos, sino en el hecho de que por primera vez en la historia de la educación legal en Canadá un curso se ofrecía en español¹.

Este curso y su lengua de enseñanza fueron parte de la Iniciativa de Estudios en Español de la mencionada facultad. Como parte de esta iniciativa, igualmente, se invitó a varios conferencistas de Sudamérica², en tanto que los alumnos de pregrado y posgrado de la Facultad de Derecho dictaron una serie de talleres en español sobre temas relacionados con Latinoamérica³. Además, una de las revistas indexadas de la Facultad de Derecho de McGill abrió la posibilidad de publicar artículos en español⁴.

Esta iniciativa se fundamentó en el compromiso de la Universidad por entender el derecho de las Américas en su propio lenguaje y términos⁵. La iniciativa buscaba, asimismo, hacer evidente la importancia del español como uno de los idiomas que podían ser relevantes para

* Abogada por la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, magíster en Derecho por la Universidad Externado de Colombia, LL.M. del Yale Law School, doctora en derecho por la Facultad de Leyes de McGill. Este artículo no habría sido posible sin la oportunidad de enseñar, como Teaching Fellow de la Facultad de Derecho de McGill, el seminario «Aproximaciones a la historia del código civil en Sudamérica». En particular, debo el aprendizaje obtenido en la enseñanza de este seminario a los profesores Evan Fox-Decent y Shauna Van Praagh, y a mis estudiantes durante el curso. Radamiro Gaviria revisó y comentó este artículo. A todos ellos, mil gracias.

1 Al respecto, véase: López Cuéllar (2011).

2 Al respecto, véase: McGill Centre for Human Rights (2010-2011). El 31 de marzo del 2011, el padre Felipe Zegarra Russo de la Pontificia Universidad Católica del Perú dictó una conferencia sobre teología de la liberación, derechos humanos y desarrollo, charla inspirada en el trabajo del padre Gustavo Gutiérrez. Esta conferencia fue enteramente dictada en español; sin embargo, para hacerla accesible a aquellos estudiantes que no dominaran este idioma, contó con una traducción simultánea al inglés. Otro de los conferencistas fue Julio César Rivera, proveniente de Argentina, quien habló del código civil a través de las Américas.

3 Al respecto, véase: López Cuéllar (2011).

4 Al respecto, véase: McGill (2009).

5 Al respecto, véase: McGill (2008).

la formación profesional de los futuros abogados que planearan interactuar con clientes de Latinoamérica o con intereses en esta región⁶.

Durante la puesta en marcha de la iniciativa, yo cursaba mis estudios doctorales en la Facultad de Derecho de McGill. Mi origen sudamericano, mi conocimiento de primera mano de la región y mi pasión por la enseñanza del derecho me llevaron a diseñar y facilitar un seminario de investigación como parte de la Iniciativa. En ese contexto, surgió el seminario «El código civil en Sudamérica: una aproximación a su historia, desarrollos contemporáneos y futuros campos de investigación» (de ahora en adelante, «El código civil en Sudamérica»)⁷. Este seminario buscó brindar una contextualización histórica del origen del código civil, entendido como un intento de compilación de la normatividad del derecho privado de un determinado Estado en los nacientes Estados de Sudamérica, alrededor de 1821. En un comienzo, el seminario exploró el bagaje político y social de los principales redactores de los primeros códigos civiles y la intención de tales redactores al utilizar el código como una herramienta para la consolidación de los nacientes Estados. Además de la historia de los orígenes del código civil, el seminario exploró las diferentes aproximaciones hermenéuticas que este ha tenido a lo largo de su historia en los países de Sudamérica. Finalmente, durante el seminario se insistió en la lucha entre la visión que brinda el código civil de un derecho unificado y homogéneo en cada Estado y los ejemplos de pluralismo jurídico en los países de Sudamérica que cuestionan la efectividad del código civil como herramienta centralizadora del derecho. Tuve la oportunidad de dictar este seminario durante el semestre de invierno del año 2011 a los alumnos de pregrado y posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de McGill.

En este artículo, presentaré las características del contenido y el enfoque pedagógico del curso. Primero, (i) expondré las experiencias comunes y las diferencias en el desarrollo del código civil en Sudamérica en las que fundamenté el seminario. Después, (ii) describiré el énfasis del curso como un estudio de la doctrina sudamericana del derecho privado, dictado en español, a la luz de estudios primordialmente escritos en español por autores sudamericanos. Posteriormente, (iii) me enfocaré en la naturaleza no jerárquica del método de enseñanza empleado en el seminario y la posibilidad de mejoramiento continuo del trabajo de los estudiantes a lo largo del curso. Finalmente, (iv) sugeriré que ese curso sobre el código civil se puede ver como un llamado a cuestionar las jerarquías comunes en la enseñanza del derecho en general, así como a abrirse a una estructura menos jerárquica, o con jerarquías más flexibles, en la enseñanza del derecho comparado en particular.

2. «El código civil en Sudamérica»: experiencias comunes y diferencias presentadas en el seminario

Cada uno de los países de Sudamérica cuentan con su propio código civil. A pesar de esta diversidad de códigos, las distintas codificaciones pertenecen al género de los códigos civiles, entendido como un intento del derecho estatal de recopilación y sistematización temática de normas que regulan asuntos como bienes, personas, sucesiones y contratos. Es por esta razón

⁶ Al respecto, véase: McGill Reporter (2008).

⁷ El título bajo el cual se ofreció el curso en el pênsum del semestre de invierno del año 2011 fue «The Civil Code in South America: an overview of its history, contemporary developments and future avenues of inquiry».

que se puede hablar del código civil en Sudamérica. Más allá del hecho de tener un código civil, los países de Sudamérica comparten la experiencia de la coexistencia de derechos no estatales junto con el derecho estatal. De esta coexistencia no se escapa el ordenamiento del derecho privado contenido en el código civil. De otro lado, esta coexistencia normativa es bien capturada por la teoría del pluralismo jurídico. Por tal razón, (a) guie la introducción y conclusión del seminario sobre la historia y desarrollo del código civil en Sudamérica a la luz del pluralismo jurídico⁸. Además de la coexistencia del ordenamiento estatal contenido en el código civil con derechos no estatales, el código civil en Sudamérica también tiene en común el haber experimentado varias aproximaciones hermenéuticas: la exégesis, la lectura libre del código en busca de justicia social y, contemporáneamente, la interpretación del código según la constitución. En el curso, (b) utilicé las múltiples lecturas o interpretaciones que ha tenido el código civil a lo largo de su historia en Sudamérica como un segundo eje temático. Igualmente, (c) analicé casos, más o menos recientes, de recodificación y proyectos de armonización de la legislación del código civil en la región como última experiencia común en Sudamérica. Los elementos comunes, sin embargo, no me hicieron dejar de lado (d) el origen del código civil de los diferentes países de Sudamérica con inspiración en los modelos presentados por diferentes redactores. A continuación, presentaré brevemente los cuatro temas principales que los estudiantes y yo exploramos en el curso.

2.1. Coexistencia del código civil con el derecho no estatal: presencia de pluralismo jurídico en Sudamérica.

Antes de abordar el eje temático del pluralismo jurídico, una breve explicación acerca de este viene al caso. Conforme con el pluralismo jurídico, es posible la existencia del derecho más allá o en contraposición al derecho estatal. De otro lado, según los pluralistas jurídicos, el derecho estatal compite constantemente por la autoridad con derechos no estatales que coexisten con este. Entre el derecho estatal y el no estatal que entran en pugna no hay una jerarquía predeterminada. Como afirma Roderick Macdonald (1998), el pluralismo jurídico no es ideológicamente neutro, sino que busca «eliminar la jerarquía de los ordenamientos normativos que se fundamenta en el origen de tales ordenamientos, y apunta a valorar los ordenamientos normativos que, de otra manera, serían suprimidos»⁹ (p. 78).

Con el advenimiento del Estado nación, se piensa de forma generalizada que el derecho proviene solo del Estado. El derecho, por tanto, es asimilado necesariamente con esta institución oficial. A finales de la década de los sesenta, los estudios sociojurídicos americanos cuestionaron esta creencia al observar que fuera de la legislación estatal había numerosas regulaciones que, funcionalmente, eran asimilables al derecho del Estado y, por tanto, eran derecho. De esta observación surgió la idea del pluralismo jurídico. Para este, varios órdenes jurídicos pueden coexistir en igualdad de condiciones en una misma sociedad, con el objetivo de regular aspectos sobrepuestos de la vida de los individuos. En particular, para los pluralistas legales, varios sistemas legales que reclaman autoridad pueden coexistir y competir por la lealtad de los individuos (López Cuéllar, 2015, p. xix).

8 Dentro de las experiencias del código civil en Sudamérica, el caso colombiano tuvo mayor énfasis. La razón para tal énfasis no es otra que mi mayor conocimiento de este caso como abogada colombiana. Sin embargo, no se dejó de lado la exploración de muchos otros casos como el argentino, brasileño, venezolano y peruano.

9 La traducción es propia.

Muchos pluralistas jurídicos consideran que la coexistencia de instituciones que compiten por la autoridad es una condición suficiente para generar pluralismo jurídico. Tamanaha (2017) afirma que, si bien puede haber diferencias entre las características internas de sistemas jurídicos coexistentes, estos comparten el reclamo de la autoridad normativa legítima, presentándose así exigencias de autoridad simultáneas (pp. 1, 35, 43-45). De forma similar, Roderick Macdonald (1998) considera que, en medio de una situación de pluralismo jurídico, usualmente se presenta un clima en el que los sistemas normativos compiten por la lealtad de los ciudadanos (Metaphors, 1998, p. 86; Critical, 1998, p. 17).

Finalmente, es importante aclarar que para que se presente un caso de pluralismo jurídico se requiere no solo de varios ordenamientos jurídicos de diversos Estados nación que conviven coordinadamente respetando los límites de su respectiva jurisdicción. Igualmente, el pluralismo no solo requiere que un Estado unitario esté en tensión o en conflicto con otro Estado unitario. «En esta situación, la noción idealizada de un Estado unitario no se cuestiona» (López Cuéllar, 2015, p. 72). Es la coexistencia en constante pugna entre derecho estatal y el no estatal, dentro de un mismo Estado nación, lo que hace que se pueda hablar de pluralismo jurídico.

Un ejemplo concreto de pluralismo jurídico se dio en los orígenes de los códigos civiles en Sudamérica. Por tal razón, comencé el seminario estudiando cómo los códigos civiles en Sudamérica se redactaron y aprobaron en medio de una lucha entre el intento de unificar el derecho privado a través de tales códigos y la coexistencia de derechos no estatales que, efectivamente, regulaban las transacciones del derecho privado. Después de lograr la independencia de España, los nacientes países en Sudamérica experimentaron un periodo de transición en el que no hubo consenso acerca de qué leyes aplicar dentro de los diferentes territorios. Ciertos líderes de la independencia vieron este contexto de incertidumbre como un anarquismo indeseable (Benton, 2001, pp. 484-485, 491). La percepción negativa de la pluralidad normativa del derecho latinoamericano no cesó con la independencia (Garro, 1987-1988, pp. 599, 601). No obstante, en el curso analizamos cómo este contexto se podría estudiar en la actualidad como un valioso caso de pluralismo jurídico¹⁰.

Seguidamente, estudiamos en el curso cómo el código civil fue un elemento de creación de fronteras e identidad en un espacio donde no había límites territoriales, físicos o étnicos claros. El código sirvió como un instrumento unificador y homogeneizador que ayudó a crear la idea de Estado nación en determinados países de Sudamérica. El tipo de unidad política que el código civil buscaba construir era un Estado de corte liberal¹¹. Habiendo estudiado previamente la idea del pluralismo jurídico, en el curso evaluamos críticamente la plausibilidad de este uso instrumental del código y de la ideología sobre la cual se construía.

Después de haber analizado numerosos devenires del código civil en Sudamérica, retornamos al análisis de la pervivencia del derecho no estatal a pesar del código. Estudiamos casos en los que el régimen del derecho privado construido por comunidades locales (*v. g.* indígenas, afrodescendientes, grupos de bajos ingresos económicos) difiere de las leyes de propiedad del código civil. El curso analizó los límites de la codificación, al enfrentar una realidad llena de

10 Al respecto, véase: Macdonald, Critical (1998).

11 Al respecto, véase: Mirow (2000); Halperín (2004).

particularidades y necesidades que se separan de aquellas tomadas en cuenta al momento de la redacción del código civil¹².

2.2. Aproximaciones hermenéuticas al código civil en Sudamérica.

Para comenzar, los estudiantes y yo nos enfocamos en la lectura exegética del código civil por parte de los jueces alrededor de las dos primeras décadas de su promulgación y la doctrina jurídica en la que se fundamentó tal interpretación judicial. Abordamos las razones para imaginar a los jueces como boca de la ley. Igualmente, estudiamos los fundamentos doctrinales de una lectura exegética del código y las implicaciones prácticas de esta lectura para los usuarios del derecho (Ramos Núñez, 1997, pp. 224-225; López Medina, 2004, pp. 119-234).

Posteriormente, estudiamos el caso de la búsqueda de justicia social en la lectura y aplicación del código civil. La Corte Suprema de Justicia de Colombia de los treinta y los cuarenta sirvió como ejemplo de ese cambio hermenéutico. La llamada Corte de Oro colombiana, inspirada en François Geny, intentó buscar la protección de grupos menos favorecidos por el derecho privado a partir de la aplicación de principios como la buena fe, la prohibición del abuso del derecho, y el enriquecimiento sin justa causa¹³ (Tafur Morales, 1939, pp. 244-251; López Medina, 2004, pp. 239-326). Además de abordar el tema de forma descriptiva, intentamos analizar las implicaciones de la utilización del derecho formal como una herramienta para la búsqueda de la justicia social.

Seguidamente, exploramos el retorno a una lectura exegética hacia finales de la década de los cuarenta y comienzos de los noventa. De Geny, como inspiración de los jueces, pasamos a la lectura local que tuvo Kelsen como fundamento del retorno a una aproximación textual al código. Estudiamos de qué manera y por qué motivos la lectura de Kelsen se limitó a un papel judicial restringido y quiénes trajeron a Kelsen a Sudamérica¹⁴ (López Medina, 2005, pp. 341-398).

Después de concluido el análisis de exégesis y justicia social de acuerdo con el código mismo, abordamos las implicaciones de la interacción de la constitución con el código civil a partir de la oleada de reformas constitucionales en Sudamérica en los años noventa. Estudiamos cómo Argentina, Chile, Colombia, Venezuela y Brasil, entre otros países de Sudamérica, han experimentado la llamada «constitucionalización del derecho privado». Analizamos de qué manera, caso a caso, los jueces de la justicia constitucional, principalmente, han transformado el contenido del derecho privado mediante la aplicación de principios constitucionales como la solidaridad, la equidad y el derecho a la igualdad, entendidos como no discriminación y protección de grupos vulnerables.

Conjuntamente, estudiamos el rechazo que había encontrado esta constitucionalización entre los doctrinantes y expertos en derecho privado, quienes han percibido este cambio como

12 Al respecto, véase: Bonilla (2008); Gutiérrez de Piñeres (2009). Se podría argumentar que, para hacer mayor énfasis en el enfoque teórico de pluralismo jurídico, el seminario habría podido enfocarse en las particularidades históricas, sociales y normativas de cada Estado sudamericano. Sin embargo, tales diferencias no reflejarían un caso de pluralismo jurídico. Lo anterior, pues, seguiría haciendo énfasis en los ordenamientos estatales que, aunque diversos y complejos, guardan como elemento semejante el proteger al Estado como agente que monopoliza la creación de derecho.

13 Al respecto, véase: Geny (1963).

14 Al respecto, véase: Kelsen (1945, 1970).

la introducción de un elemento de inestabilidad en las reglas que tradicionalmente han regido el derecho a la propiedad, entre otros asuntos del derecho privado.

En las sesiones de constitucionalización del derecho privado, exploramos el concepto de efecto horizontal de los derechos fundamentales, en el que se basa el poder transformador de la constitución. Simultáneamente, estudiamos la plausibilidad de la constitucionalización del derecho en comparación con otros tipos de transformaciones normativas de corte más democrático¹⁵.

2.3. Grandes transformaciones del código civil en Sudamérica.

A pesar de que el código civil intentó realizar una sistematización que comprendiera casi la totalidad del derecho privado, los países en Sudamérica han experimentado diversos casos de decodificación. Ciertos temas regulados originalmente por el código civil fueron sujetos a normatividades separadas¹⁶. Como parte del seminario, estudiamos hasta qué punto este caso de disgregación normativa implicó un fracaso del código y en qué medida y por qué razón se debía dejar a un lado el proyecto de codificar las leyes.

Viceversa, abordamos algunas propuestas de unificación de la regulación del derecho privado en Sudamérica, en particular en derecho comercial¹⁷. De la misma manera, estudiamos los casos de recodificación o modificación sustancial del Código Civil en Brasil. El curso estudió la naturaleza de esos proyectos y la reacción de la doctrina frente a tales intentos.

2.4. Andrés Bello y Dalmacio Vélez Sársfield como redactores de los primeros códigos civiles: una diferencia relevante.

Consideré significativo conocer el perfil de los redactores de los primeros códigos civiles en Sudamérica, debido a que este conocimiento facilitaría el entendimiento del contenido ideológico de los códigos que sirvieron como modelo en muchos países sudamericanos.

Para comenzar, nos aproximamos a Andrés Bello. ¿Quién fue Andrés Bello, el redactor de la primera versión del Código Civil chileno? ¿Cuál era su bagaje en cuanto a lo cultural, lo político y lo ideológico? Exploramos las implicaciones del hecho de que un hombre blanco de clase media alta redactara las normas del derecho privado que rigen tantas de las interacciones privadas de los individuos. Para tal fin, abordamos ciertos pasajes de las biografías de Bello y leímos algunos de sus textos de doctrina jurídica, en particular aquellos relacionados con el rol del derecho en la sociedad y la función del código civil en esta¹⁸.

Asimismo, teniendo en cuenta que en Sudamérica se argumenta que el Código Civil de Bello está escrito en un lenguaje destacable y casi poético, leímos numerosos pasajes del modelo de Código de Bello desde una aproximación crítica del derecho como literatura¹⁹. Desde esta perspectiva, estudiamos no solo su carácter estrictamente literario, sino las implicaciones económicas, políticas y sociales del lenguaje usado por Bello.

En las sesiones siguientes, abordamos la experiencia de Dalmacio Vélez Sársfield en Argentina, paralela a la de Bello en Chile. Vélez, así como Bello, redactó el Código como he-

15 Al respecto, véase: Ferreres Comell (2003); Calderón Villegas (2007); Calcucci (2005); Navarro Beltrán (2005); Caprile Bierman (2007); Wajantraub (2007); Méndez Tependino (2007); Madrid Martínez (2007).

16 Al respecto, véase: Hineztrosa Forero (2001); Wald (2005); Moréteau (2008-2009).

17 Al respecto, véase: Espinosa (2001); Garro (1992); Glenn (2003).

18 Al respecto, véase: Guzmán Brito (2008); Bello (2005).

19 Al respecto, véase: White (1991).

ramienta para la construcción de un Estado nación unificado. No obstante, Vélez difirió de Bello tanto en la realización de comentarios al Código como en la forma de interpretarlo y aplicarlo. Estos comentarios han sido relevantes en la aplicación del Código²⁰. Por tal motivo, observamos quién era Vélez y cuál era su bagaje, y cómo estos influenciaron el Código Civil de Argentina y sus comentarios. Vélez y su Código eran dignos de estudiar, pues Uruguay, Paraguay y Perú se inspiraron en este último.

Las experiencias compartidas alrededor del código civil a nivel funcional, hermenéutico y de transformación en los países de Sudamérica me permitieron tejer una narración más o menos continua entre los diversos países que la conforman. A pesar de que no hice caso omiso de las particularidades de la historia y el contenido de los códigos civiles —en particular, sus diferentes redactores: Bello y Vélez—, busqué enfatizar las semejanzas que comparten.

Durante el seminario, me sentí con la libertad de abordar las semejanzas sin hacer demasiado énfasis en las diferencias existentes, ya que este curso no buscaba trazar una política legal a seguir ni sugerir alguna reforma legal para un país determinado inspirada en la experiencia de otros países con contextos diferentes. Si este hubiese sido el caso, habría sido indispensable ser minuciosa en las diferencias y las particularidades de los contextos de cada país. Igualmente, la bibliografía sobre el código civil en Sudamérica, a la cual tuve acceso a través del sistema de préstamo interbibliotecario de la Universidad de McGill, mostraba más semejanzas que diferencias en el tema. Guiada por tales resultados de búsqueda, diseñé el seminario.

3. Un seminario de doctrina sudamericana del derecho privado, dictado en español, a la luz de estudios en español adelantados por autores sudamericanos

Latinoamérica ha sido del interés de algunas facultades de derecho en Norteamérica, en las que anteriormente se han dictado en inglés algunos cursos sobre asuntos relativos a esta región. La época de oro de la enseñanza del derecho latinoamericano en los Estados Unidos se dio en los años cincuenta y sesenta, debido a la fuerte relación comercial entre países de Latinoamérica y los Estados Unidos, o a la proximidad geográfica con México (Garro, 1988, p. 272). Durante los años sesenta y setenta, el enfoque de la enseñanza cambió hacia la idea de derecho y desarrollo enfocado en Latinoamérica. Este enfoque buscaba analizar cómo utilizar las herramientas legales para desarrollar cambios económicos y sociales en los países subdesarrollados. Como resultado de este interés de las facultades de derecho norteamericanas, se consolidó la escuela de latinoamericanistas (Garro, 1988, p. 273). Este periodo de derecho y desarrollo coincide con un interés de los Estados Unidos en expandir economías y reducir la pobreza a través de reformas legales, para así erradicar la justificación para una revolución comunista en Latinoamérica (Esquirol, 2008, p. 9). En los ochenta, el énfasis se dio en el estudio de violaciones y mecanismos de protección de los derechos humanos en Latinoamérica (Garro, 1988, p. 274).

A pesar del interés en Latinoamérica, hasta la década de los ochenta ningún curso se dictó en español y la mayoría de sus instructores tenían, en el mejor de los casos, un conocimiento pasivo de este idioma (Garro, 1988, pp. 274, 275). La mayoría de las facultades que dictaban derecho lo hacían con base en pocos libros de texto de derecho comparado

20 Al respecto, véase: León (2010); Ghersi (2010); Levaggi (1992); Tau Anzoategui (2008).

escritos por profesores americanos que incluían unos capítulos sobre Latinoamérica o se enfocaban en esta región, pero no habían sido actualizados desde mediados de los setenta (Garro, 1988, pp. 275-276).

Entre los cursos dictados en los años setenta y ochenta se destaca el de Alejandro Garro. Garro basó sus cursos en los materiales disponibles en lengua inglesa de la biblioteca de la Universidad de Columbia acerca de derecho latinoamericano (Garro, 1987-1988, pp. 597-598). La estructura del curso de Garro se enfocaba en las generalidades del sistema civil y luego en una comparación de las diferentes áreas del derecho, como el derecho penal y constitucional, con aquellas de los Estados Unidos (Garro, 1987-1988, pp. 600-601). Garro incluyó pocos países de Latinoamérica en la comparación para evitar la «indigestión mental» del estudiante (Garro, 1987-1988, p. 607).

Después de los ochenta, se han dictado algunos cursos en español en las facultades norteamericanas de derecho, pues la necesidad se ha hecho evidente. A mediados de los noventa, se ofreció por primera vez un curso en español sobre derecho mexicano (Sánchez, 1997, p. 638). A finales de la década de los noventa, se alzó la voz en la academia norteamericana para enfatizar la necesidad no solo de enseñar derecho latinoamericano —en particular, mexicano— en los Estados Unidos, sino para hacerlo en español. Según Gloria Sánchez (1997), de no entrenar a los abogados norteamericanos en este derecho, la interacción de estos con clientes o abogados latinoamericanos puede ser incorrecta e incluso contraria a la ética profesional (pp. 641-643 y 669). Insisto en que no solo es necesario un conocimiento aislado del idioma, sino que este sea culturalmente contextualizado. De otra manera, las palabras que literalmente tienen un significado al ser traducidas pueden haber tenido otro diferente en la mente de quien las pronunció o escribió. Sánchez (1997) cita como ejemplo el caso del contrato de mediación, que conduce al abogado norteamericano a pensar en un método alternativo de resolución de conflictos, en tanto que para el latinoamericano significa la prestación de un servicio de intermediación con base en una tarifa fija (pp. 667-668). Procurando evitar el malentendido y formar abogados más eficientes, Sánchez (1997) invita a la enseñanza del derecho en otros idiomas, principalmente el español (p. 678).

Por su parte, Jayesh Rathod se encuentra dentro del grupo de académicos del derecho interesados en la formación bilingüe de los abogados. Este autor sostiene que los abogados bilingües están mejor equipados para la práctica del derecho, ya que no solo tienen mayores habilidades para la solución de problemas que los que solo hablan inglés, sino que son capaces de interactuar mejor con los clientes con limitado o nulo conocimiento del inglés (Rathod, 2012-2013, pp. 863, 919-920). Por tanto, Rathod (2012-2013) aboga por una educación legal que fomente la enseñanza bilingüe (p. 900).

A pesar del interés por la enseñanza del español jurídico, la enseñanza del español no siempre aborda asuntos latinoamericanos. Por ejemplo, Rathod dictó el seminario «Inmigrantes en el Mercado Laboral», el cual estaba relacionado con asuntos relativos al derecho laboral de inmigrantes en los Estados Unidos. Este curso incluía un fuerte componente en español, sin enfocarse en el derecho extranjero. Así, los alumnos tenían que redactar breves memorandos en español (Rathod, 2012-2013, p. 909), leer documentos de inmigración de Estados Unidos en su versión en español o noticias en español, y elaborar un glosario (Rathod, 2012-2013, p. 912).

En otras facultades de derecho, la oferta de cursos se ha enfocado en la enseñanza de bases de español jurídico, entre otros idiomas. Estos cursos excluyen de sus objetivos la capacitación

de los estudiantes para litigar en otros idiomas o para brindar asesoría jurídica a los clientes (Pittsburgh School of Law, 2014).

Solo algunos cursos sobre asuntos latinoamericanos han sido dictados en español. Tres universidades en los Estados Unidos han ofrecido u ofrecen cursos de derecho relacionados con el derecho latinoamericano dictados en español. Rathod menciona los casos de la Facultad de Derecho de la Universidad Americana, en la que se dicta un curso en español de introducción al sistema de derecho continental; el Programa Interamericano de la Escuela de Leyes de McGeorge, que cuenta con cursos en español; y el programa *Lawyering in Spanish* de la Escuela de Derecho de Sturm, de la Universidad de Denver (2012-2013, p. 900). El programa de la Escuela de Leyes de McGeorge instruye sobre el sistema legal en Latinoamérica con cursos dictados en español y en inglés, y ofrece la oportunidad de hacer estudios en Antigua, Guatemala. Esta facultad de derecho trabaja en conjunto con la Escuela de Derecho de Sturm, de la Universidad de Denver (McGeorge School of Law, 2017)²¹.

La escasa oferta de estudios en español sobre Latinoamérica es preocupante. No tener en cuenta los recursos en español limita el entendimiento del derecho latinoamericano a la percepción de los autores no latinoamericanos sobre Latinoamérica, quienes perciben la región como un contexto en el cual el derecho y la realidad son dispares en su funcionamiento y problemáticos en su naturaleza. Esta aparente disparidad problemática se aprecia como un motivo para seguir modelos supuestamente funcionales de países supuestamente desarrollados (Esquirol, 2008-2009, pp. 703-704, 705). Si se deja de lado la literatura en español sobre Latinoamérica, queda la idea de leyes subdesarrolladas, formalismo legal extremo, derecho fallido y falta de independencia de la judicatura de la región (Esquirol, 2008-2009, pp. 705-716).

Esquirol menciona dos visiones limitadas de Latinoamérica en la academia norteamericana, a las que denomina «latinoamericanismos». La primera visión es el «americanismo legal», el cual está ligado a la escuela de derecho y desarrollo y que busca alcanzar mejorías en los sistemas económicos y democráticos a través del derecho. Este enfoque asume que si existe una relación entre el derecho y el desarrollo —y la situación en Latinoamérica es compleja en estos aspectos—, hay algo que está mal con el derecho en Latinoamérica (Esquirol, 2013, p. 149). La otra visión del latinoamericanismo es aquella que asimila el derecho latinoamericano con el europeo con base en sus orígenes, dándole una mejor genealogía, pero restándole todo tipo de autoría u originalidad (Esquirol, 2013, p. 150).

Aproximarse al derecho latinoamericano exclusivamente a través de fuentes norteamericanas en inglés puede llevar a una gran subvaloración de la doctrina jurídica latinoamericana como lectura equivocada de los autores del derecho continental o anglosajón en lugar de presentarla como una apropiación fructífera y creativa (Esquirol, 2008-2009, pp. 703-704, 7019-724). A la luz de estas visiones limitadas, Alejandro Garro (1987-1988), por ejemplo, aduce que estudiar derecho francés puede ser más provechoso que estudiar derecho latinoamericano, puesto que el segundo no es más que un derivado del primero (p. 599). Garro (1987-1988) añade que el estilo de análisis jurídico usado en Latinoamérica basado en la deducción lógica con base en códigos es demasiado estéril para interesarle a los estudiantes de los Estados Unidos (p. 602).

21 José Gabinoldo, quien dictó *Profesión Jurídica Comparada* en la Escuela de Leyes de la Universidad Internacional de Florida, enseñó el curso con base en su conocimiento del derecho de impuestos, pero se enfocó en el diseño de leyes y el análisis del Código Civil español (American University Washington College of Law, 2013).

Visiones como las de Garro ignoran el poder transformativo y creativo del derecho en Latinoamérica. Diego Eduardo López Medina (2004) reconoce que los actores legales latinoamericanos algunas veces han leído equivocadamente la teoría legal francesa; sin embargo, al aplicar esta teoría foránea en Latinoamérica, se ha creado una malinterpretación fructífera (p. 107). Esta apropiación constituye una teoría legal genuina y rica que sirve para solidificar la tradición legal latinoamericana. Según López Medina (2004), ver la teoría legal latinoamericana como un mero error de interpretación de la foránea sería juzgar a la primera desde un insostenible punto de vista universalista (p. 108).

En contraposición a los cursos comúnmente dictados, la particularidad de «El código civil en Sudamérica» fue su enfoque en doctrina sudamericana del derecho privado, sumado al español como lengua de enseñanza. Este enfoque en doctrina sudamericana, como se evidencia en la segunda sección del presente artículo, incluyó estudios históricos, hermenéuticos y teórico-jurídicos (*i. e.* pluralismo jurídico), al igual que discusiones de juristas sobre la debida inclusión temática y territorial de un proceso de codificación (*v. g.* descodificación y armonización de ordenamientos jurídicos en Sudamérica). Como expuse anteriormente, otros cursos dictados en español hasta el momento y relacionados con Latinoamérica buscan informar al futuro litigante acerca del derecho vigente en diferentes áreas en Latinoamérica (*v. g.* derecho comercial, derecho penal, derecho del medio ambiente, derecho de la inmigración, etc.), guiarlo en la representación de clientes latinos en Latinoamérica, o buscan simplemente enseñar español jurídico. En algunas oportunidades, los cursos ofrecieron un enfoque parcialmente interdisciplinario. Por ejemplo, se analizaron asuntos legales relevantes en Latinoamérica, los cuales han sido llevados al cine; sin embargo, los cursos utilizan las películas como contexto para estudiar la legislación, la regulación o las decisiones judiciales relacionadas con la historia²².

La importancia de dictar un curso en español sobre Latinoamérica radica en que los estudiantes puedan tener acceso directo a lo que Jorge Esquirol denomina «el discurso legal en Latinoamérica». Este discurso incluye doctrina y jurisprudencia relevante en cada país, producido localmente por autores locales, y en español (Esquirol, 2013, p. 147). El discurso legal en Latinoamérica se desarrolla en contraposición al discurso, muchas veces imaginado o tendencioso, del latinoamericanismo norteamericano que se produce en inglés.

El énfasis en la doctrina sudamericana del seminario se evidencia en el hecho de que 32 de las 41 lecturas que involucraba el curso fueron en español y casi la totalidad de estas fueron publicadas en Sudamérica. Asimismo, mi conocimiento de América del Sur, al ser una abogada colombiana con más de seis años de experiencia en la judicatura y en la docencia de mi país, era de primera mano. Para complementar la utilización de textos de doctrina sudamericana, tres juristas sudamericanos realizaron presentaciones durante el curso: Óscar José Dueñas, abogado, doctrinante y miembro de la judicatura en Colombia; Melissa Martins Casagrande, abogada y académica del derecho brasileño; y Jimena Andino Dorato, abogada argentina con experiencia en derecho privado y con énfasis en jurislingüística. Asimismo, para tener un conocimiento más directo de la realidad jurídica en Latinoamérica, a cada alumno le asigné como par un abogado latinoamericano que estuviese cursando estudios de posgrado en McGill. Cada estudiante debía entrevistar al abogado latinoamericano acerca

22 Al respecto, véase: University of Denver Sturm College of Law (2017); University of the Pacific McGeorge School of Law (2017).

de su experiencia como estudiante de derecho privado con énfasis en aprendizaje de la normatividad del código civil²³.

Es necesario observar que Esquirol (2013) nota que algunos académicos latinoamericanos del derecho adoptaron ciertas características de los latinoamericanistas con la finalidad de que su opinión sea escuchada en la academia norteamericana (p. 170). Uno de los «antídotos» para esto es recurrir a textos de circulación local escritos en español, en lugar de consultar publicaciones de juristas latinoamericanos que se han insertado en la academia norteamericana. Si bien recurrí durante el seminario a académicos latinoamericanos del derecho que han llegado a la academia norteamericana, tales como Bonilla y López Medina, también incluí un porcentaje mayoritario de juristas locales que no han escrito para una audiencia norteamericana. Además, López Medina se destaca por alejarse de los discursos que subvaloran la doctrina latinoamericana y, por el contrario, considera que esta es rica y fructífera.

4. Naturaleza no jerárquica del método de enseñanza y la posibilidad de mejoramiento continuo del trabajo de los estudiantes a lo largo del seminario

Preocupada por el curso que han tomado los estudios de derecho comparado en la academia norteamericana, Catherine Valcke sostiene que la mayoría de estos se han desarrollado según un modelo consumista, en el que el objetivo es satisfacer la demanda de los alumnos de un mayor conocimiento de uno u otro sistema jurídico. En este modelo, la meta es la acumulación de nueva información, y se le contraponen lo que Valcke (2005) denomina como el modelo fiduciario de enseñanza del derecho comparado. En este modelo no es el estudiante quien determina qué, cómo y cuándo se debe enseñar dentro de un curso de derecho comparado, sino que son los docentes los que, teniendo en cuenta el mejor interés de los estudiantes, diseñan el currículo de derecho comparado considerando que el objetivo de las facultades de derecho es enseñar a los estudiantes a pensar como abogados. En lugar de un diseño curricular basado en un dejar hacer o dejar pasar, Valcke (2005) invita al desarrollo de un modelo fiduciario en el diseño curricular (pp. 499, 501 y 505).

Siguiendo de cierta forma un modelo fiduciario del derecho comparado, varios de los cursos sobre derecho latinoamericano, ya sean dictados en inglés o en español, fueron concebidos con la meta de enseñar a los estudiantes a pensar y actuar como abogados idóneos. Por ejemplo, Gloria Sánchez (1997) aboga por una enseñanza de español legal consciente de la cultura y el contexto de Latinoamérica para hacer de los estudiantes de derecho norteamericanos abogados más efectivos y éticos doméstica e internacionalmente (pp. 669-678).

Por su parte, Alejandro Garro (1997-1988) buscó a través de la enseñanza de su curso de derecho comparado latinoamericano brindar un conocimiento de la forma de juicio correcto dentro del derecho latinoamericano, para que así se pudiera interactuar con abogados latinoamericanos y discernir si lo que estos están haciendo es correcto o no (p. 609). De otro lado, preocupado por la brecha existente entre el rol de los jueces en el sistema del derecho continental y el del derecho anglosajón, Garro (1987-1988) empleó el método de estudio de casos. Por medio de este método, Garro buscó utilizar una metodología que fuera manejada por sus estudiantes, así como posibilitar que estos juzguen el actuar del juez en la lectura de

23 El conocimiento de un derecho diferente del estadounidense de los candidatos a LL.M., y la visión crítica que viene de tal conocimiento, también ha enriquecido una clase de derecho procesal norteamericano (Gidi, 2006).

la norma aplicable al caso en estudio (pp. 611-612). Por último, Garro (1987-1988) acudió a la comparación no solo entre países latinoamericanos, sino también entre estos y el derecho norteamericano para que lo estudiado no fuera percibido por el estudiante como demasiado abstracto (p. 612)²⁴.

Por último, Rathod (2012-2013) sostiene que los abogados bilingües están mejor equipados para la práctica del derecho, pues no solo tienen habilidades de solución de problemas mayores que los que solo hablan inglés, sino que son capaces de interactuar mejor con clientes de limitado o nulo conocimiento del inglés (pp. 863, 919-920). Con base en este argumento que mira la formación de los futuros abogados, Rathod (2012-2013) aboga por una educación legal que fomente la enseñanza bilingüe (p. 900).

Mi curso también se encuadra dentro de un modelo fiduciario de educación legal, en términos de Valcke. A diferencia de otros cursos sobre Latinoamérica enfocados en las habilidades de los estudiantes como litigantes, ya sean dictados o no en español, mi seminario buscaba enseñarles a pensar y actuar como académicos del derecho. Más allá del conocimiento de los ires y venires del código civil en Sudamérica, busqué hacer de los estudiantes lectores cuidadosos, escritores claros y pensadores críticos. Asimismo, intenté promover la colaboración y el mejoramiento continuo de la labor de los estudiantes como académicos del derecho. Muestra de eso es la metodología progresiva de evaluación y la interacción en formato de seminario de investigación o seminario alemán utilizados en el curso, asuntos que explicaré a continuación. Además, como mencioné en la introducción, el curso nació en el seno de una reflexión con mayor cobertura, aquella de la Iniciativa de Estudios en Español que buscaba una mejor capacitación de los estudiantes de derecho con intereses en Latinoamérica.

Más que la memorización de contenidos sobre Latinoamérica, como docente busqué que los estudiantes desarrollaran la capacidad de leer de manera cuidadosa un texto académico. Por tal motivo, cada clase uno o dos alumnos debían encargarse de escoger una de las lecturas asignadas para la sesión y compartir con el resto de estudiantes a qué pregunta respondía el texto analizado y cuál era la respuesta proveída por el autor en el texto. Para brindar un ejemplo, yo realicé tal labor en las primeras sesiones, y en las siguientes, buscando una estructura no jerárquica en el seminario, mi rol dejó de ser protagónico y pasó a ser uno de escucha y corrección, de ser necesaria, del análisis de las lecturas realizado por los alumnos.

Clase a clase, los alumnos fueron evidenciando, a través de su propio análisis, que las respuestas a las preguntas de los autores eran lo que se denomina en la academia «el argumento central del texto» y que todo argumento no es más que una respuesta a una pregunta tácita o expresa que llevó al autor a presentar su respuesta a la comunidad académica.

Paralelamente, entre todos los alumnos, clase a clase se determinó cuáles eran las razones en las que se fundamentaba la respuesta dada por el autor a su pregunta (*i. e.* las razones para su argumento central). De acuerdo con un enfoque pedagógico no jerárquico, durante ese proceso mi labor fue de colaboración más que de instrucción. Los alumnos presentaban las razones del texto y yo me limitaba a buscar rigor en los comentarios y la correcta comprensión de lectura. Al abordar cuidadosamente los diferentes tipos de razones que puede proveer un

24 No obstante, Garro no determina qué deben aprender sus estudiantes, sino que les pregunta qué tema quieren abordar y con base en lo expresado por ellos diseña su curso (Garro, 1987-1988, pp. 596, 603). En esa medida, Garro encajaría en lo que Valcke clasifica como modelo consumista de educación en derecho comparado.

autor, los alumnos aprendían simultáneamente el tipo de razonamiento que pueden presentar en un ensayo académico.

Estas habilidades fueron utilizadas por los estudiantes para la escritura del ensayo final, el mismo que desarrollaron en tres etapas. Para elaborar su ensayo, cada estudiante debía escoger una de las lecturas del curso y abordarla meticulosamente. La primera entrega consistía únicamente en determinar a qué pregunta central respondía el texto y cuál era el argumento central presentado por el autor. La segunda entrega consistía en la presentación de las razones proveídas por el autor para su argumento. En esta entrega, busqué promover una cuidadosa y respetuosa comprensión de lo dicho por el autor. Finalmente, los estudiantes debían hacer una crítica constructiva del texto señalando sus fortalezas y debilidades. Esta crítica podía basarse en la lógica de los argumentos, el estilo, la profundidad de la investigación, entre otros aspectos. Como tal crítica buscaba ser constructiva, los estudiantes debían sugerir una forma en la que el autor o autora pudiese mejorar las debilidades de su texto.

En cada una de las etapas, los alumnos tenían la oportunidad de presentarme individualmente varios borradores y recibir mis comentarios antes de la versión definitiva. De otro lado, con el objetivo de ofrecer un aprendizaje no jerárquico, cada estudiante tenía la posibilidad de circular su escrito entre sus compañeros, para enriquecerlo con los comentarios de sus pares antes de entregar el texto preliminar o definitivo.

El pensamiento crítico de los estudiantes y el protagonismo de estos en clase también se desarrolló a través del seminario alemán como metodología de enseñanza. A partir de la cuarta sesión, los participantes del curso se dividieron en relatores, correlatores y secretarios. Los relatores debían presentar una de las lecturas de la sesión empleando el siguiente formato: pregunta temática, argumento y razones de fundamentación de tal argumento. Seguidamente, los relatores debían sugerir de qué manera esta lectura iluminaba el tema a estudiar en la sesión.

Los correlatores debían presentar una crítica constructiva de la presentación de los relatores en términos de claridad y precisión, y sugerir una forma en la que el grupo relator pudiese mejorar su presentación para las próximas ocasiones. Aquellos que desarrollaban el rol de correlatores debían presentar, fundamentados en las lecturas asignadas, puntos de vista que cuestionaran o complementaran aquellos expuestos por los relatores. Con tal rol, los alumnos desarrollaban la habilidad hacer una crítica constructiva y respetuosa.

Un tercer grupo de estudiantes asumió el rol del secretario. La responsabilidad de este grupo era la de tomar nota de las ideas centrales presentadas por los reporteros y correlatores, en tanto que el protocolo realizado por los secretarios era revisado por mí. Las habilidades que se buscaba desarrollar para este rol fueron la escucha atenta y respetosa del otro, la capacidad de síntesis y la claridad y brevedad en la escritura. Por último, la tarea del secretario facilitaba la participación del resto de los estudiantes, quienes, en lugar de tomar nota, debían participar activamente. Aquellos estudiantes que no asumían ninguno de los tres roles anteriores debían participar complementando o pidiendo aclaraciones, ya sea de parte de los relatores o de los correlatores.

Dos actividades complementaron el conjunto de trabajos del curso: una entrevista y la realización de un glosario. Como mencioné en la tercera sección, cada alumno debía entrevistar a un candidato a maestría o doctorado que fuera abogado de un país de Latinoamérica. La experiencia buscaba acercar a los participantes del curso a un testimonio de primera mano de alguien que estuviese formado como jurista con el código civil como columna vertebral del derecho privado.

Cada participante del curso debía circular los resultados de su entrevista. Tal entrevista recibía comentarios míos y preguntas de otros estudiantes. Al remitir a los estudiantes a otros abogados diferentes de mí, intenté dejar de lado el monopolio del conocimiento como docente.

Rathod (2012-2013) menciona que las oportunidades que brindan las universidades deben abarcar el desarrollo del bilingüismo en las áreas de escucha, escritura, lectura y expresión oral (p. 908). A pesar de que el curso no buscaba exclusivamente el mejoramiento del español, los estudiantes podían aumentar sus conocimientos en esta lengua mediante la escucha de presentaciones, la participación oral, la redacción de ensayos, la lectura de textos académicos y la elaboración de un glosario. En este último punto, los estudiantes debían intentar encontrar un equivalente lingüístico en inglés de los términos que no entendiesen a cabalidad en español. Más allá de ser un trabajo de traducción, esta labor buscaba ser un breve ejercicio de derecho comparado en el que el estudiante se viera enfrentado a la posibilidad de no encontrar un equivalente lingüístico o a dudar antes de poder encontrar una figura legal semejante en el inglés jurídico. Gracias a este ejercicio, los estudiantes notaron que había diferentes léxicos jurídicos que envolvían diversas formas de percibir y expresar la manera en que una comunidad de personas decidía regularse.

5. «El código civil en Sudamérica»: un llamado a una estructura no jerárquica o a una jerarquía flexible en la enseñanza del derecho comparado

Una mirada retrospectiva a mi experiencia pedagógica durante el seminario «El código civil en Sudamérica» me permite ver que este dio la oportunidad de cuestionar ciertas jerarquías típicas de las escuelas de derecho en general y en las facultades de derecho en Norteamérica en particular. A continuación, precisaré de qué manera tales jerarquías fueron, o bien dejadas de lado a cambio de un estatus igualitario, o bien reinvertidas, y sugeriré que esta estructura no jerárquica o una jerarquía maleable en la enseñanza del derecho le es propia a la enseñanza del derecho comparado²⁵.

En el acápite anterior, expuse el método de enseñanza y evaluación utilizado durante el seminario y mencioné que su naturaleza era no jerárquica. Esta naturaleza no jerárquica implicó varios cuestionamientos de estructuras pedagógicas tradicionales. Primero, como profesora me puse a nivel de los alumnos durante el seminario, para dejarlos brillar con luz propia al exponer sus ideas y críticas. Por lo general, y en particular en los sistemas del derecho continental, la cátedra magistral prima como método de enseñanza en las facultades de derecho. Durante las clases basadas en la cátedra magistral, hay un sujeto activo poseedor de conocimiento, quien transmite a sus alumnos, receptores pasivos, lo que deben saber acerca del área del derecho que se esté estudiando. Usualmente, quienes dictan estas clases son profesores con gran trayectoria profesional y gran éxito laboral, a quienes, por su estatus mismo fuera del aula, los alumnos rinden una especie de reverencia²⁶. Un mensaje tácito que fundamenta esta relación

25 Vale la pena señalar que, en el momento en el cual enseñé el seminario, no tenía en mente la compatibilidad que existe entre un método pedagógico no jerárquico y la enseñanza del derecho comparado. Esta compatibilidad que busco exponer a continuación la percibo al echar un vistazo analítico a lo que fue mi experiencia. Por tal motivo, no establecí tal conexión en la cuarta sección de este artículo, el cual busca describir mi experiencia más que presentarla como un posible ejemplo a seguir para la enseñanza del derecho comparado.

26 En este tipo de enseñanza, quien tiene mejor habilidad en la toma de notas de lo dicho por el profesor es quien tiene mejor material para estudiar para los exámenes.

es que, si a estos catedráticos les ha ido tan bien en sus vidas profesionales, aquello que dicen debe ser cierto, aprendido y seguido. El catedrático está en una posición de autoridad respecto del alumno, y toda relación de autoridad implica una jerarquía (López Cuéllar, 2015, pp. 211-214).

A pesar de mi experiencia laboral previa en la Corte Constitucional colombiana y en la academia, me propuse dejar este aspecto de lado durante las clases. La discusión en el aula no giraba alrededor de lo que yo podría transmitir a los alumnos debido a mi experiencia, sino en torno a lo que los autores de los textos escogidos y el desarrollo del código civil en los diferentes países de Sudamérica tenían para aportar tanto a los alumnos como a mí. De otro lado, no era yo, como profesora, la única que podía cuestionar o plantear críticas a los autores ni a la forma en la que el código civil había sido interpretado o transformado en diferentes países, sino, principalmente, los estudiantes. Mi rol se centró en guiar e intervenir para encaminar a los estudiantes o corregir sus errores notorios, de ser necesario. Se podría argumentar que, al calificar a los estudiantes, yo recuperaba mi rol de autoridad. No obstante, mi rol al calificar no era el de contrastar el pensamiento de los estudiantes con mis ideas consideradas como correctas, sino el de escuchar atentamente la corrección, claridad y poder persuasivo de las ideas de mis estudiantes, fuesen cuales fuesen sus argumentos.

Segundo, el rol de los estudiantes con respecto a los autores estudiados también era no jerárquico, cuestionando así la idea de que el pensamiento de doctrinantes relevantes es un argumento de cierre. Por lo general, en los sistemas de derecho continental, los doctrinantes destacados tienen un estatus tal que su opinión se presupone correcta en el medio académico. La relación entre alumno y doctrinante destacado es de una de autoridad en la que el estudiante está presente como sujeto subordinado que recibe conocimiento. Quizá por esta presunción de corrección de los doctrinantes destacados en varios países se reconoce a la doctrina como fuente de derecho, no obstante su carácter auxiliar, y esta es citada en las decisiones judiciales como argumentos de persuasión a pesar de su naturaleza secundaria.

Durante el seminario, invité a los estudiantes a entrar en un constante diálogo con los doctrinantes que abordamos. Un diálogo no se puede dar si no hay una relación recíproca de escucha y respuesta mutua, la cual incluye el disenso, y en la que los participantes tienen igual estatus (López Cuéllar, 2015, pp. 192-204). Esta actitud de diálogo durante el seminario se presentó primero al hacer énfasis en escuchar con precisión lo que el autor tenía para aportar al curso. Igualmente, al invitar a los estudiantes a sugerir respetuosamente cuáles eran las falencias del autor, yo los invitaba a que brinden una respuesta al doctrinante y no a una mera repetición de sus ideas. Por último, y de suma relevancia, los alumnos sugirieron cómo los autores podrían solucionar estas falencias. Tal aspecto es relevante, puesto que la igualdad de estatus entre el autor y el alumno nace no solo de la posibilidad de disentir, sino del espacio para crear una nueva doctrina mediante la crítica constructiva. De una u otra manera, los estudiantes participaban en la creación de una fuente de derecho a través de sus respuestas.

Esta creación de derecho se puede ver no solo en virtud de la naturaleza de fuente auxiliar que tiene la doctrina, sino debido a la multiplicidad normativa aceptada por un pluralismo jurídico. Si la enseñanza del derecho en las facultades se nutre y fundamenta en buena medida en la doctrina, los abogados crean sus ideas de qué es mandado, prohibido y permitido con fundamento en la doctrina. Así las cosas, la práctica del derecho por parte de los abogados se ve *de facto* permeada por la doctrina. Si los estudiantes pueden experimentar en el salón de

clase que lo dicho por la doctrina es tan solo una de las posibles opiniones acerca de lo mandado, prohibido y permitido, se está promoviendo en ellos un rol activo en la creación de futuras normas de naturaleza doctrinal, así no todos los estudiantes estén interesados en tener un rol en la creación de derecho estatal.

Tercero, el seminario «El código civil en Sudamérica» fue un escenario donde, desde una perspectiva de pluralismo jurídico, los alumnos tuvieron la oportunidad de observar la interacción de derecho estatal y no estatal al mismo nivel. Es común en las facultades de derecho presentar el derecho oficial o proveniente de diferentes fuentes del Estado como única fuente de derecho. Quizá por esta presunción de la exclusividad y superioridad del derecho formal como fuente del derecho, Esquirol nota con preocupación que uno de los defectos de la academia norteamericana en estudios latinoamericanos es la excesiva antropologización del derecho latinoamericano, a la luz de la cual el derecho formal no es tan relevante como la normatividad de la sociedad, entendido como derecho en acción, normatividad informal o pluralismo jurídico. Estos últimos predominan y quitan peso al derecho estatal (Esquirol, 2008-2009, pp. 716-718; Esquirol, 2013, pp. 152-153). Se podría decir que mi seminario, por tener como uno de sus ejes el pluralismo jurídico, cayó en este problema. Sin embargo, la noción de pluralismo jurídico de McGill que acogí en mi curso implicaba una visión del derecho estatal como igual o par a otros derechos no estatales (Macdonald, 1998, p. 19), no como superior o excluyente de aquellos. Por tal razón, mi seminario no trató exclusivamente casos de ordenamientos no estatales. Los casos de regulación no estatal fueron solo uno de sus ejes; constitucionalización del derecho privado, lecturas progresivas del derecho privado a la luz del mismo derecho privado, propuestas de reforma, decodificación y recodificación fueron también protagónicas en el semestre académico. De esta manera, pretendí brindar a los alumnos una perspectiva desde la cual los derechos estatales y no estatales no tienen una jerarquía predeterminada. Al contrario, interactúan y compiten constantemente en igualdad de condiciones (Macdonald, *Metaphors*, 1998, p. 86; *Critical*, 1998, p.17).

Por último, el seminario «El código civil en Sudamérica» permitió revertir determinadas jerarquías de las facultades de derecho norteamericanas. Como abogada latinoamericana que había realizado estudios de posgrado en los Estados Unidos y Canadá²⁷, yo había percibido que los estudiantes extranjeros de maestría y doctorado conformaban un grupo diferente y separado de aquellos alumnos que estaban cursando sus estudios de licenciatura en derecho. Es mi impresión que los estudiantes extranjeros de posgrado en derecho son percibidos como aquellos que no entienden del todo de qué se trata el derecho (anglosajón) y no saben expresarse como un abogado (en inglés al estilo del derecho *common law*). Relacionado con lo anterior, los estudiantes de sistemas de *common law* tienden a considerar que son pocos los aportes que pueden brindar académicos del derecho provenientes de sistemas de derecho continental de países en desarrollo. Sin tener esto como objetivo expreso del curso, percibí como docente que estas jerarquías se veían revertidas durante el curso en varios sentidos.

Para comenzar, el hecho de que una candidata a doctora proveniente de Latinoamérica dictara un seminario calificable me posicionó en un lugar, si no superior, sí de par de aquellos

27 Cuento con una maestría en Derecho por la Universidad de Yale y un doctorado en Derecho por la Universidad de McGill.

estudiantes del pregrado en derecho de la Facultad de McGill que participaron en el curso²⁸. De igual manera, los alumnos que participaron y que tenían al español como lengua materna o que eran completamente bilingües e incluso trilingües (francés, español e inglés), brillaron con facilidad por su participación constante y acertada la mayoría de las veces. Por el contrario, algunos estudiantes con un conocimiento básico del español y que hasta el momento no habían presentado ningún inconveniente en el estudio de sus cursos de derecho, tuvieron más obstáculos para la comprensión del contenido del curso y la obtención de los objetivos académicos. Esto último, a pesar de que expresamente me había propuesto brindar en el curso un ambiente de respeto por el proceso de aprendizaje en otro idioma y un reconocimiento de la dificultad que esto implica.

Por último, el hecho de que en varias de las sesiones los estudiantes hayan tenido la posibilidad de escuchar a expertos en derecho latinoamericano provenientes de Sudamérica e interactuar con ellos de manera directa abrió paso para que los estudiantes de McGill vieran con qué precisión y alto nivel académico se puede expresar un abogado de la academia latinoamericana.

Una estructura menos jerárquica o con una jerarquía más flexible como la que presenté anteriormente es consistente con la enseñanza del derecho comparado. Un curso sobre derecho comparado, sean cuales sean los derechos que se estudian, presenta una posibilidad de diálogo y enriquecimiento mutuo entre dos o más ordenamientos jurídicos, estatales o no. En esta medida, un curso de derecho comparado se puede ver como un campo de juego donde ninguno de los derechos bajo estudio tiene una naturaleza superior a los otros derechos bajo análisis. Un curso de este tipo puede ser un espacio neutro para que los estudiantes y el docente tomen cierta distancia de preconcepciones sobre la superioridad y corrección, o inferioridad y error, de uno u otro derecho y se abran a entender las fortalezas, complejidades y limitaciones de cada ordenamiento, al igual que los aportes mutuos que pueden ofrecer cada uno de los derechos en estudio.

Si la no jerarquización o apertura a la reconstrucción de jerarquías es una estructura posible en el estudio de varios ordenamientos jurídicos, un método pedagógico igualmente no jerárquico o abierto a la constante reestructuración de jerarquías es consistente con la enseñanza del derecho comparado. Un curso de derecho comparado puede ser un espacio que permita el diálogo entre derechos y entre partícipes del curso, tanto estudiantes como docentes. Si esto es así, varias características dialógicas, como la existencia de sujetos diversos (un yo y otro), la escucha y la respuesta mutuas, la igualdad de estatus y la posibilidad de disenso (López Cuéllar, 2015, pp. 192-204), deberían ser promovidas por el docente de derecho comparado dentro del aula.

6. Conclusión

El seminario «El código civil en Sudamérica» dictado en McGill abrió un espacio para la enseñanza del derecho en español con base en autores sudamericanos. En este seminario intenté revertir las visiones latinoamericanistas del derecho de esta región. El curso se separó de la idea

28 Vale la pena mencionar una anécdota de resistencia a este cambio de jerarquía: una estudiante del seminario que estaba presentando dificultades en la comprensión del contenido y método del curso puso una queja a instancias superiores de la universidad en la que decía: «¡No sé de dónde esta profesora habrá tomado su método!». A lo cual el miembro de la facultad respondió sencilla pero seriamente: «Tal vez de la Universidad de Yale».

común de que un curso sobre el código civil implica principalmente memorización y razonamiento silogístico. Adicionalmente, ciertas jerarquías se vieron alteradas o cuestionadas en la práctica al dar paso al pluralismo jurídico en una clase de derecho civil, a nuevos métodos de enseñanza menos jerárquicos y al protagonismo de juristas latinoamericanos en el campo de la enseñanza del derecho en Canadá. Este curso, además, presenta un llamado a una estructura no jerárquica o con unas jerarquías modificables en la enseñanza del derecho comparado, más allá del seminario «El código civil en Sudamérica».

A pesar de las fortalezas del seminario, hay vacíos que yo podría llenar si volviese a enseñar este curso. Garro (1987-1988) señala que una de sus razones para dictar derecho latinoamericano en los Estados Unidos es que los estudiantes realicen una comparación con el sistema propio en búsqueda de una mejor comprensión de este último (pp. 598-599). En sentido semejante, Jimena Andino Dorato argumenta que una experiencia de jurislingüística que envuelva un ejercicio de traducción del derecho ajeno al lenguaje jurídico propio debería estar presente en general en la enseñanza del derecho. Para Andino Dorato (2015), este conocimiento del otro a través de la traducción informal de casos o textos jurídicos lleva implícitamente a un conocimiento y cuestionamiento del derecho propio (pp. 642-646). Si bien en el seminario los estudiantes realizaron un glosario de términos desconocidos, la traducción de textos jurídicos no estuvo presente de manera expresa dentro de las tareas del curso. Quizá algunos estudiantes se hayan visto en la necesidad de realizar tal actividad en medio de la lucha por entender un texto jurídico en un idioma legal ajeno. Sin embargo, la traducción de textos jurídicos llevada a cabo de una forma más consciente y guiada podría arrojar resultados más enriquecedores para los estudiantes.

Relacionado con lo anterior, considero que si bien es importante haberse enfocado en la doctrina sudamericana, sería igualmente enriquecedor introducir el análisis de jurisprudencia que ejemplifique el tipo de interacción efectiva que los jueces han tenido con el código civil en Sudamérica. Asimismo, este estudio de casos podría prestarse como herramienta idónea para la introducción del elemento de traducción informal promovido por Andino Dorato.

Por otro lado, la concretización de la aplicación del código civil en casos particulares permitiría una perspectiva diferente y más concreta entre las experiencias del código civil de los diferentes países en Sudamérica. Posiblemente, una aproximación más cercana a la aplicación cotidiana de este Código mostraría un escenario donde, a diferencia del seminario que facilité en McGill, primarían las diferencias sobre las semejanzas en la aproximación a la historia y desarrollo del código civil en Sudamérica. Igualmente, el enfoque en casos habría mostrado cómo, además de con el pluralismo jurídico fuera del Estado, el código civil ha convivido con un pluralismo jurídico estatal, en el que las interpretaciones con autoridad de diversas altas cortes de un mismo Estado sobre una misma disposición del código civil están en un conflicto irresoluble²⁹. El estudio de esta perspectiva de pluralismo jurídico habría cuestionado aún más la efectividad del papel unificador del código civil.

29 Al respecto, véase: López Cuéllar (2015).

REFERENCIAS

- American University Washington College of Law. (2013). *Multilingual Education: Theory and Pedagogy*. Recuperado de <http://media.wcl.american.edu/Mediasite/Play/5d4d31d7-ad83-4d6c-af12-7b9e418b8410>
- Andino Dorato, J. (2013). A Jurilinguistic Approach in Legal Education. *International Journal of Semiotic Law*, 26(3), 635-650.
- Bello, A. (2005). *Escritos Jurídicos, Políticos y Universitarios* (2.^a ed.). Santiago de Chile: Lexis Nexis.
- Benton, L. (2001). «The Laws of This Country»: Foreigners and the Legal Construction of Sovereignty in Uruguay. *Law & History Review*, 19(3), 479-511.
- Bonilla, D. (2008). Propiedad extralegal, monismo y pluralismo jurídico, estudio de caso Ciudad Bolívar. *SELA, Seminar of Latin American Studies, Yale Law School 2008*. Recuperado de http://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Articulo_SELA_2008-Pluralismo-Juridico.pdf
- Calderón Villegas, J. J. (2007). Constitucionalización del Derecho Comercial: Algunas de las Huellas Trazadas por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. *Revista Universitas*, 56(113), 113-137.
- Caprile Bierman, B. (2007). La Metamorfosis de la Propiedad. En S. Ríos Labbe (Ed.), *Constitucionalización del Derecho Privado: Actas del Tercer Congreso Internacional de La Asociación Andrés Bello Des Juristes Franco-Latino-Americains*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Espinosa, M. A. (2001). The Andean Community: Reaching Out to Bolívar's Dream. *Law and Business Review of the Americas*, 7(13), 329-348.
- Esquirol, J. L. (2008). The Failed Law of Latin America. *American Journal of Comparative Law*, 56(1), 75-124.
- Esquirol, J. L. (2008-2009). Writing the Law of Latin America. *George Washington International Law Review*. 2008-2009, 40, 693-732.
- Esquirol, J. L. (2013). Legal Latin Americanism. *Yale Human Rights & Development Law Journal*, 16, 145-170.
- Ferreres Comella, V. (2003). La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares. *Los derechos fundamentales, SELA 2001*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto.

- Garro, A. M. (1987-1988). Shaping the Content of a Basic Course on Latin American Legal Systems. *University of Miami Inter-American Law Review*, 19, 595-616.
- Garro, A. M. (1988). The Teaching of Latin American Legal System in U.S. Law Schools. *Journal of Legal Education*, 38(1-2), 271-277.
- Garro, A. M. (1992). Unification and Harmonization of Private Law in Latin America. *The American Journal of Comparative Law*, 40(3), 587-616.
- Geny, F. (1963). *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: critical essay*. St. Paul: West Pub. Co.
- Gherzi, C. A. (2010). Las Líneas de Políticas Económica en el Código Civil de Vélez Sársfield. En *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield: Bicentenario de su Nacimiento (1800-2000)* (Vol. I). Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- Gidi, A. (2006). *Teaching Comparative Civil Procedure*. *Journal of Legal Education*, 56, 502-509.
- Glenn, G. P. (2003). Harmony of laws in the Americas. *University of Miami Inter-American Law Review*, 34(2), 223-246.
- Guzmán Brito, A. (2008). *Vida y Obra de Andrés Bello Especialmente Considerado Como Jurista*. Pamplona: Thomson Aranzadi, Maiestas Fundación.
- Halperín, J. L. (2004). El origen político de los códigos, de Europa a Latinoamérica. En *Association Andrés Bello De Juristes Franco-Latino-Americains, Congreso 2004*. Recuperado de <http://auguskahl.blogspot.ca/2010/06/el-origen-politico-de-los-codigos-de.html>
- Hinestrosa Forero, F. (2001). Codificación, Descodificación y Recodificación. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 323, 63-73.
- Kelsen, H. (1945). *General Theory of Law and State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Kelsen, H. (1970). *Pure Theory of Law* [Traducción de la Segunda edición (editada y aumentada) en alemán]. Berkeley: Los Angeles, London: University of California Press.
- Kemelmajer de Calucci, A. (2005). Codificación y Constitucionalización del Derecho. En G. Martinic, M. Dora, y M. Tapia (Eds.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación* (Tomo II). Santiago de Chile: Lexis Nexis, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- León, P. (2010). Ideologías Atribuidas al Legislador. En *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield: Bicentenario de su Nacimiento (1800-2000)* (Vol. I). Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

- Levaggi, A. (1992). Alberdi-Vélez Sársfield: Una Polémica Trascendental sobre la Codificación Civil Argentina. En A. Levaggi (Ed.), *Fuentes Ideológicas y Normativas de la Codificación Latinoamericana*. Buenos Aires: Universidad del Museo Social Argentino.
- López Cuéllar, N. (2011). *Teaching Law in Spanish for a better Understanding: Insights from the Grupo Hispano at the McGill Faculty of Law*. Recuperado de <https://www.mcgill.ca/centre-crepeau/files/centre-crepeau/Cuellar.mp3>
- López Cuéllar, N. (2015). *Pluralismo Jurídico Estatal: Entre Conflicto y Diálogo*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- López Medina, D. E. (2004). *Teoría Impura del Derecho: La Transformación de la Cultural Jurídica Latinoamericana*. Bogotá: Legis Editores.
- Macdonald, R. (1998). Metaphors of multiplicity: civil society, regimes and legal pluralism. *Arizona Journal of International Comparative Law*, 15, 69-91.
- Macdonald, R. (1998). Critical legal pluralism as a construction of normativity and the emergence of law. En A. Lajoie; R. MacDonald; R. Janda, y G. Rocher (Eds.), *Théories et émergence du droit: pluralisme, surdétermination et effectivité*. Montreal: Les Éditions Thémis.
- Madrid Martínez, C. (2007). Constitucionalización del Derecho de los Contratos en Venezuela: El Estado Social de Derecho. En S. Ríos Labbe (Ed.), *Constitucionalización del Derecho Privado: Actas del Tercer Congreso Internacional De La Association Andrés Bello Des Juristes Franco-Latino-Americains*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- McGill Reporter. (2008). *Sí se puede*. McGill Reporter. Recuperado de <http://www.mcgill.ca/reporter/40/10/spanish/>
- McGill University. (2008). *La fiesta!* Recuperado de [https://mcgill.ca/channels/event/%C2%A1 la-fiesta-28312Méndez](https://mcgill.ca/channels/event/%C2%A1%20la-fiesta-28312Méndez)
- McGill University. (2009). *Law / Focus Online*. Recuperado de <https://publications.mcgill.ca/droit/2009/05/07/law-journals/>
- McGill University. (2010-2011). *Centre for Human Rights and Legal Pluralism. Events 2010-2011*. Recuperado de <http://www.mcgill.ca/humanrights/events/pastevents/2010-2011/>
- Tependino, G. J. (2007). La Protección Constitucional de la Propiedad en el Derecho Brasileño. En S. Ríos Labbe (Ed.), *Constitucionalización del Derecho Privado: Actas del Tercer Congreso Internacional De La Association Andrés Bello Des Juristes Franco-Latino-Americains*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

- Mirow, M. C. (2000). The Power of Codification in Latin America: Simon Bolivar and the Code Napoleon. *Tulane Journal of International & Comparative Law*, 8, 83-116.
- Moreteau, O. (2008-2009). Recodification in Louisiana and Latin America. *Tulane Law Review*, 83, 1121-1162.
- Navarro Beltrán, E. (2005). Constitucionalización del Derecho Civil: La Propiedad Sobre Bienes Incorporales en la Jurisprudencia. En *De La Codificación a la Descodificación: Code Civil (1804-2004), Código De Bello (1855-2005)* (Serie Cuadernos de Análisis Jurídicos. Derecho Privado II). Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.
- Ramos Núñez, C. (1997). *El Código Napoleónico y su Recepción en América Latina*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Rathod, J. M. (2012-2013). The Transformative Potential of Attorney Bilingualism. *University of Michigan Journal of Law Reform*, 46(3), 863-920.
- Sánchez, G. M. (1997). A Paradigm Shift in Legal Education: Preparing Law Students for the Twenty-First Century: Teaching Foreign Law, Culture, and Legal Language of the Major U.S. American Trading Partners. *San Diego Law Review*, 34, 635-679.
- Rico Gutiérrez de Piñeres, L. (2009). *Ciudad Bolívar, Ciudad Informal: La Historia de un Barrio Ilegal*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Tafur Morales, F. (1939). *La nueva jurisprudencia de la Corte*. Bogotá: Editorial Óptima.
- Tamanaha, B. Z. (2007). *Understanding legal pluralism: past to present, local to global*. Recuperado de http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1010105
- Tau Anzoategui, V. (2008). *La Codificación Argentina: 1810 - 1870/Mentalidad Social e Ideas Jurídicas* (2.ª ed.). Buenos Aires: Librería Histórica.
- University of Denver, Sturm College of Law. (2017). *Lawyering in Spanish - courses*. Recuperado de <http://www.law.du.edu/index.php/lawyering-in-spanish/course-descriptions#Civil>
- University of Pittsburgh School of Law. (2014). *Languages for Lawyers*. Recuperado de <http://www.law.pitt.edu/academics/foreign-lawyers/language>
- University of The Pacific McGeorge School of Law. (2017). *Inter-American Program*. Recuperado de http://www.mcgeorge.edu/Students/Academics/International_Study/Inter-American_Program.htm
- University of The Pacific McGeorge School of Law. (2017). *Inter-American Program-Curriculum*. Recuperado de http://www.mcgeorge.edu/Students/Academics/International_Study/Inter-American_Program/Inter-American_Curriculum.htm
- University of The Pacific McGeorge School of Law. (2017). *Inter-American Program- Summer Program in Guatemala*. Recuperado de <http://www.mcgeorge.edu/Students/>

Academics/International_Study/Summer_Abroad_Programs/Summer_Program_in_Guatemala/Guatemala_Courses.htm.

- Valcke, C. (2005). Comparative Legal Education in Canada. *Revue Juridique Thémis de l'Université de Montréal*, 39, 483-505.
- Wald, A. (2005). El Derecho Brasileño y el Código Civil de 2002. En G. Martinic, M. Dora, y M. Tapia (Eds.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación* (Tomo II). Santiago de Chile: Lexis Nexis, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- Wajantraub, J. H. (2007). Constitucionalización del Derecho de Propiedad. En S. Ríos Labbe (Ed.), *Constitucionalización del Derecho Privado: Actas del Tercer Congreso Internacional De La Association Andrés Bello Des Juristes Franco-Latino-Americains*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- White, J. B. (1991). *Justice as Translation: An Essay in Cultural and Legal Criticism*. Chicago: The University of Chicago Press.

DIVERSAS MANERAS DE ENSEÑAR EL DERECHO COMPARADO: PASADO, PRESENTE Y FUTURO

*Yenny Vega Cárdenas**

1. Introducción

Este artículo ha sido fruto tanto de las experiencias prácticas de la autora como profesora de metodología y epistemología del derecho comparado, al igual que como coordinadora de la Maestría de Derecho Comparado de la Universidad de Montreal y como profesora invitada en otras instituciones para enseñar esta materia. En el presente trabajo, se expondrán diversos métodos utilizados para la enseñanza del derecho comparado a partir de una mirada crítica y constructiva, con el fin de obtener lecciones de las diferentes experiencias que varios comparatistas han tenido la generosidad de compartir.

En este artículo, se exponen diversos contenidos y métodos de enseñanza para inspirar nuevos modelos de aprendizaje. Además, se subraya la importancia de la autonomía de cada profesor en su materia, lo cual seguramente les dará un tinte particular a sus pedagogías. En efecto, no se puede afirmar que hay un único método para enseñar derecho comparado, ya que existe una gran variedad de herramientas pedagógicas que varían según la institución y el docente.

Ahora bien, lo primero que un profesor debe preguntarse antes de enseñar una disciplina es lo siguiente: ¿cuáles son los objetivos?, ¿en qué consiste?, ¿cuáles los límites? Luego, deberá indagar sobre el método más conveniente para la materia a tratar y las fuentes más pertinentes. Por lo tanto, en la segunda sección se explicará, de manera breve, el concepto de derecho comparado y los objetivos a lograr con su enseñanza en las facultades de derecho. Enseguida, se presentarán los contenidos más recurrentes e idóneos que se encontraron, los cuales buscan darle un alcance teórico y práctico a esta disciplina. Igualmente, se presentarán diversos métodos de enseñanza que han sido utilizados por profesores e instituciones en diferentes contextos, para finalmente concluir con una apertura al futuro desarrollo del derecho comparado gracias al acercamiento de las culturas, favorecido tanto por la movilidad internacional, cada día más fluida, como por la globalización y los avances tecnológicos.

2. ¿Qué es el derecho comparado?

Aunque se hayan utilizado técnicas de derecho comparado desde la antigüedad¹, se dice que la fase constitutiva de la ciencia jurídica comparativa comenzó a principios del siglo XX, es-

* La autora enseña metodología y epistemología del derecho comparado en la Universidad de Montreal, en Canadá, donde se desempeña como coordinadora del programa de Derecho Privado Comparado. Además, es profesora invitada de Derecho Comparado en la Universidad Panamericana. La autora ha obtenido una beca como investigadora invitada del Max-Planck Institute en Derecho Internacional Privado y Comparado de Hamburgo, Alemania.

1 Desde la antigüedad, Platón compara diferentes constituciones con el fin de proponer la mejor constitución política posible, el mejor Estado, tanto en la conocida obra *Las Leyes* como aquel intitulado *República*.

pecialmente a partir del Congreso de Derecho Comparado que se celebró en París en 1900 (*Société de législation comparée*, 1905, Tomo 1, p. 46) y luego con la conferencia de La Haya en 1937, en la que se trató de definir el derecho comparado (Ancel, 1971, p. 18). En estos congresos, se afirmaba que este era una ciencia (Gémar, 2017; Sacco, 1991, p. 4)², postura que facilitaba su consolidación en la academia universitaria. Recientemente, sin embargo, algunos autores han favorecido un enfoque que sugiere que es un método (Ponthoreau, 2005, p. 8) a través del cual se comparan derechos diversos y que no existe como tal una disciplina o ciencia del derecho comparado, como sí sucede con el derecho civil, penal, o laboral (David, 1950, p. 2). No obstante, en su enseñanza, varios profesores consideran el derecho comparado como disciplina científica y como método (Vega Cárdenas, comunicación personal, 2 de mayo, 2017). Finalmente, una postura novedosa, la cual es compartida en este trabajo, es aquella que propone entenderlo como una ciencia auxiliar (Samuel, 2014) que busca estudiar o comprender, desde una perspectiva comparada, los diferentes fenómenos jurídicos (García Máynez, 2002, p. 155), tal como ocurre con el uso auxiliar de otras ciencias (filosofía, análisis económico, sociología, antropología) para comprender el derecho. Entonces, se podría hablar más de un análisis comparativo del derecho (Goldstein, 2014, p.1) que invita a que entendamos esta materia como una ciencia auxiliar que nos lleva a un análisis normativo desde una perspectiva abierta a las demás culturas y tradiciones jurídicas. Como «no hay ciencia sin método» (Samuel, 2014), esta disciplina científica cuenta, al igual que otras ciencias, con diversos métodos para llegar a un resultado según los objetivos que se persigan por el investigador en su ejercicio comparativo.

Así, los análisis comparativos pueden aplicarse a todas las ramificaciones del derecho, cualesquiera que sean los objetivos, como por ejemplo conocer o comprender otros sistemas, culturas o sociedades; buscar nuevas respuestas a problemáticas complejas y emergentes, ya que las respuestas actuales parecen insatisfactorias en nuestro propio sistema; fomentar proyectos de armonización o unificar políticas públicas o derechos, sobre todo entre países vecinos que comparten recursos indispensables, sean estos en términos de territorio, suelos, aguas, aire, etc., pero también entre países aliados que están unidos por el comercio, la tecnología, el saber o los pactos políticos.

El derecho comparado, como ciencia o como método, nos permite desmitificar el derecho. Nos permite relativizarlo, desdogmatizarlo y entenderlo como un producto cultural, social, temporal y en constante movimiento (Legrand, 2014, p. vii)³. Los estudios comparativos permiten conocer otra cultura, viajar y conocer, a través de los diferentes sistemas jurídicos, maneras de pensar, de racionalizar la realidad (McAuley, 2002).

Como lo menciona la profesora Nacira Saadi (Vega Cárdenas, comunicación personal, 9 de mayo, 2017) y el profesor Harith Al-Dabbagh (Vega Cárdenas, comunicación personal, 2 de mayo, 2017), el derecho comparado consiste en abrirse al otro, abrirse al mundo, crear una

2 El profesor Gémar explica en su texto lo que entiende como ciencia. Se trata de un conjunto de conocimientos científicos en un campo determinado. Se utiliza, además, el término disciplina científica como sinónimo. Hay que distinguir entre ciencias puras (duras) y ciencias sociales y humanas. El derecho se encuentra dentro de las ciencias llamadas sociales. El derecho comparado adopta la misma categorización de la ciencia madre, es decir, como ciencia social. Véase: Gémar (2017, p. 7).

3 Como lo explica el profesor Legrand, el derecho es historia, política, filosofía, epistemología, es decir, cultura. El derecho no sabría existir al exterior de una cultura (Legrand, 2014, p. vii).

apertura que nos permita mejorarnos y que posibilite entender la realidad del otro aceptándolo en su complejidad.

Estudiar el derecho comparado no es un ejercicio que implique una mera comparación de normas, sino de realidades, de historia, de códigos sociales, de maneras de pensar. Enseñar el derecho comparado implica despertar la curiosidad y el apetito por ir más allá de los simples textos normativos que están condenados a ser modificados incesantemente, tratando de alcanzar el ritmo frenético de la sociedad.

Enseñar derecho comparado es invitar al estudiante a desmitificar al otro, pero no porque seamos diferentes o porque haya modelos de vida diferentes que vuelvan superiores o inferiores a unos (Eberle, 2009, p. 459). Es saber que la riqueza del mundo está en la diferencia y que, si uno se abre al otro, puede crecer, inspirar, conocer mejor los límites personales, las debilidades y fortalezas como sociedad. El derecho comparado es interesarse en la solución de los problemas iguales o similares en otras partes del mundo. Gracias a la globalización, esta apertura e interés se ha generalizado y se ha vuelto un imperativo.

Ante esta realidad, algunos autores se han interesado en las siguientes preguntas: ¿cómo enseñar el derecho comparado? (Winterton, 1975, p. 70), ¿qué modelos de enseñanza responden a los diversos objetivos de desmitificar la realidad mundial, de revelar el juego de competencias y de influencias de los derechos, así como el colonialismo jurídico, para que esta verdad nos permita adoptar derechos más auténticos y adaptados a cada realidad?

3. ¿Cómo enseñar el derecho comparado?

Las primeras preguntas que nos hacemos frente a un nuevo curso de derecho comparado buscan identificar cuáles son los objetivos que pretendemos alcanzar. ¿Qué habilidades se quieren desarrollar en los estudiantes para comparar su derecho con derechos extranjeros? ¿Qué se quiere que retengan al final del curso? Seguramente, no esperamos que los estudiantes se conviertan en *common lawyers* o en expertos de un derecho extranjero si su tradición jurídica es la del derecho continental, pero seguramente se pretende que el estudiante comprenda que las respuestas a los problemas sociales y la manera de pensar el derecho en su país no es la única, ni la menos acertada, ni la mejor, ni la peor. Como señala el profesor Kadner Graziano (2013), cuando un comparatista puede identificar las diferentes soluciones y acordarle el mismo peso a cada una de ellas, se puede decir que estamos ante un jurista que piensa internacionalmente o globalmente. Este es uno de los objetivos del abogado del futuro, «think internationally or think globally» (Kadner Graziano, 2013, p. 87).

Igualmente, se plantea la pregunta sobre cuál es el momento más conveniente para impartir la clase de derecho comparado. Como se afirma que para hacer una comparación se debe conocer lo que se compara, el curso de derecho comparado ha sido ofrecido en algunas universidades, ya sea a la mitad o a finales de la carrera de derecho, para que los estudiantes puedan contar con un conocimiento suficiente de los principios fundamentales y estructurales de su propio derecho⁴. Esto les permitirá entablar un diálogo más claro con las otras tradiciones jurídicas (David, 1950, p. 8). No obstante, se dice que antes de empezar a comparar con otra tradición debemos tratar de dejar de lado el etnocentrismo (Ponthoreau, 2005, p. 12) y

4 Este es el caso de la Universidad Degli Studi di Trieste, en Italia; de la Universidad de Montreal; de la Universidad Santo Tomas, en Colombia, por no nombrar sino estos ejemplos.

nuestros prejuicios y condiciones previas de lo que se considera debería ser el derecho. Es decir, el comparatista debe tener en cuenta que los sistemas normativos no son sino un reflejo de la cultura, de la sociedad, y que, al existir una multitud de culturas en el mundo, el derecho no es necesariamente universal (Ponthoreau, 2005, p. 12). Por ende, nos preguntamos en qué medida puede ser una ventaja el iniciar a los estudiantes en el derecho comparado desde el comienzo de su carrera, momento en el que, al no conocer bien aún su propio derecho, el estudiante posee una estructura jurídica mental menos rígida y, en consecuencia, tiene menos riesgos de caer en el etnocentrismo. Al respecto, algunos profesores recomiendan que desde el primer año se ofrezca la oportunidad a los estudiantes de familiarizarse con otras tradiciones jurídicas (Vega Cárdenas, comunicación personal, 27 de abril, 2017; 9 de mayo, 2017).

En efecto, se subraya que es en el momento en el que el estudiante se está formando en derecho, cuando se debe ser consciente de que las respuestas a los problemas jurídicos difieren dependiendo del lugar en donde uno se encuentra. Estas diferencias, que responden a diferentes variables, ya sean culturales, sociales o históricas, favorecen a una mayor apertura de los estudiantes, tal como lo expone el profesor Gordley (2001): «A Student confronted with only one solution to a legal problem has a tendency to assume it is the right one. When he is confronted with two, he is encouraged to think» (p. 305). En este mismo sentido, Jaakko Husa (2009) afirma que dejar la materia de derecho comparado al final del currículo es admitir que el derecho local es lo normal y que el derecho extranjero es lo anormal, lo extra, un plus (p. 916).

Así, se considera que los estudios comparativos al principio de la carrera reforzarían el espíritu crítico y cultural del jurista (Moura Vicente, 2016, p. 21). Por ello, el estudiante estará capacitado para entender el derecho como un fenómeno social y cultural, en lugar de entenderlo como una verdad objetiva o un dogma.

En efecto, los estudios comparativos los enfrentan desde el principio de la carrera a enfoques sociológicos del derecho, lo cual posibilita la comprensión del mismo como múltiple y heterogéneo. Aún más, los concientiza sobre la existencia del pluralismo jurídico, que permite entender que, en el mundo, al igual que al interior de una misma sociedad, cohabitan diferentes órdenes jurídicos y modelos de resolución de conflictos (Iannello, 2015)⁵. De esta manera, un jurista advertido tempranamente sobre el hecho de que cada sociedad puede entender y tejer de manera diferente la relación social con el mundo jurídico es un jurista con perspectivas inigualables y abiertas a enfrentar un mundo globalizado.

En cuanto a la importancia de la inclusión del derecho comparado en el currículo a principios o a mediados de la carrera, a continuación se tratará acerca de qué contenido se debe priorizar y qué metodología conviene aplicar.

3.1. Contenidos del curso de derecho comparado.

El método clásico de enseñanza del derecho comparado ha sido el método por sistemas, al estilo del profesor René David (David, 1950), es decir, por medio de un estudio somero de las principales familias jurídicas en el mundo: el derecho continental, el *common law*, el derecho musulmán, los derechos de Extremo Oriente, el derecho soviético y los derechos de África

5 Para los fines de este capítulo, se entiende por pluralismo jurídico una visión posmoderna del derecho que implica el reconocimiento de la coexistencia de espacios legales superpuestos interconectados e interrelacionados al interior de un mismo Estado. Esta postura critica la teoría del contrato social de Hobbes y Locke. Para más información sobre el tema, se sugiere consultar, entre otros: Iannello (2015, p. 767).

(Moura Vicente, 2016). Es por medio de este método que numerosos profesores han venido enseñando el curso de derecho comparado (Vega Cárdenas, comunicación personal, 27 de abril, 2017; 2 de mayo, 2017; 9 de mayo, 2017).

Hoy en día, se ha reflexionado acerca de la manera de enseñar esta materia, su contenido y qué se debe priorizar en su enseñanza. Se hace la pregunta sobre si lo idóneo es estudiar los rasgos generales de las principales familias jurídicas⁶ o si es mejor profundizar sobre alguna de ellas, teniendo en cuenta que, en un semestre, un estudiante no podrá desarrollar las habilidades necesarias para manejar y comprender adecuadamente las diversas familias o tradiciones jurídicas (Van Hoecke, 2015).

Frente a esta constatación, uno se debe preguntar cómo escoger los derechos o sistemas jurídicos que se deberán comparar. Es necesario notar que enseñar derecho comparado no solo es limitarse a describir los sistemas escogidos, puesto que aquí solo se está estudiando el derecho extranjero, u otro sistema jurídico interno, sin necesariamente estar haciendo derecho comparado. Se sugiere, entonces, propiciar un ejercicio real de comparación de las tradiciones a partir de la materia impartida, para que los estudiantes puedan, efectivamente, entablar un diálogo entre los derechos que se comparan y no limitarse a una mera descripción. Se propiciará el estudio de las diferencias y similitudes encontradas, y se indagará en el porqué de los resultados arrojados. En efecto, es a partir del porqué de las diferencias que se empieza a comprender mejor tanto el otro derecho como el propio, la manera de razonar, de construirse, los substratos de la sociedad que lo genera y sus principales rasgos sociales, culturales e históricos.

La escogencia de las tradiciones con la que se comparara el derecho local puede ser guiada por los objetivos que se pretenden alcanzar, particularmente en términos de formación. Por ello, se debe responder a estas preguntas: ¿por qué se estudia el derecho comparado?, ¿por qué se quiere propiciar el acercamiento a otra sociedad o tipo de derecho, ¿qué se espera del abogado o del jurista del futuro? (Steenhoff, 2002, p. 50). Algunos autores recomiendan salir de la dicotomía entre derecho continental y *common law* (Waxman, 2001), y no dejar de lado otras familias jurídicas como el derecho musulmán o talmúdico, en las cuales la influencia de la religión es aún más presente. No obstante, el profesor que dirige la materia decide, con plena autonomía, concentrar su estudio en la que esté más familiarizado o en la que tenga consideraciones o intereses que favorezcan el acercamiento a determinada familia (Madrid, 2013)⁷.

6 Familia y tradición, entre otros, se han utilizado con el fin de clasificar los diferentes sistemas jurídicos de manera pedagógica. René David, así como Zweigert y Köts, ha utilizado el concepto de familias jurídicas. Ahora bien, se ha criticado esta denominación, particularmente por el profesor Patrick Glenn, a la cual opone el concepto de tradición jurídica que, en vez de entender los sistemas de manera estática, los entiende más bien como información que se trasmite en el tiempo. Dado que nuestro texto pretende ser una introducción didáctica y general para entender distintos métodos de enseñanza del derecho comparado, se utilizará el término «familia» para referir a las grandes clasificaciones expuestas por René David en su clásico libro que ha inspirado los métodos de la enseñanza del derecho comparado. Vale recalcar que autores han puesto en entredicho la redefinición de términos propuestos por el profesor Glenn y han señalado que estas redefiniciones hacen que los comparatistas se pierdan fácilmente en la comparación misma. Con respecto a este debate, véase: Donlan (2015), Gleen (2003).

7 Por «libertad de cátedra» se entiende la libertad de la que disponen los académicos para investigar, enseñar y publicar, sin riesgo ni amenaza de sanción alguna, salvo que se incumpla con la ética profesional. Este derecho, relacionado con la libertad de expresión, comprende la posibilidad de determinar tanto el contenido como el método de enseñanza que se ha de utilizar. Sin embargo, esto no niega la potestad de determinar, por parte del centro educativo o del Estado, orientaciones pedagógicas que deben ser compatibles con la libertad del profesor. Véase, entre otros: Madrid (2013).

De esta forma, en el *common law*, contrariamente a lo que se maneja en el derecho continental, la fuente principal del derecho es la jurisprudencia, aunque exista un gran número de leyes. Si uno se interesa por los países soviéticos, se debe comenzar por una aproximación teórica de lo que es el derecho para estas sociedades (David, 1950, p. 13). Si uno se interesa por el derecho de los países asiáticos (como, por ejemplo, el derecho de Japón, China o Corea), se debe entender que la obediencia y la moral social son dos de los pilares de estas sociedades, las cuales evitan al máximo recurrir al derecho para resolver los conflictos (Noda, 1966, p. 176). En efecto, como el derecho es parte de la cultura, se debe indagar sobre diversos aspectos sociales del otro país (la historia, el clima político, económico, cultural y religioso), con el objetivo de establecer un conocimiento previo de la sociedad a estudiar.

Algunos profesores de derecho comparado manifiestan que frente a la complejidad del estudio de otros derechos y de comprender las diferencias, el curso debe ser ilustrado a los estudiantes por medio de casos. De hecho, el profesor Harith Al-Dabbagh, de la Universidad de Montreal, propone en el plan del curso hacer una comparación a nivel macro y micro (Al-Dabbagh, 2017), al igual que el profesor Kadner Graziano, de la Universidad de Ginebra (Kadner Graziano, 2013, p. 83). En el caso de la autora de este artículo, ella utiliza los estudios de caso como metodología para entender qué es y cómo se hace el derecho comparado. Además, ha tenido la oportunidad de trabajar con grupos heterogéneos de estudiantes, lo que, gracias a las experiencias de estos, le ha facilitado contrastar las diversas relaciones de una sociedad con el derecho. Esta heterogeneidad facilita iniciar a los estudiantes en el uso del método *learning by doing* (Kadner Graziano, 2013, p. 85), o aprender haciendo, puesto que el trabajo en equipo de estudiantes de diversos orígenes permite comprender con mayor facilidad cómo los reflejos y las respuestas ante una misma problemática pueden ser diferentes.

Finalmente, se recomienda que en el curso de derecho comparado no se enseñe solo de manera teórica, enfocado en los principios fundamentales de las familias jurídicas, sino que también comprenda la metodología del derecho comparado, para que los estudiantes cuenten con las herramientas suficientes para realizar estudios comparativos y que tengan la oportunidad de comparar. Lo anterior, teniendo particularmente en cuenta que el derecho comparado es considerado tanto disciplina como método, o que, si lo entendemos como ciencia o ciencia auxiliar, no hay ciencia sin método.

Dentro de los métodos más utilizados por su carácter práctico se tiene a la familiarización de los estudiantes con el método funcional, que permite comparar las tradiciones a la luz de una problemática común o *tertium comparationis* (Zweigert y Köts, 1998, p. 34; Michaels, 2006, pp. 339 y 382)⁸. Como resultado, los estudiantes podrán identificar las respuestas propuestas por la otra familia jurídica, las figuras o instituciones jurídicas que cumplen la misma función en la otra familia, utilizadas para resolver un mismo problema. Luego, se identificarán tanto las similitudes como las diferencias. Asimismo, se desarrollarán las habilidades de un buen comparatista a través del seguimiento de los pasos propios del análisis comparativo del derecho (Steenhoff, 2002, p. 48), sean estos la escogencia de una problemática, la cual puede

8 «The basic methodological principle of all comparative law is that of functionality». Los autores sostienen que el método funcional es el método fundamental de todo tipo de comparación. Los otros métodos, tales como el hermenéutico, el sistémico o el causal, pueden ser estudiados en un curso de metodología y epistemología del derecho comparado avanzado, particularmente para maestrías y doctorados. Véase también sobre el método *funcional*: Michaels (2006).

ser propuesta por el profesor; la selección de los derechos a comparar; la determinación de las diferencias y similitudes de las respuestas encontradas; la elaboración de la síntesis comparativa; el análisis crítico de los resultados y, eventualmente, la evaluación de los mismos (Vega Cárdenas, comunicación personal, 2 de mayo, 2017)⁹.

Aunado a lo anterior, se considera que, desde la introducción del curso, se debe hacer hincapié en los aspectos epistemológicos del derecho comparado, su capacidad para reconstruir de manera conceptual el mundo, los límites, riesgos y ventajas del mismo (Cappelletti, 1994). Se darán a conocer los efectos de los trasplantes jurídicos, en la medida de lo posible ilustrados por casos de trasplantes en el derecho interno. Se concientizará sobre la movilidad y la influencia de los derechos, al igual que sobre el colonialismo jurídico. Se subrayará, de esta manera, que se vive en un contexto de colisión de derechos particularmente provocado por el libre mercado y la circulación cada vez más fluida de personas, empresas y servicios.

Por último, se recomienda concientizar a los estudiantes acerca de la diferenciación que existe entre la ley y la aplicación de la misma o, como lo explica el profesor Eberle (2009), la diferencia que existe entre la ley escrita y la ley en acción, es decir, su aplicación concreta o real (p. 457). Todo lo anterior con el objetivo de relativizar los resultados mismos de los estudios comparativos, en especial cuando falta en aquellos el elemento empírico.

En resumen, los contenidos que parecen idóneos para impartir una clase de derecho comparado son: (i) una introducción al derecho comparado enfocada en su epistemología, ventajas, límites y funciones; (ii) un contenido teórico de los principios fundamentales y estructurales de los sistemas jurídicos extranjeros escogidos por el profesor, haciendo una comparación con el derecho interno o entre los mismos; y (iii) la enseñanza, en lo posible aplicada a un caso concreto, de algunos de los métodos utilizados para realizar un análisis comparativo del derecho.

Véase, a continuación, algunos de los modelos pedagógicos utilizados en la enseñanza de esta materia, la cual es fundamental en la estructuración del jurista contemporáneo que debe trabajar en contexto de colisión de derechos, de apertura o fusión de fronteras y de globalización.

3.2. Métodos de enseñanza del derecho comparado.

La incertidumbre sobre los contenidos y, en particular, el método de enseñanza de esta disciplina persiste aún en estos días. Teniendo en cuenta la importancia de la libertad pedagógica del profesor para escoger los contenidos y métodos de enseñanza dentro de las orientaciones pedagógicas del Estado o de la institución, en este apartado se exponen los diferentes métodos que han sido discutidos por varios comparatistas y, al mismo tiempo, las nuevas formas de enseñar el derecho comparado.

El profesor Adrian Popovici (2000) señala que la elección del método depende, en primer lugar, del objeto de enseñanza (Popovici, 2002, pp. 803-811). Ahora bien, el objeto y el método son dictados por el objetivo del curso en cuestión, por lo que se debe establecer de antemano el fin que se busca cuando se enseña derecho comparado, así como los destinatarios de dicha educación.

9 Al respecto, el profesor Harith Al-Dabbagh propone una perspectiva de análisis económico del derecho para evaluar a la luz de esta teoría la eficacia de los derechos respecto de la solución de un mismo problema.

Varios autores que han escrito sobre el tema señalan que, en su época, el reto era interesar a los estudiantes en otras culturas jurídicas (Khan y Kumar, 1971, p. 43). Por consiguiente, la primera etapa consistía en llamar la atención sobre la importancia de la materia y el valor de conocer otros derechos y sistemas. Hoy en día es más fácil que nunca despertar dicho interés, puesto que la humanidad es cada vez más consciente de la interdependencia de los Estados, de los intercambios mundiales y de los problemas transnacionales como el calentamiento global.

No representa una seria dificultad generar interés por el derecho comparado como herramienta, como método y como disciplina a los estudiantes de posgrado, sobre todo cuando los mismos estudiantes tienen la posibilidad de profundizar más sobre un tema en específico. Los procesos de adquisición y de desarrollo del conocimiento, además de recurrir a la comparación, son reflejos casi automáticos, ya sea con un elemento externo, con el presente y el pasado de un mismo sistema, o con dos objetos distintos o similares. Como lo explica David Hume citado en el libro de Wiley (2012): «all kinds of reasoning consist on nothing but a comparison» (p. 36). De esta manera, el conocimiento siempre proviene de una forma de comparación, porque esta posibilita niveles de conocimiento prácticos y más cercanos a la realidad. El profesor Cappelletti (1994) agrega que el análisis comparado sirve de laboratorio para expresar y comprobar nuevas ideas (p. 6).

Para los estudiantes de pregrado, el reto es un poco más grande. Sin embargo, es importante señalar que, gracias a la globalización, los jóvenes de hoy en día son más conscientes de la imperativa necesidad de conocer el mundo.

Existen varios métodos para enseñar el derecho comparado. Una de las técnicas más conocidas es la que consiste en enfocar la dicotomía entre la familia romano germánica y la familia del *common law*. Esta forma de enseñanza ha permitido durante varios años profundizar en los principios fundamentales y estructurales de ambas familias jurídicas desarrollando un análisis comparado con el derecho local. Varias críticas se han hecho al respecto, principalmente aquella que resalta la necesidad de contar con profesores preparados para enseñar una tradición jurídica extranjera, así como la falta de acceso al material, que puede estar mayoritariamente en un idioma que no dominen todos los estudiantes. Piénsese en el inglés para estudiar la familia anglosajona, lengua que no es necesariamente dominada por todos los estudiantes como para leer textos especializados. Sin embargo, la dificultad, como en todos los casos, abre nuevas oportunidades, como la posibilidad de mejorar las habilidades de los estudiantes para familiarizarse con otro idioma y sus expresiones técnicas y jurídicas. Otras críticas más recientes hacen referencia a la necesidad de salir de la dicotomía *civil law* y *common law* (Waxman, 2001, p. 305), ya que la permeabilidad de los sistemas de derecho, los trasplantes legales, han vuelto los sistemas jurídicos más híbridos, mixtos, razón por la que se ven más países, que se consideraban como parte de la tradición del derecho continental, adoptando la regla del *stare decisis* (precedente) como es el caso de México, Argentina y Colombia¹⁰. Igualmente, los sistemas de *common law* codifican cada vez más las normas jurisprudenciales. De la misma manera, en este país el *civil law* obedece a la regla del *stare decisis*. Por lo tanto, cada vez menos se puede clasificar de manera estricta los sistemas de derecho como puramente de derecho continental o de *common law*.

10 Se debe apuntar que, por ejemplo, en Colombia la aceptación de la regla del precedente y cómo se ha de entender ha sido puesta en entredicho por varios juristas.

Así, se propone no reducir a las dos grandes familias jurídicas occidentales, sino más bien conocer los fundamentos de otras familias jurídicas a las cuales pertenecen, por ejemplo, los distintos derechos indígenas. También se puede hacer referencia a otras familias al estilo del clásico libro de René David (1950) escogiendo aquellas que son más interesantes según el contexto. El método más utilizado para este tipo de cursos ha sido la enseñanza magistral. Sin embargo, esta ha parecido alejar el interés inmediato de los estudiantes, enfrentándolos a la imposibilidad de profundizar su conocimiento de cada una de las familias.

Un método más dinámico hace un llamado al estudio de casos a partir de los cuales se debe llevar a los estudiantes a hacer una comparación de las diversas soluciones propuestas por dos sistemas distintos. Este método es conocido como *learning by doing* (Tallon, 1998, p. 704) y puede combinarse con las clases magistrales, en las que se explicarán los fundamentos de las diversas culturas escogidas. El profesor expondrá los diferentes sistemas escogidos (nivel macro) para que el estudiante luego desarrolle una visión más puntual (micro) sobre algún tema de su predilección.

El profesor Harith Al-Dabbagh (2017), quien aplica este método, lleva a los estudiantes a hacer un estudio comparativo aplicado bien de una institución como es el proceso penal, o bien sobre un concepto como la libertad de religión. Este ejercicio, en el que los estudiantes realizan un estudio comparado utilizando un caso concreto, se inspira en el método «aprender haciendo» y les permitirá familiarizarse con la metodología del análisis comparativo y comprender luego de este ejercicio que se pueden dar diferentes respuestas jurídicas para un mismo fenómeno mediante la comparación de su eficacia y el descubrimiento del motivo de las diferencias o similitudes encontradas. Asimismo, se supone que estos estudios de casos también permitirán distinguir rasgos característicos de las sociedades estudiadas. A pesar de las grandes virtudes que se han identificado en el método «aprender haciendo», se puede pensar que este presenta la dificultad de lograr que un estudiante de comienzos de pregrado analice adecuadamente un caso concreto, ya que está en los inicios de su formación. No obstante, este método puede llevar a afinar no solo sus habilidades de investigación, sino también a desarrollar la capacidad de análisis del derecho de manera comparada. Ciertamente, estos estudiantes llegarán más capacitados para hacer estudios a nivel de maestría y de doctorado que los demás.

Como lo explicaba el profesor Hamson (Khan y Kumar, 1971, p. 43), el método de casos, aunque sea muy atractivo, puede implicar una mayor preparación individual por parte del profesor como del estudiante. El profesor deberá tomar casos prácticos de alto interés para el país en donde enseña, de modo que genere una alta motivación en los participantes del curso. Los casos pueden ser estudiados desde diferentes perspectivas y en contraste con diversos sistemas legales, lo que puede generar el debate en las clases dependiendo de la postura que cada grupo defienda o represente, por ejemplo, los procedimientos penales y la manera en la que debe juzgarse: por jurado, por juez, con un sistema inquisitorio o acusatorio. Asimismo, casos relacionados con el derecho de familia o del medio ambiente, respecto de los cuales las posiciones de los diversos actores y sistemas pueden ser tan divergentes como interesantes.

El profesor Kadner Graziano (2013) subraya los beneficios de este método de enseñanza, que es utilizado para grupos pequeños y grandes (salones con 160 alumnos ya han seguido con éxito la clase) (pp. 63, 84). Él señala que los estudiantes han desmitificado con este método su propio derecho, afianzando al mismo tiempo su carácter pluralista.

Este método presupone que el estudiante conozca las técnicas y métodos comparativos, ya que, aunque la confrontación pueda efectuarse al apreciar dos o más derechos para llegar a un ejercicio comparativo con resultados claros y relativamente fiables, los métodos utilizados deben ser aplicados de manera correcta para guiar al estudiante a hacer una verdadera comparación entre los otros derechos que se estudian y el derecho nacional (Fix Zamudio, 1989).

Finalmente, se tiene el método secuencial, que se ha venido desarrollando en Canadá debido a que cuenta con un sistema jurídico mixto o híbrido, en particular en la provincia de Quebec (Morin, 1998). Como es evidente, en las facultades de derecho de la provincia de Quebec, pero también de la Universidad de Ottawa (provincia de Ontario), en donde se cuenta con un departamento de derecho continental (*civil law*), los estudiantes nadan en las dos familias legales. La Universidad de McGill ofrece un modelo pedagógico particular que llaman «transistémico»¹¹ (Jukier, 2006, 2007; Glenn, 2005), en virtud del cual algunas materias del derecho continental, como Contratos, Obligaciones y Bienes, se enseñan de manera concurrente con el *common law*, y se han también integrado aspectos del derecho indígena (Vega Cárdenas, comunicación personal, 8 de mayo, 2017). Este sistema de enseñanza afianza, sin lugar a dudas, los reflejos comparatistas y pluralistas de los juristas canadienses, en particular los de la provincia de Quebec. Se ha recomendado utilizar el método transistémico para que los estudiantes puedan formarse con esta perspectiva plural desde el principio de la carrera, mediante el ejemplo de los bebés bilingües que se bañan desde su nacimiento en los dos idiomas (Vega Cárdenas, comunicación personal, 8 de mayo, 2017).

Sin embargo, este método no es de fácil aplicación en otros países. Aunque se puede recomendar que varias materias del currículo tengan algún componente de derecho comparado para continuar desarrollando las habilidades de un buen comparatista a lo largo de la carrera, es el sistema jurídico mixto de la provincia de Quebec la que permite a los estudiantes navegar sin dificultad en las dos grandes familias jurídicas. En realidad, los estudiantes de derecho de todas las facultades de derecho de la provincia de Quebec navegan en las dos grandes familias jurídicas. Así, desde el primer semestre, los estudiantes toman materias de derecho civil, *i. e.* Bienes y Obligaciones, cuyo corpus normativo principal se encuentra en el Código Civil, y materias de derecho público como es el Derecho Constitucional o Penal, que siguen la tradición del *common law*. A diferencia del programa de derecho de McGill, los otros programas ofrecen cursos que incluyen contenidos provenientes de las dos familias, pero estos cursos no se dedican a enseñar el derecho de ambas concurrentemente, sino más bien de manera secuencial, es decir, en cursos distintos.

En resumen, encontramos diversos métodos de enseñanza del derecho comparado que se han venido utilizando y que van desde la dicotomía sistémica del derecho continental y del *common law* hasta la explicación sistemática de varias familias jurídicas al estilo de René David, lo anterior, de manera magistral. Encontramos, igualmente, un método más aplicado

11 Este método impone grandes retos en la enseñanza del derecho. Los profesores deben ajustar sus planes de curso para enseñar de manera diferente. A título de ejemplo, la profesora Rosalie Jukier explica que, en su curso de contratos, más que enseñar la mitad del curso sobre las leyes en el derecho continental y la otra mitad de cómo es en el *common law*, se hacen preguntas basadas en problemas para ver cómo cada sistema responde al mismo. Jukier da el ejemplo del contrato, el cual empieza, con las siguientes preguntas que se plantean para cada familia jurídica: «¿qué es un contrato?», «¿qué hace que un contrato sea obligatorio?». Frente a estas preguntas, se observan y se analizan las respuestas de las dos familias para identificar la mentalidad jurídica detrás de cada una de ellas. Para conocer más sobre el método transistémico y sus retos, véase: Jukier (2007). Véase, también: Jukier (2006) y Glenn (2005), entre otros.

que recurre a la comprensión de algunos sistemas estratégicamente escogidos, por medio de casos prácticos relacionados con una problemática actual, con una institución de derecho o un concepto jurídico. Para culminar, se encuentra el sistema secuencial, que se ha desarrollado particularmente en Canadá gracias a la naturaleza bijurídica del propio país, específicamente en la provincia de Quebec, sistema que facilita el estudio de las dos grandes familias a lo largo de la carrera de pregrado.

Diferentes métodos pueden ser utilizados para la enseñanza del derecho comparado, pero es esencial que sea dinámico, tomando en cuenta el acelerado ritmo social actual y poniendo especial interés en la comparación de los procesos de cambio de las instituciones en los sistemas jurídicos que se comparan (Schlesinger, 1971, pp. 616-623).

Hoy en día, con el acceso a las nuevas tecnologías y la facilidad de la movilidad internacional, diversos mecanismos favorecen los estudios comparativos. De esta manera, podemos hacer un curso teórico-práctico invitando profesores expertos de un sistema jurídico determinado, ya sea por medio de la tecnología informática, videoconferencias o desplazamiento del profesor experto. Al respecto, el programa de la Maestría en Derecho Comparado ofrecido por la Universidad de Montreal invita regularmente a profesores internacionales a impartir clases específicas de derecho extranjero, ya sean estas de derecho musulmán, de derecho de ordenamientos asiáticos, de Iberoamérica, de Italia, de Francia o de Alemania. También se propone ser aún más audaz, ya que el mundo está sumamente interconectado, por lo que se sugiere que se apoyen las clases de derecho comparado en el sistema llamado «clases espejo», en el que los estudiantes pueden hacer equipos de trabajo con otros estudiantes de otro sistema jurídico, pero que siguen un *pensum* similar y quienes, entonces, pueden interactuar de manera virtual para comparar los derechos¹². Esto no solo favorece la internacionalización de las universidades, sino que también favorece la creación de redes de contactos entre profesores y estudiantes y, en ciertos casos, favorecerá el aprendizaje de idiomas tanto de los estudiantes como de los docentes.

Asimismo, podemos traer a colación los mecanismos utilizados por la Universidad de Montreal para afianzar la apertura hacia el conocimiento del derecho de otros países y culturas. En la Facultad de Derecho de la Universidad de Montreal, los estudiantes no solo están llamados a estudiar las dos grandes familias al interior mismo del derecho canadiense, sino que, al incluir escuelas de verano en el extranjero, se permite a los estudiantes desarrollar habilidades para comparar el derecho interno con el de otros países. Mas particularmente, la escuela de verano, que se desarrolla en China desde hace más de diez años, ha permitido a los estudiantes conocer el derecho chino y compararlo con su propio derecho. Además, desde hace tres años, la creación de la escuela de verano en Costa Rica ha permitido a los estudiantes comparar su derecho nacional con el derecho de Costa Rica en temas de agua, salud, medio ambiente y derechos humanos.

De esta manera, no hay límites para afianzar e innovar en la enseñanza cuando se trata de favorecer la apertura jurídica, cultural y mundial.

12 Varias Universidades realizan con éxito clases espejo. Véase, por ejemplo, el caso de la Universidad Cooperativa de Colombia, la Universidad Privada del Norte, en Perú; la Universidad de Viña del Mar, en Chile.

4. Conclusión

El estudio del derecho comparado permite relativizar el carácter dogmático del derecho, entenderlo como el fruto de una cultura, como una construcción meramente local, regional, histórica. El derecho comparado no tiene por objetivo importar el derecho extranjero, sino entenderlo mejor, conocer las diferentes mentalidades y las dificultades de navegar de una cultura a otra, de un idioma a otro. Aunado a esto, toda reflexión sobre el derecho comparado debe conllevar a mejorar nuestro propio sistema y a formar juristas con una mayor apertura sobre lo que es en sí el derecho, preparados para pluralizar el entendimiento del derecho en vez de limitarse a un concepto único del mismo (Bullier, 2008).

Siguiendo las experiencias europeas, se sugiere agregar un componente práctico a esta clase para impedir que se convierta en un curso de poco interés para los estudiantes (Fauvarque-Cosson, 2002, p. 293). Para ello, se sugiere utilizar un modelo de *learning by doing*, pero con el apoyo de las técnicas o nuevas tecnologías para innovar el currículo. Así, se pueden organizar algunas clases conjuntas o clases espejo con profesores extranjeros por medio de la videoconferencia, creando a la vez grupos virtuales de estudiantes de derecho comparado para que trabajen en equipo con otros estudiantes que se encuentren en otro lugar del planeta.

Formar estudiantes con una perspectiva global necesitará ciertamente, además de incluir un *pensum* con ingredientes comparativos, un apoyo general institucional para estimular los intercambios estudiantiles, la movilidad internacional de profesores y alumnos, así como el desarrollo de proyectos de investigación comparados. De la mano, vendrá ciertamente el aprendizaje de idiomas extranjeros y la dotación de libros que apoyen la investigación sobre otras culturas y sistemas jurídicos, además de textos acerca de la epistemología del derecho comparado y de principios fundamentales de otras familias jurídicas.

Se espera, entonces, que los juristas de mañana estén aún más capacitados para trabajar en un mundo globalizado en donde impera el pluralismo jurídico. Un estudiante familiarizado con otros ordenamientos y otras maneras de pensar el derecho contará con un mapa más claro de la humanidad y estará preparado para interactuar en un mundo globalizado. Aunque se afirma que para hacer estudios comparativos se debe conocer bien por lo menos un derecho, un enfoque comparativo en un momento temprano de la formación puede abrir las perspectivas, lo que podrá reforzarse a lo largo de la carrera por medio de la enseñanza desde una perspectiva comparada de otras materias del currículo (Blanc-Jouvan, 1994, p. 82).

En suma, la enseñanza del derecho comparado, o del análisis comparativo del derecho, debe hacer hincapié más en la formación del pensamiento que en la acumulación de conocimientos, para así poder entender el derecho como fenómeno social, cultural e histórico. De esta manera, se formarán no solamente juristas con pensamiento internacional o global, sino abogados más conscientes y con mejores habilidades para evaluar los riesgos de la importación de otras instituciones jurídicas, es decir, de los trasplantes jurídicos que han causado en gran medida la ineficacia del derecho. Se espera poder brindar mejores herramientas a los juristas para que estén mejor preparados para interactuar en un mundo interconectado.

REFERENCIAS

- Al-Dabbagh, H. (2017). *Introduction au droit comparé* [Plan de curso]. Quebec: Universidad de Montreal.
- Ancel, M. (1971). Utilité et méthodes du droit comparé. Eléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits. *Revue internationale de droit comparé*. 23(4), Octobre-décembre, 933-935.
- Blanc-Jouvan, X. (1994). The Teaching of Comparative Law: Goals and Methods. *Asia Pacific Law Review*, 72-82.
- Bullier, A. (2008). Le droit comparé est-il un passe-temps inutile? *Revue de droit international et de droit comparé*, 85, 163-172.
- Cappelletti, M. (1994). Comparative Law Teaching and Scholarship: Method and Objectives. *Asia Pacific Law Review*, 3(1), 1-8.
- David, R. (1950). *Droit civil comparé, Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Donlan, S.P. (2015). *Comparative Law and Hybrid Legal Traditions - An Introduction*. Recuperado de <http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199935352.001.0001/oxfordhb-9780199935352-e-26?print=pdf>
- Eberle, E. J. (2009). The Method and Role of Comparative Law. *Washington University Global Studies Law Review*, 3(8), 451-485.
- Fauvarque-Cosson, B. (2002). L'enseignement du droit comparé. *Revue internationale de droit comparé*, 2(54), 293-309.
- Fix Zamudio, H. (1989). La modernización de los estudios jurídicos comparativos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (64), 63-94.
- García Máynez, E. (2002). *Introducción al Estudio del Derecho* (53.^a reimpresión). México: Porrúa.
- Gémar, J-C. (2017). Le droit comparé est-il une discipline scientifique? *Revue Juridique Thémis*, [Edición en curso].
- Glenn, P. (2003). La tradition juridique nationale. *Revue internationale de droit compare*, 55(2), 263-278.
- Glenn, P. (2005). Doin' the Transsystemic: Legal Systems and Legal Traditions. *McGill Law Journal*, 50, 865-897.
- Glenn, P. (2014). *Legal Traditions of the World*. New York: Oxford University Press.

- Goldstein, G. (2014). Droit comparé avancé: La méthode d'analyse comparative. [Plan del curso de Maestría]. Quebec: Universidad de Montreal.
- Gordley, J. (2001). Comparative Law and Legal Education. *Journal of Legal Education*, 51.
- Husa, J. (2009). Turning the curriculum Upside Down: Comparative Law as an Educational Tool for Constructing Pluralistic Legal Mind. *German Law Journal*, 10(7). Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1488266
- Iannello, P. (2015). Pluralismo Jurídico. En J. L. Fabra Zamora y Álvaro Núñez Vaquero (Eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho*, (pp. 767-790). México: UNAM.
- Jukier, R. (2006). Transnationalizing the Legal Curriculum: How to Teach What We Live. *Journal of Legal Education*, 56(2), 172-189.
- Jukier, R. (2007, octubre). How to Introduce Similarities and Differences and Discuss Common Problems in the Classroom. *International Association of Law Schools Conference, Paper* presentado en la conferencia bajo el tema Learning from Each Other: Enriching the Law School Curriculum in an Interrelated. Suzhou, China
- Kadner Graziano, T. (2013). Comment enseigner et étudier le droit comparé? Une proposition. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 43(1-2), 61-87.
- Khan, R. y Sushil K. (1971). *An introduction to the study of comparative Law*. Nueva Delhi, Bombay: Indian Law Institute.
- Legrand, P. (2014). *Pour la relevance des droits étrangers*. Paris: Éditions IRJS.
- McAuley, M. (2002). On a theme By René David: Comparative Law as Technique Indispensable. *Journal of Legal Education*, 52(1-2), 42-48.
- Michaels, R. (2006). The Functional Method of Comparative Law. En M. Reimann y R. Zimmerman (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, (pp. 339-382). Oxford: Oxford University Press.
- Madrid, R. (2013). *El derecho a la libertad de cátedra y el concepto de Universidad*. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372013000100016
- Morin, M. (1998). Les grandes dates de l'histoire du droit québécois, 1760-1867. En *Actes de la XIII^e Conférence des juristes de l'État*, (pp. 293-301). Cowansville: Éditions Yvon Blais ltée.
- Moura Vicente, D. (2016). *Direito Comparado* (Vol. I, 3.^a ed.). Coimbra: Almedina.
- Noda, Y. (1966). *Introduction au droit japonais*. Paris: Dalloz.
- Platón. (1999). *Las Leyes* [3.^a ed.]. Madrid: Centro de estudios políticos y Constitucionales.
- Ponthoreau, M. C. (2005). Le droit comparé en question(s), entre pragmatisme et outil épistémologique. *Revue internationale de droit comparé*, 1(57), 7-27.

- Popovici, A. (2002). Chroniques sectorielles. Aperçu de l'enseignement au Québec, du droit comparé et de l'enseignement comparatif du droit. *Revue juridique Thémis*, (36), 803-811.
- Sacco, R. (1991). Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law. *American Journal of Comparative Law*, 39(1), 1-34.
- Samuel, G. (2014). *An Introduction to Comparative Law theory and Method*. Portland: Hart Publishing.
- Schlesinger, R. B. (1971). The Role of the «Basic Course» in the teaching of Foreign and Comparative Law. *The American Journal of Comparative Law*, 19(4), 616-623.
- Société De Législation Comparée. (1905). *Congrès international de droit comparé tenu à paris du 31 juillet au 4 aout 1900. Procès-Verbaux des séances et documents tome premier*. Paris. Recuperado de <https://archive.org/stream/congrsinternati00compgoog#page/n63/mode/2up>
- Steenhoff, G. (2002). Teaching Comparative Law, Comparative Law Teaching. *Electronic Journal of Comparative Law*. Recuperado de <http://www.ejcl.org/64/art64-4.html>
- Tallon, D. (1998). Quel droit comparé pour le XXIeme Siècle? *Revue de Droit Uniforme*, (42), 703-710.
- Van Hoecke, M. (2015). Methodology of Comparative Legal Research. *Law and Method*. Recuperado de <https://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/lawandmethod/2015/12/RENM-D-14-00001.pdf>
- Waxman, M. (2001). Teaching Comparative Law in the 21st Century: Beyond the Civil/Common Law Dichotomy. *Journal of Legal Education*, 51(2), 305-312.
- Wiley, J. (2012). *Theory and Practice in the Philosophy of David Hume*. Nueva York: Palgrave McMillan.
- Winterton, G. (1975). Comparative Law Teaching. *American Journal of Comparative Law*, 23(1), 69-118.
- Zweigert, K., y Köts, H. (1998). *An Introduction to Comparative Law* [3.^{ra} ed.]. Oxford: Oxford University Press.

TERCERA SECCIÓN

**ESPACIOS «FRONTERIZOS»:
LA ENSEÑANZA DEL DERECHO
EN EL SISTEMA JURÍDICO
MIXTO DE CANADÁ**

DUALISM, MIXEDNESS AND CROSS-BREEDING IN LEGAL SYSTEMS: QUEBEC AND CANADIAN LAW

*Michel Morin**

1. Introduction

For most of the 20th century, comparative law scholarship focused on Western legal systems and the two main traditions that are found within them: the civil law and the common law. Cross-fertilization and legal transplants were ignored or minimized in order to fashion an archetypal view of legal systems that was based on a monolithic and State-centric conception of law.¹ The primary audience for these earlier works was apparently composed of practitioners whose commercial clients were active in foreign markets or of lawyers who were confronted with an issue of private international law. In the 1960s, national legal systems were assigned to three families: the “Roman-Germanic,” the “socialist” and the “common law.” Legal cultures with religious, spiritual or customary origins were relegated to a catchall category entitled “other conceptions of social order and law.”

This systemic vision gave pride of place to Western culture. It became extremely influential following the publication of the textbook by René David and its translation to English by John Brierley, a law professor at McGill University (David, 1964; David & Brierley, 1985). Nevertheless, it glossed over the phenomenon of “mixed” jurisdictions, in which a law of Roman origin (codified or not) has survived within a State where the common law predominates, or vice-versa (Palmer, 2012; Tetley, 2000). The best-known examples are Israel, Louisiana, the Philippines, Puerto Rico, Quebec, Scotland and South Africa, but many others exist. In 2002, the World Society of Mixed Jurisdiction Jurists was founded in order to study commonalities and differences between these systems (e.g., Farran, Örüçü, & Donlan, 2014; Örüçü, 2010; Palmer, 2012). More recently, however, researchers have broadened their horizons and have included Indigenous and Islamic law (Palmer, 2012).

It should be emphasized that the two main European traditions are themselves the result of various historical influences, such as Roman law, ecclesiastical law, feudal and customary law, or commercial customs (e.g., Donlan, 2015, p. 25). Historically, the common law has borrowed some principles from the civil law, but the reverse has been rare in private law before the 21st century (Donlan, 2010; Glenn, 2014, p. 271). On the other hand, English institutions such as the parliamentary system and the jury trial have strongly influenced the evolution of public law in the European continent (M. Morin, 2014, pp. 108-110). Be that as it may, this paper will introduce the reader to one mixed system, that of Quebec. It will begin by reviewing briefly the differences between legal systems and legal traditions (section 2). Next, it will explain how the law of Quebec is derived from a variety of French and English

* Full professor, Faculty of Law, University of Montreal. This chapter is based on parts I and II of Morin (2012a). The author has revised, translated and updated the original text.

1 See, for example: Örüçü (2004), Glenn (2007), & Siems (2014).

rules, and ask to what extent these mixed sources had rendered its civil law and its common law culture qualitatively different from their European models, that it too say, hybrid (section 3). It will then discuss how Canadian law accommodates various legal orders such as the civil law and Indigenous legal traditions (section 4).

2. Legal Systems and Legal Traditions

Among comparatists, the metaphorical expression “legal systems” is attractive to Cartesian minds, because it evokes a deductive model. In this view, facts are materials that are processed according to the specifications of legislation and jurisprudence (i.e., relevant judgments for the problem at hand). The trial is the machinery and the judgment becomes the final product. On this imaginary assembly line, decisions are made as the need arises by a chief engineer who is in charge of quality control. If a new way of doing things is generally adopted, it is included in a manual or instructions that can be revised at any time. Branches make similar products using a similar technology; they can be compared to families in the biological sciences (Glenn, 2007).

Common lawyers are attracted to another metaphor: namely tradition (Glenn, 2014; Merryman & Pérez-Perdomo, 2007). In this view, past practices and mental schemas provide guidance to those who are entrusted with specific responsibilities (Glenn, 2008). Facts are substances and trials are rituals used to deal with a request or an incantation. Statutes and jurisprudence compose a repertory of appropriate behaviors that may be updated in different ways during a ceremony following protracted debates about their *raison d’être*. It is hardly conceivable for the officiant to openly disregard the requirements of ancient times, except when no pre-established model can be found for the request at hand, or if many different ones seem relevant. Ultimately, it will be up to the authorized interpreters of a given tradition to settle the issue. A decision that innovates even marginally becomes a new way of doing things that will guide officiants in the future.

A legal tradition is therefore not limited to the rules established by a Nation-State, or by courts in the common law tradition. It may have a religious or a spiritual dimension. Thus, Patrick Glenn’s famous book analyses Chthonic, Talmudic, civil law, Islamic, common law, Hindu and Confucian traditions (Glenn, 2014). The choice of a metaphor may very well be correlated with the ingrained reflexes of jurists trained in one specific legal system (Andò, 2015, pp. 7, 10-12). However, the preconceptions that were dominant during the second half of the 20th century have been harshly criticized. Why not focus on constitutional law and the existence (or inexistence) of the power to strike down legislation? After World War II, this would have produced an opposition between the Americas (with some exceptions in Latin America) and Australia, on the one hand, and the vast majority of European countries and New Zealand, on the other. The presence or absence of a jurisdiction of last resort for administrative law issues creates another fault line. In the end, families of legal systems are as diverse as human ones.

Can one really group together the codes based on the Napoleonic model and the Austrian (1811), German (1800) and Swiss codes, not to mention the uncodified laws of Roman origin in Denmark, Sweden and Iceland?² What about the common law rules applied in various U.S.

2 See Siems (2014, pp. 64-65).

jurisdictions and encapsulated in Restatements, which often differ significantly from those found in Commonwealth countries (Siems, 2014, pp. 65-68)? Or the innumerable differences between Latin American systems having a civil code? Of course, within a tradition (or a family), archetypes facilitate interaction between jurists, whereas between lawyers who have a different background, mutual incomprehension will probably be the rule. It has been said that such “macro-constructs [...] have an effect on our understanding of [...] reality by shaping its epistemological structure” (Husa, 2016, p. 10). Indeed, an apparent similarity between legal systems may disguise innumerable differences.

Contemporary scholars are aware of these difficulties. The twelfth edition of David’s book (by Marie Goré) is divided in seven parts, but retains only the Roman-Germanic and common law families (David, Jauffret-Spinozi, & Goré, 2016, p. 17). Part I includes the Roman-Germanic family, Part II the Russian legal system, Part III the common law (with separate subparts for England and the United States), Part IV Muslim law, Part V the law of India, Part VI the law of the Far East (with subparts for China and Japan) and Part VII the laws of Africa and Madagascar. The first three titles comprise 338 pages, but the last four add up to 146 pages. For his part, Gilles Cuniberti abandons the notion of family and focuses on Western legal systems (continental legal traditions, English and U.S. law), Eastern legal systems (Chinese, Japanese, Islamic and Indians) and African ones (2015). Michel Fromont also follows a geographical approach, moving from Western Europe to England and the United States, with an unusual part on Canada and India, ending with “other Romanist laws,” namely Brazil, Russia, China and Japan (2013).

All these authors emphasize the importance of custom, religion and spirituality in Asia and Africa. Nonetheless, the distinction between the common law and the civil law remains relevant to understand the legal systems of these countries. Despite the common values and social characteristics of the nations from which they originate, these two traditions are sufficiently different to prevent the recognition of a “Western legal tradition” (Gambaro, Saco, & Vogel, 2011, pp. 52-53; Glenn, 2010; Husa, 2016; Siems, 2014, pp. 68-70).

3. The Hybridity of Quebec Law

Certainly, to understand Quebec’s legal history, it is essential to distinguishing carefully between the role of the common law and the civil law traditions (section 3.1). Nowadays, they apply to separate fields; in my view, this is the defining characteristic of a mixed system. However, the basic assumptions and methods of these two traditions may conceivably have been modified following their interaction with each other, giving birth to a hybrid system (section 3.2).

3.1. Historical overview.

From the beginning of the 17th century, a French colony developed in the Saint Lawrence River Valley, with Aboriginal Peoples living separately according to their own customs. In private law, the main enactment was the Custom of Paris, whose rules were written down and given force of law by the king in 1580 and made applicable to New France from 1664. Apart from royal or local ordinances, French legal literature and jurisprudence, which was remotely based on Roman law, played a major role for obligations and contracts and for certain issues of family law, although in this last field canon law was also relevant.

After the Capitulation of Montreal (1760) and the Treaty of Paris (1763) by which France ceded “Canada” to Great Britain, the Royal Proclamation (1763) introduced English law in the new “Province of Quebec.” In practice, colonial authorities, judges, legal practitioners and even the parties to a dispute devised various stratagems to allow for the continued application of the private law that was in force prior to the Conquest (Decroix, Gilles, & Morin, 2012). Petitions asking for the reinstatement of French law were also sent to the British government. In 1774, Parliament adopted the Quebec Act, which repealed the Royal Proclamation and declared that henceforth, pre-Conquest rules would apply to property and civil rights (i.e., private law), while English criminal law would be retained. Implicitly, constitutional and administrative law remained English (Brierley & Macdonald, 1993; M. Morin, 2014; Normand, 2008).

Exceptions were quickly made to the restoration of French law: the Quebec Act provided for complete testamentary freedom, while in 1777, an ordinance introduced English rules of evidence in commercial matters, followed by optional trial by jury between merchants or for personal injury (in 1785). In general, the fields of civil procedure, evidence and commercial law were heavily influenced by the common law tradition.³ By the 1850s, the confusing mix of 18th century French sources, common law rules and local legislation lead to the decision to codify the law. Codifiers were to follow the style and outline of the Code Napoleon (1804), but a fourth book would include commercial laws. Two codes were adopted: the Civil Code of Lower Canada (1865, in force in 1866) and the Code of Civil Procedure (1866, in force in 1867). Though the Civil Code retained a large number of local rules (for example, divorce was not allowed), it definitely bore a family resemblance to its French model (Brierley, 1968; Cairns, 2015; M. Morin, 2015; Normand, 2008; Young, 1994).

Confederation gave the provincial legislature of Quebec control over property and civil rights and the two codes that had recently been adopted, with some exceptions such as marriage and divorce, which fell under federal jurisdiction. For about fifty years, the courts often referred to common law precedents when interpreting the code, but later this became quite rare (M. Morin, 2000). Quebec legislation was often based on common law models. It either remained separate from the code or introduced into the code new articles that were very ill fitted to its overall design. Finally, in the 1960s, it was felt that the economic liberalism and the discriminatory family law rules that infused the code required a wholesale recodification, in order to modernize the law and to protect vulnerable persons (Brierley, 1992; Brierley & Macdonald, 1993). The reform was finally completed in 1991 and the new Civil Code of Quebec came into force on January 1, 1994 (Baudouin, 2005, 2009; Normand, 2008; Pineau, 2009).

3.2. Juxtaposition or hybridization?

Initially, for comparatists, mixed systems appear to have been an anomaly that could be disposed of in a few lines (Palmer, 2012, pp. 12-13). Thus, for David, these systems “cannot be annexed to either family, because they embody both Romano-Germanic and Common law elements” (David & Brierley, 1985, p. 25). However, the idea had long been recognized. As early as 1892, Scots law was described as having a mixed and varied character (Cairns, 2013, p. 689). In 1950, David introduced his readers to the laws of Louisiana, Quebec, Scotland

3 See Brierley & Macdonald (1993), Normand (2008), & M. Morin (2014).

and South Africa. He considered these jurisdictions to be “mid-way” between the French and the common law “groups” (David, 1950, pp. 305-311). Other authors discussed these systems at the time (Arminjon, Nolde, & Wolff, 1950-1952). Nevertheless, except for the legend of a map accompanying a paper by R. W. Lee (1915, p. 90), the expression “mixed jurisdictions” seems to have been popularized by T. B. Smith. He used it regularly from 1956, if not before,⁴ notably in his influential paper “The Preservation of the Civil Law Tradition in ‘Mixed Jurisdictions’” (Smith, 1965; Palmer, 2009). A year before, David had referred to “mixed laws” in the first edition of his famous handbook, explaining in a footnote that “regretfully,” he could not describe them in this work (1964, p. 21).

Moving to Quebec, Frederick Parker Walton, a Scot academic who became Dean of the Faculty of Law at McGill University in 1897, wrote a splendid book in 1907 on the interpretation of the first Civil Code (1980b). In 1980, it was translated for the first time in French by Professor Maurice Tancelin, who also wrote an introduction entitled “How can a legal system be a mixed system?” (1980a; 1980b, p. 1). Tancelin emphasized the mixed or syncretic character of the civil law of Quebec, notably because the courts had interpreted the Civil Code in a restrictive manner and generally adhered to the principle of *stare decisis*. For him, a mixed law “has been subjected to two successive wholesale receptions which have partly cancelled each other out, so that it is difficult to determine which of the two legal systems is the receiving system and which is the received system” (1980b, p. 25). In such a case, it would seem preferable to speak of hybridity or of cross-breeding (*métissage*), because in a mixed system, legal traditions can coexist or be juxtaposed in separate spheres without influencing each other. Be that as it may, Mr. Tancelin envisioned various scenarios for the future, such as a reinforced separation of the two traditions following the eventual independence of Quebec, a slow erosion of the civil law tradition, or the appearance of a Canadian private law that borrowed from the two traditions, a possibility he considered to be clearly unrealistic (1980b, p. 29).

Thirty-seven years later, the close resemblance between the status and the role of judges in common law jurisdictions and in Quebec is well accepted, as well as the marked difference between the procedural and evidentiary laws of France and Quebec (Jukier, 2015; Jutras, 2009b; Morissette, 2014). Scholars and judges who had labored relentlessly to consolidate the civil law tradition in Quebec now rejoice: common law concepts that had found their way into jurisprudence have been expelled from it (Howes, 1986; M. Morin, 2000), the restrictive approach to the interpretation of the Civil Code has been rejected and the linguistic quality of the French version of the 1994 Civil Code is an improvement over the 1866 Code. Nevertheless, it took until 2016 to remedy the problems that marred the English version (Coates, 2011). The 1994 recodification has succeeded in modernizing the values and concepts of the civil law (Arroyo I Amayuelas, 2003; Baudouin, 2005, 2009; Masse, 2003; Pineau, 2009). Finally, as we shall see, the suppletive role of the civil law has been officially recognized in cases where federal legislation contains a gap or is otherwise incomplete.

Nowadays, the legal literature of Quebec is abundant and diversified, while jurisprudence is plethoric because of digitalization. This explains why judges rely much less on French jurisprudence than in the past (Jobin, 2010). They generally refuse to consider common law concepts, even for institutions that have been notoriously borrowed from this tradition, such

4 See Smith (1962, p. 89).

as the trust; in this regard, labor law seems to be the exception that confirms the rule (Jutras, 2009a, pp. 248, 266). In addition, it must be said that, as a general rule, practitioners who have studied only the civil law are not particularly curious about the common law. However, this does not prevent them from quoting particular common law precedents on an ad hoc basis. By doing this, they run the risk of assessing incorrectly the role that these decisions play in their system of origin.

For its part, the Supreme Court of Canada has subsumed under the civil law notion of fault some public law privileges and immunities recognized by the common law (Supreme Court of Canada, 2002). Therefore, for the relevant issues, it is no longer necessary to refer to common law precedents. In theory, this part of the law is no longer mixed and the hybridity of the civil law has decreased. At times, the Supreme Court of Canada also ensures the similarity of solutions in the two traditions. In doing so, it uses the specific terminology and concepts of the civil law because, in its opinion, they lead to the same conclusion as common law judgments (Supreme Court of Canada, 2001, 2010a, 2010b). Moreover, a dialogue between the two traditions has been taking place between its justices, although the conclusion may be a situation of divergence. In such a case, the court “will be mindful of the specificities of the two traditions and will not hesitate to acknowledge their particularism when this is required by the principles or the economy of legal regimes” (Lebel, 2006, p. 219).

Even though the common law is the material source of many institutions found in the Civil Code of Quebec, this is often hidden from view by its articles or by the civil law style that characterizes most judgments. One may wonder if the hybridity of the civil law is not disappearing or at least fast receding. Jean-Louis Baudouin emphasizes that “Jurisprudence, whether British, Quebec or French has become, in every system, as was once so well demonstrated by Gén^y, a primary source of law” (2009, p. 513; S. Morin, 2014). There only remain stylistic differences (the conciseness of codes and the brevity of French appellate court judgments, the prolixity of legislation and of judicial reasons in the common law tradition).⁵ As for the length of judgments, Dalphond believes that, “by giving a human face to its application, Quebec judges facilitate the adhesion of litigants to the Civil Code” (2003, pp. 99-100). For Popovici, the justices of the Supreme Court of Canada write in an “argumentative, didactic and prolix” style (2003, p. 216). Moore believes that the jurisprudence of Quebec is less abstract (or more concrete) than French judgments (Moore, 2011, p. 205). But the laconic or even sibylline character of reasons is not part of the civil law genetic code: in Germany, in Argentina, in Greece, in Italy, in Switzerland and in Sweden (among others) judges write “a dissertation of variable length” (David & Brierley, 1985, p. 142; Kischel, 2016, p. 917; Rivera, 2011, pp. 154-155; Siems, 2014, p. 64).

Of course, referring to cases from other jurisdictions is a distinctive feature of Quebec law that has no equivalent in countries that consider themselves self-sufficient in legal matters, like France. Elsewhere, notably in Belgium, Luxembourg and Austria, judges do make reference to cases or legal principles of powerful neighboring countries with large populations. Granted, these jurisdictions share the same legal tradition. Nevertheless, in Argentina, some U.S. cases have influenced judgments of Supreme Court in constitutional law matters; in turn, these decisions had important consequences for the Civil Code (Rivera, 2011, pp. 149-155).

⁵ See also M. Morin (2013).

In short, referring to decisions of another tradition is not anomalous. As Moore put it, in Quebec, one no longer fears “the acculturation of the civil law by the common law [...] the simple cross-breeding of sources is not synonymous with acculturation or even mixedness and it should no longer be experienced that way” (2011, p. 211). Mathieu Juneau, however, argues that more recently, courts have interpreted the Civil Code of Quebec in a way that betrays the legal acculturation of civil law jurists (2016, pp. 821-828).

The declining number of common law references in Quebec judgments can be further explained by the vigor of Anglophone civil law scholarship. Historically, many Anglophone judges protested against the use of common law precedents in civil law cases, at least from 1850 (M. Morin, 2000). Famous scholars also contributed significantly to the work of the Civil Code Revision Office or to the evolution of the civil law (Brierley & Macdonald, 1993; Normand, 2008). On the other hand, some Francophones became genuinely attached to common law rules that had been adopted against the will of previous generations (M. Morin, 2003a). They also vigorously opposed innovations of French jurisprudence that seemed too daring to them (Jobin, 2010; M. Morin, 2000). More generally, even when they were initially controversial, imports of this kind became well fitted to the civil law system; ordinary jurists are often ignorant of their origin—for instance, the principle of testamentary freedom or the remedy of injunction. All things considered, Quebec’s legal community has succeeded in imposing the respect of the historical partition effected in 1774, with private law being French in origin and public law, including criminal law, being derived from England (Brierley & Macdonald, 1993; M. Morin, 2014, 2017; Normand, 2008).

In the realm of public law, the common law is also changing. The particularities of Quebec administrative law are being discussed (more exactly, the differential application or modulation of its rules in Quebec).⁶ Its rules are translated and explained in French. They have been expounded by Justices of the Supreme Court of Canada who were renowned civil law jurists, in a more abstract and systematized way. This common law is no longer what it used to be—but this is of course true of the private common law applied in other provinces and territories. Since the adoption of the Canadian Charter of Human Rights and Freedoms, in 1982, Courts have been focusing more on general principles (Baudouin, 2005, 2009; Gaudreault-Desbiens, 2006; M. Morin, 2012b). This does not mean that common law judgments can be confused with civil law jurisprudence—far from it. But the bewilderment of civil law jurists reading common law judgments is no doubt less pronounced in 2017 than in 1967.

4. Canadian Normative Pluralism

The Canadian Constitution grants the legislature the power to adopt and modify a civil code. Canadian legislation must therefore take into account the civil law and the common law traditions, as well as institutional bilingualism (section 4.1). Unfortunately, the situation is very different for Indigenous and legal traditions that are not recognized by the Canadian State (section 4.2).

4.1. Canadian federalism and the civil law tradition.

We have seen that the law that is applicable in Quebec is mixed because of its dualist character. In the public law realm, if no constitutional or legislative provision will solve a legal problem,

⁶ See Leckey (2004, 2007).

the common law will apply (Supreme Court of Canada, 2002). As for sectors of private law that fall under federal jurisdiction (for example, intellectual property, maritime law, marriage and divorce, company law for businesses operating nationally, etc.),⁷ they may be governed by rules that derogate from provincial law principles and use common law terminology (this was the rule for a long time) or that refer expressly to civil law concepts (a rarity prior to the last decade of the 20th century). The federal Interpretation Act confirms that gaps in federal legislation must be filled by the private law rules of the relevant provinces (Parliament of Canada, 2017, s. 8.1 and 8.2). In theory, only a deliberate decision of the legislature, or the judicial construction given to an enactment, may force Quebec courts to apply common law rules to private law issues.

In other words, private law rules contained in a federal enactment must be imbricated, as far as possible, in the civil law ordering of Quebec. Of course, a jurist that has been trained only in the civil law tradition—which is still the case for the majority of practitioners in Quebec—will be bewildered by the makeup of federal legislation. Similarly, a common lawyer will be disoriented by the abstract nature of civil code provisions. Nevertheless, a jurist working in a common law jurisdiction will never be forced to supplement federal legislation by cases coming from a tradition that she has never studied and which she can discover only with difficulty.

In federal legislation, duplicates illuminate the mixing of sources in the private law of Canada. They consist of using appropriate common law and civil law terms in both linguistic versions (for instance, “real property” and “immovable” in English, “biens réels” and “immeubles” in French). This juxtaposition highlights a consequence of the Canadian federal system, as well as the existence of a different legal tradition in Quebec. However, for a given issue, within a province or a territory, there is no room for dualism: bi-juralism is strictly territorial.

In this regard, this situation evokes an “epistemology of separation,” although in practice, judges are reluctant to recognize that the ambit of a federal legislative provision varies according to the province in which the litigation originated (Gaudreault-Desbiens, 2007; Grenon, 2011; Kasirer, 2006, p. 326; Leckey, 2010). More generally, the federal Parliament has never tried to induce the creation of a syncretic legal thought to which many would aspire at the Canadian level, although “cynics” will object that this phenomenon is essentially present in “Ottawa, Montreal, St. Boniface and Moncton,” where linguistic minorities must deal with a system that was essentially developed in the language of the majority: English (Kasirer, 2006, p. 353).

4.2. Indigenous traditions and legal pluralism.

The rights of Aboriginal peoples are also constrained by this logic of separation. Reshaped and marginalized by judgments of the Supreme Court of Canada, their traditions are generally reduced to mere facts that judges can take into consideration when defining the contents of their constitutional rights. Except where the legislature expressly refers to these norms, both the common law and the civil law refuse to acknowledge them as contemporary sources of law. In this regard, the sources of Aboriginal rights are not mixed, although limited elements of their traditions are occasionally incorporated in rules recognized by the legal system of the

⁷ See Parliament of the United Kingdom (1867, s. 91).

State. To this extent, these traditions can be considered one material source of the formal law among many others. There is, therefore, a certain kind of hybridity in a field constantly evolving (M. Morin, 2003b; Grammond, 2009, 2013; Otis, 2014). Furthermore, many Canadian law schools have created courses or pedagogical activities that focus exclusively on Indigenous legal traditions, independently of State law (McGill Law Journal, 2016).

A similar phenomenon may be observed for norms that are not controlled by the State and that originate from religious, local or particular communities. When they do no conflict with legislation or case law, courts will take them into consideration and will be influenced by them, though they will tend to rein in their consequences. But in cases of conflict, they will decline to give effect to these norms, even though individuals may observe them faithfully (Belley, 2011; Macdonald, 2011; Webber, 2006). Recent research, however, has shown that there has been a tendency to overestimate the possibility that semi-autonomous communities will regulate themselves informally or through consensus without relying on the actual or potential intervention of the judicial system (Decroix et al., 2012, pp. 8-11, 78; De Ruyscher, 2012). That being so, without denying that informal norms may be more effective in practice than State rules, we think it necessary to distinguish sharply between the two, by referring to “normative pluralism” instead of “legal pluralism.”⁸

5. Conclusion

Mixed jurisdictions apply rules that originate visibly from different legal families or traditions in sectors of the law defined more or less precisely. A point of equilibrium may be reached in the delimitation of the fields in which a distinct tradition applies, often after protracted debates. The political clout of jurists trained in the minority tradition is evidently an important factor to consider in this regard. This explains why Quebecers, who currently account for slightly less than 25 % of the population in Canada, have been able to maintain their tradition alive in the federal system that was designed in large measure in order to achieve this objective. Indigenous traditions and rules unrecognized by the State have not enjoyed a similar success. As for Quebec’s civil law, local sources have replaced French ones and references to foreign law have declined with the development of an important legal literature, in French and in English. This blending of sources corresponds to a process that occurred prior to the 19th century (to simplify a complex issue) in major legal traditions that are now considered homogeneous, even though they have been influenced by multiple and diverse legal norms. Quebec’s civil law tradition may have achieved this result with the recodification of 1991, as the influence of the common law methods and assumptions have declined recently. Hybridization undoubtedly did occur, but its extent is currently debated or minimized. As is well known, great countries dislike acknowledging their intellectual debts. Smaller ones, or cultural minorities, must find allies—in the legal sphere as well as in other fields.

8 See also Donlan (2015, p. 23).

REFERENCES

- Andò, B. (2015). "As slippery as an eel"? Comparative law and polyjural systems. In V. V. Palmer, M. Y. Mattar, & A. Koppel (Eds.), *Mixed legal systems, East and West* (pp. 3-15). Farnham: Ashgate Publishing.
- Arminjon, P., Nolde, B., & Wolff, M. (1950-1952). *Traité de droit comparé*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Arroyo I Amayuelas, E. (2003). From the code civil du bas Canada (1866) to the code civil Québécois (1991), or from consolidation to the reform of the law: A reflection for Catalonia. In H. L. MacQueen, A. Vaquer, & S. Espiau Espiau (Eds.), *Regional private laws and codification in Europe* (pp. 267-287). Cambridge: Cambridge University Press.
- Baudouin, J.-L. (2005). Quo vadis? *Cahiers de droit*, 46(1-2), 613-624. Quebec.
- Baudouin, J.-L. (2009). What does the future hold for the Civil Code of Quebec? *Canadian Bar Review*, 88(2), 506-514. Ottawa.
- Belley, J.-G. (2011). Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit. *Canadian Journal of Law and Society*, 26(2), 257-276. Ottawa.
- Brierley, J. E. C. (1968). Quebec's civil law codification: Viewed and reviewed. *McGill Law Journal*, 14(4), 521-589. Montreal.
- Brierley, J. E. C. (1992). The renewal of Quebec's distinct legal culture: The new Civil Code of Québec. *University of Toronto Law Journal*, 42(4), pp. 484-503. Toronto.
- Brierley, J. E. C., & Macdonald, R. A. (1993). *Quebec civil law*. Toronto: Emond Montgomery.
- Cairns, J. W. (2013). Watson, Walton and the history of legal transplants. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 41(3), 637-696. Athens.
- Cairns, J. W. (2015). *Codification, transplants and history: Law reform in Louisiana (1808) and Quebec (1866)*. Clark: Talbot Publishing.
- Coates, E. (2011). The English voice of the Civil Code of Québec: An unfinished history. *Revue du Barreau*, 71(Printemps), 45-61. Montreal.
- Cuniberti, G. (2015). *Grands systèmes de droit contemporains. Introduction au droit comparé*. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, Lextenso éditons.
- Dalphond, P. (2003). Le style civiliste et le juge : le juge québécois ne serait-il pas le prototype du juge civiliste de l'avenir ? In N. Kasirer (Ed.), *Le droit civil, avant tout un style ?* (pp. 81-100). Montreal: Centre de droit privé et comparé du Québec/Éditions Thémis.

- David, R. (1950). *Traité élémentaire de droit civil comparé*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- David, R. (1964). *Les grands systèmes de droit contemporain*. Paris: Dalloz.
- David, R., & Brierley, J. (1985). *Major legal systems in the world today: An introduction to the comparative study of law* (3rd ed.). London: Stevens.
- David, R., Jauffret-Spinosi, C., & Goré, M. (2016). *Les grands systèmes de droit contemporain* (12th ed.). Paris: Dalloz.
- Decroix, A., Gilles, D., & Morin, M. (2012). *Les tribunaux et l'arbitrage en Nouvelle-France et au Québec de 1740 à 1784*. Montreal: Thémis.
- De Ruyscher, D. (2012). La lex mercatoria contextualisée : tracer son parcours intellectuel. *Revue historique de droit français et étranger*, 90(4), 499-515. Paris.
- Donlan, S. P. (2010). "All this together make up our *common law*": Legal hybridity in England and Ireland, 1704-1804. In E. Örüçü (Ed.), *Mixed legal systems at new frontiers* (pp. 265-291). London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing.
- Donlan, S. P. (2015). To hybridity and beyond: Reflections on legal and normative complexity. In V. V. Palmer, M. Y. Mattar, & A. Koppel (Eds.), *Mixed legal systems, East and West* (pp. 17-32). Farnham: Ashgate Publishing.
- Farran, S., Örüçü E., & Donlan S. P. (Eds.). (2014). *A study of mixed legal systems: Endangered, entrenched or blended*. Farnham: Ashgate Publishing.
- Fromont, M. (2013). *Les grands systèmes de droit étranger*. Seventh edition. Paris: Dalloz.
- Gaudreault-Desbiens, J.-F. (2006). Underlying principles and the migration of reasoning templates: A trans-systemic reading of the Quebec Secession Reference. In S. Choudhry (Ed.), *The migration of constitutional ideas* (pp. 178-208). Cambridge: Cambridge University Press.
- Gaudreault-Desbiens, J.-F. (2007). *Les solitudes du bijuridisme au Canada*. Montreal: Éditions Thémis.
- Gambaro, A., Saco, R., & Vogel, L. (2011). *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*. Paris: LGDJ, Lextenso éditions.
- Glenn, H. P. (2007). Comparative legal families and comparative legal traditions. In M. Reimann, & R. Zimmermann (Eds.), *The Oxford handbook of comparative law* (pp. 91-108). Oxford: Oxford University Press.
- Glenn, H. P. (2008). A concept of legal tradition. *Queen's Law Journal*, 34(1), 427-445. Kingston.
- Glenn, H. P. (2010). A Western legal tradition. In J. Walker, & O. G. Chase (Eds.), *Common law, civil law and the future of categories* (pp. 601-619). Markham, Canada: LexisNexis.

- Glenn, H. P. (2014). *Legal traditions of the world* (5th ed.). Oxford-New York: Oxford University Press.
- Grammond, S. (2009). The reception of indigenous legal systems in Canada. In A. Breton, A. Des Ormeaux, K. Pisthor, & P. Salmon (Eds.), *Multijuralism: Manifestations, causes, and consequences* (pp. 45-76). Aldershot: Ashgate Publishing.
- Grammond, S. (2013). *Terms of coexistence: Indigenous Peoples and Canadian law*. Toronto: Carswell.
- Grenon, A. (2011). Le bijuridisme canadien à la croisée des chemins ? Réflexions sur l'incidence de l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation*. *McGill Law Journal*, 56(4), 775-820. Montreal.
- Howes, D. (1986). From polyjurality to monojurality: The transformation of Quebec law, 1875-1929. *McGill Law Journal*, 32(3), 523-558. Montreal.
- Husa, J. (2016). The future of legal families. *Oxford Handbooks Online*. Retrieved from <http://www.oxfordhandbooks.com/>
- Jobin, P.-G. (2010). La circulation de modèles juridiques français au Québec. Quand ? Comment ? Pourquoi ? In G. Bras Miranda, & B. Moore (Eds.), *Mélanges Adrian Popovici : les couleurs du droit* (pp. 599-629). Montreal: Éditions Thémis.
- Jukier, R. (2015). The impact of legal traditions on Quebec procedural law: Lessons from Quebec's new Code of Civil Procedure. *Canadian Bar Review*. 93(1), 211-249. Ottawa.
- Juneau, M. (2016). The *mixité* of Quebec's recodified civil law: A reflection of Quebec's legal culture. *Loyola Law Review*, 62(3), 809-828. New Orleans.
- Jutras, D. (2009a). Cartographie de la mixité : la common law et la complétude du droit civil au Québec. *Canadian Bar Review*, 88(2), 245-273. Ottawa.
- Jutras, D. (2009b). Culture et droit processuel : le cas du Québec. *McGill Law Journal*, 54(2), 273-293. Montreal.
- Kasirer, N. (2006). L'outre-loi. In L. Castonguay, N. Kasirer, & J. Vanderlinden (Eds.), *Étudier et enseigner le droit : hier, aujourd'hui et demain : études offertes à Jacques Vanderlinden* (pp. 329-355). Bruxelles/Cowansville: Bruylant/Yvon Blais.
- Kischel, U. (2016). La méthode en droit comparé, l'approche contextuelle. *Revue internationale de droit comparé*, 68(4), 907-926. Paris.
- Lebel, L., & Le Saunier, P.-L. (2006). L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada. *Cahiers de droit.*, 47(2), 179-238. Quebec.
- Leckey, R. (2004). Territoriality in Canadian administrative law. *University of Toronto Law Journal*, 54(1), 327-364. Toronto.

- Leckey, R. (2007). Prescribed by law/Une règle de droit. *Osgoode Hall Law Journal*, 45(3), 571-620. Toronto.
- Leckey, R. (2010). Rhapsodie sur la forme et le fond de l'harmonisation juridique. *Cahiers de Droit*, 51(1), 3-49. Quebec.
- Lee, R. W. (1915). The civil law and the common law—A world survey. *Michigan Law Review*, 14(2), 90-101. Ann Arbor.
- Macdonald, R. A. (2011). Custom made—For a non-chirographic critical legal pluralism. *Canadian Journal of Law and Society*, 26(2), 301-327. Ottawa.
- Masse, C. (2003). The positive experience of the Civil Code of Quebec in the North American common law environment. In H. L. MacQueen, A. Vaquer, & S. Espiau Espiau (Eds.), *Regional private laws and codification in Europe* (pp. 260-266). Cambridge: Cambridge University Press.
- McGill Law Journal. (2016). Special Issue—Numéro special, Indigenous law and legal pluralism—Le droit autochtone et le pluralism juridique. *McGill Law Journal*, 61(4), 721-1014. Montreal.
- Merryman, J. H., & Pérez-Perdomo, R. (2007). *The civil law tradition. An introduction to the legal systems of Europe and Latin America* (3rd ed.). Stanford: Stanford University Press.
- Moore, B. (2011). Rapport de synthèse. In J. Andino Dorato, J.-F. Ménard, & L. D. Smith (Eds.), *Le droit civil et ses codes : parcours à travers les Amériques* (pp. 187-212), Montreal: Éditions Thémis.
- Morin, M. (2000). Des juristes sédentaires ? L'influence du droit anglais et du droit français sur l'interprétation du *Code civil du Bas Canada*. *Revue du Barreau*, 60(1), 247-396. Montreal.
- Morin, M. (2003a). Une analyse historique et comparative de l'indemnisation du *solatium doloris* au Québec. In P.-C. Lafond (Ed.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité* (pp. 347-386). Cowansville: Éditions Yvon Blais.
- Morin, M. (2003b). La coexistence des systèmes de droit autochtone, de droit civil et de common law au Canada. In L. Perret, & A.-F. Bisson (Eds.), *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international* (pp. 159-185). Montreal: Wilson et Lafleur.
- Morin, M. (2012a). Dualisme, mixité et métissage juridique : Québec, Hong Kong, Macao, Afrique du Sud et Israël. *McGill Law Journal*, 57(4), 645-664. Montreal.
- Morin, M. (2012b). Responsabilité, fraternité et développement durable en droit — l'œuvre de Charles Doherty Gonthier. *Supreme Court Law Review* (2nd ed.), 56, 3-24. Markham.

- Morin, M. (2013). Réflexions sur la qualité de la loi au Québec et au Canada — ou ce qui est bon pour les francophones du Canada ne l'est pas pour les anglophones du Québec. *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal*, 48(1), 247-277. Montreal.
- Morin, M. (2014). Blackstone and the birth of Quebec's distinct legal culture 1765-1867. In W. Prest (Ed.), *Re-interpreting Blackstone's commentaries: A seminal text in national and international contexts* (pp. 105-124). Oxford: Hart Publishing.
- Morin, M. (2015). Blackstone et le bijuridisme québécois de la Proclamation royale de 1763 au Code civil du Bas Canada. In S. Rousseau (Ed.), *Juriste sans frontières Mélanges Ejan Mackaay* (pp. 585-632). Montreal: Éditions Thémis.
- Morin, M. (2017). Constitutional debates in French Canada, 1764-1774. In P. Oliver, P. Macklem, & N. Des Rosiers (Eds.), *Oxford handbook of the Canadian Constitution* (pp. 47-79). New York: Oxford University Press.
- Morin, S. (2014). Quebec: First impressions can be misleading. In S. Farran, E. Örüçü, & S. P. Donlan (Eds.), *A study of mixed legal systems: Endangered, entrenched or blended* (pp. 165-182). Farnham: Ashgate Publishing.
- Morissette, Y.-M. (2014). Livre septième : de la preuve : quelques réflexions affectueuses. In M.-F. Bureau, & M. Devinat (Eds.), *Les livres du Code civil* (pp. 213-237). Sherbrooke: Les Éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke.
- Normand, S. (2008). An introduction to Quebec Civil Law. In A. Grenon, & L. Bélanger-Hardy (Eds.), *Elements of Quebec civil law: A comparison with the common law of Canada* (pp. 25-47). Toronto: Thomson-Carswell.
- Örüçü, E. (2004). Family trees for legal systems: Towards a contemporary approach. In M. Van Hoecke (Ed.), *Epistemology and methodology of comparative law* (pp. 359-375). Oxford and Portland: Hart Publishing.
- Örüçü, E. (Ed.). (2010). *Mixed legal systems at new frontiers*. London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing.
- Otis, G. (2014). The constitutional recognition of Aboriginal and treaty rights: A new framework for managing legal pluralism in Canada? *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 46(3), 320-337. Ghent.
- Palmer, V. V. (2009). Quebec and her sisters in the third legal family. *McGill Law Journal*, 54(2), 321-351. Montreal.
- Palmer, V. V. (2012). *Mixed jurisdictions worldwide* (2nd ed.). Cambridge: Cambridge University press.
- Palmer, V. V., Mattar, M. Y., & Koppel, A. (Eds.). (2015). *Mixed legal systems, East and West*. Farnham: Ashgate Publishing.

- Parliament of Canada. (2017). *Interpretation act*. Consolidated acts. Retrieved from <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/I-21/>
- Parliament of the United Kingdom. (1867, July 1). *Constitution Act, 1867*. Retrieved from <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/>
- Pineau, J. (2009). A very brief history of a recodification and its problems. *Canadian Bar Review*, 88(2), 223-229. Ottawa.
- Popovici, A. (2003). Le droit civil, avant tout un style... In N. Kasirer (Ed.), *Le droit civil, avant tout un style ?* (pp. 207-220). Montreal: Centre de droit privé et comparé du Québec/Éditions Thémis.
- Rivera, J. C. (2011). Le Code civil : son rôle comme source de droit privé. In J. Andino Dorato, J.-F. Ménard, & L. D. Smith (Eds.), *Le droit civil et ses codes : parcours à travers les Amériques* (pp. 117-164). Montreal: Éditions Thémis.
- Siems, M. (2014). *Comparative law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Smith, T. B. (1962). *Studies critical and comparative*. Edinburgh: W. Green & Sons.
- Smith, T. B. (1965). The preservation of the civil law tradition in "mixed jurisdictions." In A. N. Yiannopoulos (Ed.), *Civil law in the modern world* (pp. 3-26). Kingsport: Louisiana State University Press.
- Supreme Court of Canada. (2001). *Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, Neutral reference: 2001 SSC 51. Retrieved from <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1890/index.do>
- Supreme Court of Canada. (2002). *Prud'homme v. Prud'homme*, Neutral reference: 2002 SCC 85. Retrieved from <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2029/index.do>
- Supreme Court of Canada. (2010a). *Globe and Mail v. Canada (Attorney general)*, Neutral reference: 2010 CSC 41. Retrieved from <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/7883/index.do>
- Supreme Court of Canada. (2010b). *de Montigny c. Brossard (Succession)*, Neutral reference: 2010 CSC 51. Retrieved from <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/7892/index.do>
- Tetley, W. (2000). Mixed jurisdictions: common law v. civil law. *Louisiana Law Review*, 60(3), 677-738. Baton Rouge.
- Young, B. (1994). *The politics of codification: the Lower Canadian Civil Code of 1866*. Montreal and Kingston: McGill-Queen's University Press.
- Walton, F. P. (1980a). *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas Canada, introduction et traduction par Maurice Tancelin*. Toronto: Butterworths.

- Walton, F. P. (1980b). *The scope and interpretation of the civil code of Lower Canada, with an Introduction by Maurice Tancelin*. Toronto: Butterworths.
- Webber, J. (2006). Legal pluralism and human agency. *Osgoode Hall Law Journal*, 44(1), 167-198. North York.

**TEACHING THE COMMON LAW IN QUEBEC:
REFLECTIONS ON THE PROLIFERATION OF SEPARATE,
SUPPLETIVE DEGREE PROGRAMS**

*Stéphane Sérafin**

1. Introduction

Since 1998, one particular Canadian law faculty—the Faculty of Law at McGill University in Montreal, Quebec—has eschewed separate common law and civil law programs in favor of a single, integrated curriculum (Arthurs, 2005, p. 709). This move was much publicized at the time, having been the subject of a number of law journal articles and even an entire issue of the McGill Law Journal in 2005 (Bédard, 2001; Morrissette, 2002; Kasirer, 2002; Kasirer, 2003; Van Praagh, 2005; Arthurs, 2005; Jukier, 2005; Macdonald & MacLean, 2005; Glenn, 2005; Jukier, 2006).

Almost twenty years later, McGill’s mandatory integrated curriculum remains unique among Quebec law schools, most of which also offer some measure of training in both the civil and common law in their own right.¹ These schools have been either unwilling or unable to follow McGill’s lead, and have instead continued to offer—and even introduced—one-year common law degree programs that can be best described as “suppletive.” Accordingly, the objective of these programs is less to introduce students to inherently comparative thinking than it is to complete the training the students have already received in the civil law with additional common law qualifications. They are thus largely reminiscent of McGill’s earlier “national program,” which allowed students who had received a three-year education in either common or civil law to complete their training through a one-year program in the second legal tradition (Bédard, 2001, pp. 240-241).

This paper seeks to explore some of the reasons why this second model, which favors the elective, separate training of students in a second legal tradition, remains by far the dominant model of common law teaching in Quebec. Indeed, the only exceptions in this regard are the program at McGill University and a small, integrated program named the “*Programme de droit canadien*” that has been offered at the University of Ottawa alongside more traditional program options since 2009.² As I will argue, practical difficulties with the replication of in-

* Assistant Professor, University of Ottawa, Faculty of Law, Common Law Section; Barrister & Solicitor, Law Society of Ontario; Advocate, Barreau du Québec. The author wishes to acknowledge the helpful suggestions of three anonymous peer reviewers.

1 For the purposes of this paper, the following are included among Quebec law schools: McGill University, the University of Ottawa (located in the neighboring Province of Ontario, but dispensing full degree programs in Quebec civil law), l’Université de Montréal, l’Université du Québec à Montréal, l’Université de Sherbrooke, and l’Université Laval; of these, all but two—l’Université du Québec à Montréal and l’Université Laval—offer some form of common law degree program.

2 The program is also known as the “Canadian Law Program,” though its name is not usually translated into English; upon completion, graduates earn dual *Juris Doctor* (J.D.) and Licentiate in Laws (LL.L.) degrees in much the same way that McGill graduates earn LL.B. and B.C.L. designations.

tegrated programs do not entirely account for this state of affairs. Their limited growth can be explained by at least additional two factors. On the one hand, there are continuing concerns about the capacity of integrated programs to actually transmit knowledge of Quebec's distinctive civilian legal heritage. On the other, the separate, suppletive curricula are more broadly compatible with the model of student choice that has been said to animate comparative legal education in Canada (Valcke, 2005, p. 494).

This latter focus on choice may well amount to the main advantage of the suppletive degree model. It allows students who desire additional training in the common law after completing their first law degree to do so if they choose, while also allowing students who believe that their professional needs require other forms of training to instead pursue more specialized courses of instruction in one or more particular subject areas. The latter market is served by a wide array of specialist LL.M. programs, and it is telling that the largest provider of such programs in Canada, Osgoode Professional Development, offers its own version of a suppletive common law program: an LL.M. in "Canadian Common Law" that targets "[g]raduates of law degree programs from outside Canada, or graduates with a civil law degree from a Canadian university who wish to become licensed to practice in a Canadian common law jurisdiction" (Osgoode Professional Development, 2017).

Before delving further into my argument, at least two prior qualifications are in order. First, my objective here is not to pass judgment on whether or not a focus on student choice offers a pedagogically coherent approach to the teaching of foreign legal systems. Indeed, a number of authors have already made relatively compelling arguments against this essentially vocational attitude to comparative legal education (Réaume, 2001; Pue, 2005; Valcke, 2005). I do not have much to add beyond what has already been said about this subject. Rather, I will simply start from the premise that they have identified, namely that student preferences are an essential component of curriculum design at Canadian law schools, for good or ill, and that these preferences are often shaped by employment prospects (Arthurs, 1998, pp. 21 & 31).

Second, it follows that by adopting this perspective, my approach in this paper is necessarily a "liberal" one that emphasizes the appeal and perceived value of choice for its own sake. However, my focus here is not so much on the factors that may actually motivate students to choose particular programs of study, as it is on what various law faculties *perceive* as motivating students to select their programs. There is no attempt here to provide an exhaustive list of factors on which students rely when they choose certain universities and certain programs over others. Instead, my objective is to propose an explanation for the continued proliferation of the suppletive degree model among Quebec law faculties, even as the McGill model has remained almost exclusively constrained to McGill.

My argument in this respect will proceed in three distinct parts. First, I will outline the manner in which both models of common law education—that is, the integrated curriculum and suppletive degree programs—have actually been implemented in Quebec law schools. Second, I will canvass some—though, it should be said, not *all*—of the possible explanations for the slow expansion of integrated curricula beyond the confines of McGill's Faculty of Law. Finally, I will turn to some of the advantages of suppletive common law programs that may explain their persistent—and proliferating—status as the primary method of teaching multiple legal systems in Quebec.

2. Integrated and Suppletive Programs: Two Competing Approaches to Common Law Education in Quebec

As is well known, Quebec's unique legal system incorporates a largely civilian private law within a broader common law institutional framework—an arrangement that often earns Quebec the label of “mixed jurisdiction” (Valcke, 1995; Van Hedel, 2007; Jukier, 2011).³ It is perhaps not surprising, then, that a particularly strong need to teach students aspects of both the civilian and common law legal traditions exists in that province, contrasting with the much lower demand for comparable civilian training in the rest of Canada. To some extent, common law training is already part of the entry-level three-year programs offered by every one of Quebec's law faculties, which incorporate both the teaching of Quebec's distinctive civilian private law, on the one hand, and those common law concepts that govern public law in the province, on the other (Valcke, 1995, pp. 62-63; Bédard, 2001, pp. 247-248).

Going further, however, the majority of Quebec's law schools have also felt compelled to offer some measure of *additional* training in those aspects of the common law that are not covered in these entry-level civil law programs—that is, in those private law subjects like contract, tort and property. With the exception of McGill, they have each done so by developing entirely separate curricula for their common law programs, which are structured according to the one-year, suppletive degree model that had been originally set by McGill's now-defunct national program. These programs are very popular—far more so, it would appear, than those of comparable training in the civil law outside of Quebec. To take just one particularly illustrative example, the suppletive common law program at the University of Ottawa admits up to 80 students per year, which is almost certainly a much higher number than the unspecified amount admitted to the suppletive civil law program offered at the same institution (University of Ottawa Common Law Section, 2017b).⁴

As I will now argue, the much wider prevalence of suppletive degree programs points to their being much more practicable than the integrated programs offered by these two latter institutions. Indeed, the limited expansion of integrated programs into other Quebec law faculties suggests that this curricular model faces important challenges and may be difficult to replicate elsewhere. This much appears to be recognized by the proponents of McGill's integrated program, many of whom have noted that the development of its curriculum owed much to that institution's particular history and culture (Morissette, 2002, pp. 16-17; Arthurs, 2005, pp. 712-713; Jukier, 2006, pp. 175-176).⁵ By contrast, the continued dominance of separate civil and common law curricula indicates that these programs offer important practical, if not necessarily pedagogical, advantages that should not be entirely overlooked by those interested in law curriculum reform.

3 In this respect, Quebec's legal system is often lumped together with those of Scotland and the State of Louisiana in the United States.

4 Since McGill's transition towards an integrated curriculum, the University of Ottawa is the only Quebec institution that offers suppletive degrees in both the common and civil law traditions.

5 The University of Ottawa, which has also made a partial transition towards integrated degree programs, is also a bilingual institution with a comparable history of teaching both the civil and common law traditions.

2.1. The limited expansion of integrated curricula in Quebec.

Beginning with the place that integrated curricula now hold in the ecosystem of Quebec legal education, it is worth noting from the outset that McGill had historically been one of two major institutions, alongside the University of Ottawa, to offer a “national program” allowing a student trained in one legal tradition to obtain a one-year suppletive degree in the other. Although now defunct at McGill, the University of Ottawa continues to operate its version of that program alongside full three-year degree programs in both the civil and common law, as well as the aforementioned integrated two-degree program (University of Ottawa Civil Law Section, 2017; University of Ottawa Common Law Section, 2017e). At McGill, by contrast, the move towards a mandatory integrated curriculum can be understood to have made the optional year spent learning a second legal tradition (either the civil or the common law, depending on which program the student enters first) into a mandatory component of its entry-level degree program. As a result, students undertaking the integrated McGill program are meant to complete their degree requirements in three and a half or four years rather than the three years taken to complete entry-level law programs at other law schools in both Quebec and common law Canada (McGill University Faculty of Law, 2017a).

This being the case, many authors involved in McGill’s move towards an integrated curriculum have suggested that its primary purpose was to replace the separate, sequential teaching of the positive laws of Quebec and the rest of Canada that had been the norm until that point (Kasirer, 2003, pp. 498-499; Jukier, 2006, p. 174). At least part of the outcomes being pursued by doing so were undoubtedly vocational, in that some authors believed that the integrated program was better able to instill even practical knowledge of multiple legal systems upon its students (Jukier, 2006). Indeed, the program website still takes care to note that it “qualifies students for the Bar Admission Programs in all Canadian provinces, as well as some U.S. Jurisdictions (i.e. New York and Massachusetts)” (McGill University Faculty of Law, 2017a).

At the same time, it is hard to deny that the primary impetus for McGill’s move towards an integrated curriculum was ideological, in the sense of being based on a deeper intellectual project. This much is heavily implied in the very existence of scholarly articles dedicated to outlining and reflecting upon the pedagogical aims of the project. What was hoped, among other things, was that students would no longer feel an attachment to one particular legal tradition—usually, the tradition that they happened to start with—and thus be compelled to fully immerse themselves in the comparative opportunities offered by the law school’s curriculum (Kasirer, 2003, pp. 499-500). At the same time, the move was seen as one away from black letter education as a whole, and towards the study of legal systems and traditions in a way that sought to discern their underlying principles and modes of reasoning rather than their particular differences (Jukier, 2006, p. 179). Some authors even saw the integrated McGill program as creating renewed possibilities for the study of other forms of common and civil law, as well as legal traditions entirely different from those that had traditionally been studied at McGill (Kasirer, 2003, p. 499; Macdonald & MacLean, 2005, pp. 737-738).

These were lofty objectives, and most of these same authors recognized that the McGill program would inevitably fall short of them in many respects (Kasirer, 2003, p. 499; Macdonald & MacLean, 2005, 738-739; Jukier, 2006, p. 180). Still, if we assume that the fundamental insight animating the shift towards an integrated curriculum at McGill was true—that is, if the integrated degree program really does offer some kind of pedagogical advantage to

its students, which I have no reason to doubt is true on at least some level—then it is worth asking what additional factors may explain why McGill remains the only Quebec law school to have fully committed to this approach almost twenty years after it pioneered the transition. Indeed, even the University of Ottawa’s integrated degree program—the *Programme de droit canadien*—has not entirely followed McGill’s move towards an integrated curriculum, and has even reproduced some of the issues with the national program model that the architects of McGill’s integrated curriculum had sought to avoid.

First and foremost among these is undoubtedly the problem of students identifying with one or another legal tradition, which Julie Bédard in particular has argued amounts to a likely outcome where students spend their first three years attached to the study of either common law or civil law, with only limited opportunities to study the other tradition (Bédard, 2001, pp. 273-274).⁶ If this assessment of student behavior is correct, then it is rightly identified as running contrary to the objectives of integrated curricula. And yet, the University of Ottawa’s integrated program largely reproduces the causes associated with this alleged difficulty, in that students begin their first year studying core common law topics—in French, no less—before moving on to civil law topics in their second year of study. Only one class in the first year curriculum currently defies this general distribution, namely the two-semester-long “bijural” course that combines elements of common law torts with those of Quebec’s civilian extra-contractual responsibility (University of Ottawa Common Law Section, 2017d).⁷

By contrast, one of the core elements of McGill’s integrated curriculum has been the implementation of classes offering simultaneous training in the principles underlying both legal traditions from the moment that students enter the program (Jukier, 2005, p. 795). True to their underlying pedagogical objectives, these integrated classes (or “transsystemic” classes, as McGill calls them) form the bulk of the first and second-year law curriculum at that institution. The list of such courses now includes a second year integrated property law course, which only recently replaced separate civil and common law courses on the topic (McGill University Faculty of Law, 2017b).

That being said, even this commitment to an integrated education has its limits at McGill, and one quickly notices that many upper year elective classes do not aim to cover civil and common law topics simultaneously.⁸ Instead, students must take a minimum of three credits in civil law courses designed to allow them to gain a more in-depth understanding of a particular topic in that legal tradition, as well as a minimum of three credits in similar immersive

6 Under McGill’s now-defunct national program, students would need to complete the three-year degree in one legal tradition before they would be able to pursue additional training to earn their diploma in the other; the same remains true of the version of the national program that still operates at the University of Ottawa.

7 According to the course sequence, this two-part class (*Délits civils et responsabilité contractuelle I* and *Délits civils et responsabilité extra-contractuelle II*) is one of only two in the program to currently be taught in a bijurally—that is, by integrating concepts from both the common and civil law traditions; the other is the mandatory second year course that covers private international law (also known as conflict of laws) as it applies in both common law Canada and in Quebec civil law.

8 As of 2016-2017, the faculty offers integrated approaches in upper year elective courses focusing on medical liability, employment law, statutory interpretation, agency and mandate, and property law: see McGill University Faculty of Law (2016); of these five classes, however, three (medical liability, employment law, and statutory interpretation) appear to adopt approaches that are largely analogous to the interdisciplinary courses in covering similar subjects at other law faculties.

courses focusing on particular topics relating to the common law tradition. To this, the faculty now also adds a three-credit requirement in a third basket of courses labelled “Social Diversity, Human Rights and Indigenous Law Courses” (McGill University Faculty of Law, 2017b).

All things considered, the move towards an integrated curriculum has thus not been as strong as might be expected even at McGill, especially since it was that institution that set out to champion the integrated approach in the first place. As for the University of Ottawa, its move towards the integration of its existing programs is for the moment even more limited. What the experiences of both institutions suggest, then, is that there are important limits—be they practical or even pedagogical—to imposing the fully integrated curriculum that appears to have been intended by at least some of the architects of the McGill program. I will focus on some of these potential limitations in Part II, below. For now, however, I turn to the much more prolific—and proliferating—alternative adopted by most Quebec law schools, namely suppletive one-year common law degree programs.

2.2. Suppletive common law programs: A model for proliferation.

While McGill has phased out its old national program in favor of its mandatory integrated curriculum, the approach it pioneered in the 1960s remains by far the dominant model of common law education in Quebec. In addition to the University of Ottawa’s still-running version of the national program, two more major Quebec institutions, namely the Université de Montréal and the Université de Sherbrooke, began to offer their own separate, suppletive degree programs based on this model shortly after McGill’s transition away from it.

The significance of these initiatives for both institutions should not be underestimated. Aside from McGill itself, Quebec’s law schools have often been perceived—rightly or wrongly—as resistant to deeper overtures towards the common law out of attachment to Quebec’s distinctive legal tradition as a vehicle of Francophone culture (Costonis, 2002, p. 7). This idea is at least implicit in the suggestions outlined above, according to which McGill’s move towards a fully integrated curriculum was only possible because of its particular (i.e. historically Anglophone) culture (Morissette, 2002, pp. 16-17; Arthurs, 2005, pp. 712-713; Jukier, 2006, pp. 175-176). This historical identity likely contributes a great deal to McGill’s continued ability to attract large numbers of law students from across Canada, and which in turn continues to justify the existence of the integrated curriculum.

By contrast, and true to its predominantly francophone identity (and student body), the Université de Montréal instead offered a form of suppletive common law training through a partnership with another institution, namely Osgoode Hall Law School in Toronto (Popovici, 2002, p. 809). That program continues in the form of the joint *Juris Doctor*/Bachelor of Civil Law offered in partnership by both faculties, which—following the common theme of this paper—largely operates according to the model provided by McGill’s now-defunct national program (Osgoode Hall Law School, 2017).⁹

The comparatively more radical decision to offer a suppletive common law degree program at the Université de Montréal proper—instead of through a partner institution like Osgoode Hall—can be understood as a reaction to the globalization of the legal curriculum

⁹ According to the program website, students spend three years at their home faculty, followed by one year at the other faculty in order to earn their second degree.

rather than the reflection of a concerted effort to teach Canada's other, dominant legal tradition. This much appears in the way that the Université de Montréal has labelled and designed its program: it is a *Juris Doctor* in "North American Common Law," which was apparently meant from its inception to focus primarily on the laws of the United States (Popovici, 2002, p. 809). Relying on the program website, the curriculum appears to remain at least partly true to this original mission even fifteen years later—though most course descriptions suggest a focus on common law principles applicable in both the United States *and* Canada (Université de Montréal, 2017c).¹⁰

This focus on the international and transnational applications of a common law education is even more explicit in the suppletive degree program offered by the Université de Sherbrooke. The program, which grants a "*Diplôme de 2e cycle en common law et droit transnational (Juris Doctor)*," incorporates elements of both the formal common law training present in the suppletive programs at the University of Ottawa and the Université de Montréal, as well as seminars and practice-oriented courses in transnational legal subjects (Université de Sherbrooke, 2017).¹¹ Like the Université de Montréal program (and the McGill program, for that matter), the Sherbrooke program is also marketed in part towards students hoping to enter the legal market in the United States, with the course website noting that the program allows them to access the legal profession in both common law Canada *and* New York State (Université de Sherbrooke, 2017).

That being said, it is relatively clear that the focus of the suppletive degree programs at both the Université de Montréal and the Université de Sherbrooke remains—like the national program at the University of Ottawa and the former national program at McGill—firmly focused on those private law topics that are specific to the common law legal tradition. Indeed, students in both the Université de Montréal and Université de Sherbrooke programs are expected to learn the core common law subjects of torts, contracts and property, along with additional topics such as trusts and remedies (Université de Montréal, 2017c; Université de Sherbrooke, 2017).¹² With the exception of the separate courses and practical initiatives in transnational law offered by Sherbrooke, which may constitute genuine innovations in legal education, the programs can thus be understood as boasting a curriculum that is little different from the national program model first developed—and now abolished—at McGill.

This conclusion raises a number of further questions. First among them is the *why*—that is, why the value of these types of separate, suppletive common law degree programs remains so high in Quebec. True to its name, the national program model had been developed in the late 1960s as a way of providing suppletive training in *Canada's* other major legal tradition, as the case might have been, rather than to prepare aspiring lawyers for the

10 For example, the description attached to the course titled "*Fondements et méthodes de la common law*" (literally, "Foundations and Methods of the Common Law") explains that the course will focus on the relationship between legal sources and institutions in the Anglo-Canadian and United States legal systems.

11 These course requirements are consistent with the degree obtained upon completion of the program, which can be translated as a "Graduate diploma in common law and transnational law (*Juris Doctor*)"; the program further distinguishes itself by being offered exclusively on a full-time basis over the summer, as opposed to the University of Ottawa and Université de Montréal programs, which are offered on either a full or part-time basis over the regular school year.

12 Beyond these requirements, the program at the Université de Sherbrooke requires that students complete an additional course in family law that is absent from the suppletive degree curriculum at the Université de Montréal.

challenges of globalization (Macdonald, 1990, p. 313). However, instead of moving away from this model, and towards something like the mandatory integrated curriculum now favored by McGill, it appears as though the appeal of suppletive common law degree programs has only increased in Quebec in the wake of globalization.¹³ As I will argue in Parts II and III below, there are at least two distinct factors that seem to explain this development. The first are the inherent challenges posed by the replication of integrated degree programs in institutions with a long history of teaching only one legal tradition. The second are the advantages that the suppletive degree model continues to offer in terms of the degree of control students have over their own education.

3. Explaining the Limited Growth of Integrated Programs

As I have outlined above, Quebec law schools present us with two alternative approaches to the teaching of multiple legal traditions. Namely, these are the integrated curriculum exemplified by the program at McGill, on the one hand, and the separate curricula that characterize the suppletive programs that now exist in most Quebec law schools, on the other. As between the two, I have argued that the latter approach has seen a much greater proliferation than the former, suggesting that there may be important limits to the wider dissemination of integrated programs at other universities besides McGill itself.

With this in mind, my objective in this part of the paper is to expand upon the factors that may potentially limit—and may have in fact have already limited—the growth of integrated degree programs in Quebec. As I will argue, the practical limitations to the replication of these programs do not give us the whole picture. Indeed, McGill's integrated curriculum raises broader pedagogical concerns about its actual ability to pass on knowledge of the two or more legal traditions it purports to cover. These concerns about transmission are particularly important in respect of Quebec's distinctive civilian heritage, which successive generations of scholars have portrayed as threatened by both the institutional and cultural encroachment of the Anglo-Canadian common law (Azard, 1963, pp. 7-8, Valcke, 1996, p. 114, Crépeau, 2005, p. 28).

3.1. The practical limitations of integrated programs.

Before turning to the more difficult pedagogical limitations of integrated civil and common law programs, it is worth examining the more practical difficulties that may have impeded the replication of McGill's curriculum by other Quebec law schools. While this is by no means a complete list, at least two potential roadblocks spring to mind, namely student demand for integrated programs, on the one hand, and difficulties relating to faculty hiring and administration, on the other.

The first of these concerns, student demand, is admittedly less relevant in Quebec than it is in a smaller mixed jurisdiction like Louisiana. There, the issue has often been one of justifying the integration of *civilian* courses into legal curricula at many institutions (Costonis, 2002). Quebec, by contrast, is large and relatively important enough within the Canadian federal structure to justify that aspiring lawyers be trained primarily in its own, civilian private law.

¹³ In this context, it may be worth asking whether Quebec's two other law faculties—namely those at the Université Laval in Quebec City and the Université du Québec à Montréal—will begin to offer similar suppletive degree programs of their own. Although the market for suppletive degrees is probably saturated at the moment, this situation may well change.

When combined with the high demand for common law training to which I have already alluded above, it becomes relatively clear that the market for some form of multijural education in the province may be particularly strong.

A variation on this same theme is student demand not so much for specifically civilian or common law training, but rather demand for legal education in a language *other than French*, and particularly in English or in a combined French-English format. One might expect that law schools in Quebec, a province whose recent history has been marked by political crises tied in large part to the preservation of the French language, would be particularly resistant to offering programs in English. Similarly, one might think that students—many of whom, particularly outside of urban centers, may not have mastery of the English language—would be dissuaded from pursuing such a program of study. Some schools, namely the University of Ottawa and the Université de Moncton,¹⁴ offer suppletive common law programs in French that are likely tailored to this demographic (University of Ottawa Common Law Section, 2017c; Université de Moncton, 2017b).

On the whole, however, the experiences of the Université de Montréal, the Université de Sherbrooke, and the University of Ottawa all suggest that this concern poses fewer limitations on the growth of suppletive common law programs than might have been expected. Indeed, the suppletive common law program at the Université de Montréal is intentionally taught in both French *and* English (Université de Montréal, 2017c). The same is true of the program at the Université de Sherbrooke (Université de Sherbrooke, 2017). The University of Ottawa, which is one of two institutions to offer a suppletive common law degree program entirely in French, also offers an English version of that same program that may well be more popular than its French counterpart (University of Ottawa Common Law Section, 2017a).¹⁵

By contrast, Quebec law schools are not so free from the second of the problems identified above, namely the availability of qualified instructors capable of properly dispensing an integrated curriculum. The problem in Quebec is of course the exact opposite than the one that plagues Louisiana law schools, in that it appears that quality *common law* professors, rather than civilian faculty members, are often lacking. Indeed, the suppletive program at the Université de Sherbrooke boasts that it is offered over the summer term rather than during the regular academic year for precisely this reason, in that it is thereby capable of attracting common law professors and practitioners who may normally be working elsewhere in Canada or around the world (Université de Sherbrooke, 2017). The situation is somewhat different at the Université de Montréal, which has managed to attract a relatively impressive array of common law specialists. Even there, however, it is clear that the primary expertise of tenured faculty remains those subjects that are part of the traditional Quebec civil law curriculum: among fifty full-time faculty, only three list an expertise in core common law subjects (Université de Montréal, 2017a).

14 The Université de Moncton is a French-language University in New Brunswick that offers a three-year common law degree program in French, along with a one-year suppletive common law degree program for students with a prior degree in civil law. It does not offer programs in Quebec civil law. (Université de Moncton, 2017a)

15 Until recently, the University of Ottawa also offered a one-year suppletive *civil law* degree in English, though this program appears to have been discontinued. Provincial legislation requiring all lawyers in Quebec to demonstrate French-language competency was probably a strong contributing factor: see *Charter of the French Language*, CQLR, c C-11, s 35.

This being the case, it is understandable that both the Université de Sherbrooke and the Université de Montréal would favor the creation of a separate, suppletive common law degree program over the integration of mandatory common law courses into their existing civilian curriculum. The former simply offers the institutions more flexibility in terms of hiring professors with actual expertise in the core common law subjects being taught. This is even more true when one considers what is perhaps the most distinctive element of McGill's integrated program, namely those courses that involve the simultaneous teaching of both civil and common law concepts. McGill has access to faculty members that are capable of properly dispensing these courses, many of whom are in fact drawn from its own law school alumni (McGill University Faculty of Law, 2017c). However, the same is not necessarily true of Quebec's other, historically civilian law faculties, including the University of Ottawa. To the extent that the common law and civil law programs at that institution have been and continue to be administered separately from one another, this may in turn explain why its integrated program boasts only two properly bijural civil and common law courses (University of Ottawa Common Law Section, 2017d).¹⁶

In other words, the move towards an integrated civil and common law curriculum may require an established institutional practice of teaching both legal traditions in concert, allowing for access to an existing professorial body with expertise in both relevant legal traditions. Meanwhile, the prior existence of entrenched institutional structures favoring the *separate* teaching of both traditions may instead create *additional* difficulties with respect to the dispensation of integrated law programs. Once again, this has been particularly true at the University of Ottawa, which, despite having a single Faculty of Law, maintains two deans in charge of their own respective civil and common law "sections" (University of Ottawa, 2017). Each of these sections is in turn given responsibility for its own three-year entry-level and one-year suppletive programs (University of Ottawa Civil Law Section, 2017; University of Ottawa Common Law Section, 2017e). The Faculty of Law at McGill, by contrast, has always been fully integrated from an administrative point of view (Macdonald, 1990, p. 312). This arrangement alone probably made the decision to replace separate civil and common law degrees with a single, integrated program much easier to complete than it would be at other institutions.

3.2. Pedagogical concerns with integrated programs.

As I have argued above, the faculty of law at McGill is relatively unique in having always had faculty members with expertise in both the civil and common law traditions, as well as an integrated administrative structure that greatly facilitated its transition towards an integrated civil and common law degree program. As I will now argue, however, these factors are far from the only ones that might account for the unique position in which the McGill program still finds itself today, almost twenty years after it was first implemented. Indeed, the program has faced persistent pedagogical concerns over the years, which, though undoubtedly exaggerated in many respects, may not be entirely without merit.

For the most part, these pedagogical concerns can be traced back to the fact that admission to the legal profession in Quebec, like in the rest of Canada, requires that aspiring lawyers obtain a degree from a recognized university (*Règlement sur la formation professionnelle des*

16 See the text of note 7 above.

avocats: section 5, paragraph 2).¹⁷ This means that law programs must inevitably deal with two sometimes competing objectives, namely the study of law as an *academic* discipline, on the one hand, and the pursuit of professional goals tied to the anticipated entry of students into the legal profession, on the other. In common law Canada, the academic portion of this dual function is a relatively recent development, in that the integration of professional legal training into universities in the largest Canadian province—the Province of Ontario—was only fully achieved in the late 1960s (Arthurs, 1998, p. 16). It is this development which in turn allowed McGill to offer its own version of a recognized common law degree program (Macdonald, 1990, p. 302).¹⁸

Where the pedagogical concerns with McGill's curriculum arise, then, is largely in respect of this second, professional function that is now served by both Quebec and Canadian law schools. Specifically, concerns have been expressed with respect to the ability of integrated programs to provide students with the more practical foundations that they require to be properly integrated into the legal profession (Bédard, 2001, pp. 280-282). The addition of mandatory upper-year classes in advanced civil and common law topics appears to be designed in part to address these worries (Jukier, 2006, p. 179). As at least one proponent of the McGill program has argued, this requirement is meant to allow students to “examine more deeply and critically the understanding of the overall mentalities and methodologies of the two great occidental legal traditions” (Jukier, 2006, p. 179).

This particular argument suggests that the real concerns underlying the vocational adequacy of the McGill program may have less to do with the requirements of lawyering *per se* than they do with the capacity of the program to transmit legal culture—and specifically, the legal culture of the Province of Quebec. Implicit in the response given to the critique of vocational adequacy, then, is a recognition of what I have already noted above, namely the precarious position in which many authors believe Quebec civil law finds itself (Azard, 1963, pp. 7-8; Valcke, 1996, p. 114; Crépeau, 2005, p. 28). Indeed, Valcke in particular argues that even Quebec's ostensibly civilian law schools fail at their basic mission of imparting a truly “civilian” way of thinking about law upon their students (Valcke, 1995, p. 65).¹⁹ This sort of argument is even stronger in respect of McGill's integrated program. Thus, Bédard takes pains to note that the lack of insistence on doctrinal scholarship in the classroom—which she believes is an essential element of the civil law method—is compensated by the fact that these materials are often included on assigned reading lists (Bédard, 2001, p. 265).

In hindsight, these concerns have largely proven to be unfounded in McGill's particular case. Its integrated program appears by most metrics to be quite capable of fulfilling both of its academic and vocational functions, including the transmission of Quebec's particular civilian legal heritage. For example, graduates of the program have tended to perform fairly well

17 The requirements are different in Quebec and in common law Canada; accreditation in the latter is determined by the National Committee on Accreditation of the Federation of Law Societies of Canada, which among other things is charged with assessing the qualifications of applications who hold Quebec civil law degrees: see Federation of Law Societies of Canada (2017).

18 The oldest law school in Quebec is McGill's Faculty of Law, established in 1848; the second oldest is the law school at the Université Laval in Quebec City, which was established in 1852.

19 Of course, these law schools are only “civilian” when dealing with private law; the public law concepts that they teach are those of the common law, as these apply equally across Canada, including in Quebec.

on the Quebec bar entrance exams. This trend has been relatively consistent: in 2014-2015, 92.86% of its direct-entry students obtained a passing grade, giving McGill a second-place ranking among Quebec's six law schools (École du Barreau, 2015).²⁰ In 2013-2014, a somewhat lower proportion of its students passed the bar exams—91.23%—though this earned the school a first place ranking during that year (École du Barreau, 2014). Even in exceptional years like 2015-2016, where McGill's direct-entry students had the second lowest overall pass rate of any institution, that pass rate remained at a relatively impressive 87.18% (École du Barreau, 2016).

This being the case, the pedagogical concerns regarding the transmission of civilian legal culture may have less to do with the status of combined civil and common law training at McGill than they do with the potential for the replication of that program in Quebec's other law faculties. Like the university itself, McGill's law faculty has long been associated—for good or ill—with Quebec's Anglophone minority (Macdonald, 1990, pp. 232 & 304-305). In this sense, it is probably the best placed to provide added value to an integrated degree program, all the while justifying its decision to impose the mandatory curriculum on students as a way of exposing Anglophone students from outside of Quebec to that province's particular legal tradition. By contrast, Quebec's other law schools have a much different cultural identity. While exact numbers are not available, it is likely that most of their graduates will end up practicing law within Quebec, if they choose to practice at all. The decision to offer separate, suppletive degree programs allows these institutions to grant much more flexibility to their largely Quebec-bound students than is possible under McGill's integrated curriculum, including with respect to the study of law in different combinations of French and English,²¹ all the while preserving the core civilian character of their entry-level degree programs.

4. Explaining the Relative Appeal of Suppletive Common Law Programs

In the first part of this paper, I argued that Quebec law schools present two distinctive approaches to the teaching of multiple legal traditions, namely the integrated curriculum exemplified by McGill, and the separate, supplemental common law degrees offered by most other law schools with three-year civil law programs. Of the two approaches, I concluded that the second has been more prolific. Meanwhile, the McGill integrated model has been only partially replicated at one other institution, namely the University of Ottawa. In the second part of this paper, I then argued that the limited growth of the integrated approach could be attributed not only to practical difficulties related to its widespread implementation, but also to persistent concerns over the capacity of these programs to properly and consistently fulfill the vocational functions of a university-level legal education. As I further suggested, these concerns may be compounded in a jurisdiction like Quebec, where transmission of black letter legal knowledge is often viewed as essential to the survival of the province's particular legal tradition.

In the third and final part of this paper, I will turn to the relative advantages offered by separate, suppletive common law degree programs that are designed to complement legal

20 By "direct entry," I mean those students who did not take the six-month preparatory courses that are offered as an option for most students before entering Quebec bar school.

21 For example, the author took advantage of the University of Ottawa's more unique curricular offerings to complete most of his common law training in French, and most of his civil law training in English.

training already received in the civilian legal tradition. As I will argue, these advantages persist even as the move towards an integrated curriculum at McGill might have suggested their gradual replacement in favor of more innovative curricula. Not only are these suppletive programs easier to implement and maintain than their integrated analogues, but they also tend to be designed with largely vocational, rather than academic, objectives in mind. This makes suppletive programs particularly appealing to law faculties eager to attract those large numbers of law students and practicing lawyers who are looking for a legal education tailored to their particular professional needs, rather than to pursue the more properly academic objectives that McGill has also used as selling points for its integrated curriculum.

4.1. The practical advantages of suppletive common law programs.

Having outlined the practical limitations of integrated civil and common law programs above, I do not need to spend much more time on the relative advantages that separate, suppletive programs offer in this respect. However, there are a few more points that may be raised about the effects of an operative distinction between civil and common law programs beyond what has already been said—that is, beyond the challenges that this arrangement appears to have created for the implementation of integrated degree programs outside McGill. Specifically, I want to briefly suggest that there may instead be an *advantage* to keeping the administration of suppletive degree programs separate from that of the entry-level three-year degrees, particularly in those faculties where the presence of a second legal tradition is much more limited, and not necessarily tolerated to the same extent.

Even McGill itself has not been immune from the concerns that might favor separate degree program structures. As Nicholas Kasirer has related, some civilian professors at the university believed that the status—and purity—of education in the civil law might decline relative to that of the common law under an integrated degree program (Kasirer, 2002, p. 30). Once again, this desire to maintain the primary focus of legal education on Quebec civil law can simply be understood as reflecting an attachment to a particular, mostly francophone cultural identity.²² Rather than moving towards an integrated degree program like that of McGill, which would almost inevitably undermine that cultural identity by attracting students from elsewhere in Canada who hope to focus on the common law, offering suppletive degree programs thus allows students to separately broaden their horizons once their primary instruction in the civilian legal tradition is complete.

In many respects, these concerns about the preservation of Quebec's distinctive legal heritage once again echo the views expressed by those authors who believe that the primary purpose of legal education is the transmission of a form of culture—learning to “think like a lawyer,” which in this case largely means thinking like a *civil* lawyer, with a mode of reasoning that is closer to scientific inquiry—rather than a means of passing on a purely technical, black-letter understanding of the legal subject matter (Valcke, 1995, p. 78). The particular advantages that suppletive degree programs may offer in this context are thus less vocationally-oriented than they are aimed at achieving higher ideals.

²² That being said, it appears that some common law specialists on the McGill Faculty also opposed the move towards an integrated curriculum, and for reasons that largely mirrored those of their civilian colleagues.

At the same time, there remains a strong degree of compatibility between sectioning off common law training from the core civil law curriculum in order to preserve the integrity of the latter, on the one hand, and the marketing of suppletive common law degrees towards primarily vocational ends, on the other. Indeed, while full three-year civil law programs remain tied on this model to a one-size-fits-all curricular approach that is also implied in the mandatory nature of the McGill program, schools like the Université de Montréal, the Université de Sherbrooke, and even the University of Ottawa are free to tailor their suppletive degree programs to the more practical reasons that might motivate students to pursue training in a second legal tradition.

4.2. The perceived pedagogical advantages of suppletive common law programs.

As I have argued in Part II of this paper, the vocational aspect of legal education in Quebec may well explain McGill's continued emphasis on separate courses of study in common law and civil law topics in the upper years of its integrated program. These same pedagogical objectives appear to be pursued—rightly or wrongly—through those separate, suppletive common law degree programs like those now offered by the Université de Montréal and the Université de Sherbrooke, and can in turn be said to provide at least a *perceived* advantage that accounts for the continued proliferation of this program structure.

The major advantage that these latter two programs offer in this respect, however, is that they are more broadly consistent than even the upper year choices offered at McGill with the model outlined by some scholars, according to which students are perceived to be best positioned to determine the actual content of their professional needs (Arthurs, 1998, pp. 20-21 & 31; Valcke, 2005, pp. 497-498). Valcke in particular has even noted that McGill's integrated degree program “bucks the trend” towards a consumer model legal education (Valcke, 2005, p. 494). This focus may in turn largely explain why most of Quebec's law schools have opted to offer suppletive common law degree programs in the first place—and why these programs have proliferated even as McGill's move towards an integrated curriculum might have been expected to call their relative value into question.

Of course, even proponents of McGill's approach at least partially justified the move towards an integrated curriculum on the basis that it would offer its graduates a strong vocational advantage over those not trained in both the civil and common law traditions (Morissette, 2002, p. 17; Kasirer, 2002, pp. 30-31). I do not really wish to challenge the merits of that argument here, particularly as I am largely inclined to agree with it in many respects. Nonetheless, the suppletive degree model at least *appears* to be more vocationally inclined than the integrated curriculum, simply because it offers students a greater degree of control over their legal education. Following this model, the choice to undertake further training beyond an entry-level law degree belongs to the students, many of whom will undoubtedly—though of course, not necessarily—make their decision on the basis of their belief that knowledge of a second legal tradition—the common law—will actually further their career objectives.

Accordingly, one might expect the curriculum of a suppletive common law degree program to be focused less on high principle, and more on the formal foundations and black letter of the common law than is the case with McGill's integrated program. These expectations are largely borne out in the way that the programs present and market themselves—regardless of whether that marketing is actually reflected in practice. Thus, McGill presents its integrated

program as a “transsystemic” one that focuses on the comparative learning of—and dialogue between—the civil and the common law (McGill University Faculty of Law, 2017d).

By contrast, the suppletive common law degree programs offered by other Quebec law schools introduce students to the common law on precisely the grounds that the McGill program ostensibly seeks to avoid—that is, on the basis that the common law underlies most of the positive law in the rest of Canada and in the United States (University of Ottawa Common Law Section, 2017a; Université de Montréal, 2017b; Université de Sherbrooke, 2017). This is why these suppletive programs are almost invariably structured in the manner set out in Part I of this paper, with one course devoted to the formal foundations of the common law, and the rest covering core private law subjects in the common law tradition. The underlying idea is that students already have knowledge of basic civilian principles and black letter legal concepts, and now come to complete their training by focusing primarily on what’s *different* about the common law.²³ That this approach presents strong comparative dimensions is thus undeniable, though the objectives being pursued through this form of comparative inquiry remain fundamentally different on the whole from those that animate McGill’s integrated curriculum.

This sort of pragmatic emphasis on difference, rather than the common principles that underlie both civil and common law—and perhaps even all legal traditions—may be particularly useful in a number of relatively specialized professional settings. In the context of the University of Ottawa program, for example, many graduates aspire to work in the Canadian federal public service—which, it should be noted, operates primarily in the federal capital, Ottawa. There, graduates of suppletive programs gain a particular advantage when dealing with federal legislation that operates both bilingually and bijurally, meaning that it interacts in both English and French with provincial laws that may be based on either of the common law or civil law traditions (Gaudreault, 2006, p. 205; Touchette, 2002, p. 126).²⁴ This has proven to be especially true in distinct practice areas such as federal taxation and bankruptcy and insolvency (Vauclair & Tassé, 2003; Duff, 2009). Accordingly, legislative drafters and lawyers involved in the law-making process must confront particular challenges presented by Quebec’s distinctive civilian private law heritage—a relatively recent realization that the federal Parliament has since decided to tackle head-on with a series of harmonization statutes.²⁵

With these sorts of professional uses of comparative law in mind, it can thus be argued that a separate education in multiple legal systems offered through suppletive degree programs serves a fundamentally different purpose than the comparative components of McGill’s integrated curricula. Where the context requires it, suppletive degree programs may be particularly useful as a means of offering targeted training that allows students to learn a second legal tradition and—perhaps just as importantly—the manner in which that tradition is actually

23 That the program focuses primarily on differences is almost necessarily implied by the separate and *suppletive* nature of the legal curriculum used in these programs: they are meant to fill a particular gap in knowledge, though the student is presumed to be perfectly capable of working as a lawyer in Quebec or in other civilian jurisdictions without that knowledge.

24 Under Canada’s *Constitution Act, 1867*, power over private law matters is largely left to provinces, but the federal Parliament retains legislative power over a number of legislative subjects that intersect with private law issues: see *Constitution Act, 1867*, s 91, 92.

25 These are the *Federal Law-Civil Law Harmonization Act, No. 1*; *Federal Law-Civil Law Harmonization Act, No. 2*; and *Federal Law-Civil Law Harmonization Act, No. 3*.

applied in a particular jurisdiction. Of course, it remains to be seen whether existing suppletive degree programs in Quebec actually live up to these objectives in practice.

5. Conclusion

As I have argued above, McGill's transition away from separate common law and civil law programs and towards a single, integrated curriculum has had a relatively modest impact on the overall approach to the teaching of multiple legal systems in Quebec law schools. Indeed, only one school—the University of Ottawa—has introduced an integrated program of its own, and it has done so all the while maintaining separate, suppletive one-year programs in the common and civil law designed for students already trained in the other legal tradition. Meanwhile, the number of such one-year suppletive programs offering training in the common law has proliferated, with both the Université de Montréal and the Université de Sherbrooke now offering their own particularly focused versions of this separate curriculum to complete their existing three-year civil law programs.

That being said, the reasons for the proliferation of these suppletive programs, and the comparatively limited growth of integrated curricula based on the McGill model, are more difficult to ascertain. As I have suggested, some of these reasons are undoubtedly practical. Above all, it is difficult to hire faculty capable of dispensing courses in more than one legal tradition, let alone in two traditions at the same time. Faculty members may also feel threatened by the integration of law programs, especially when the focus of their research lies in Quebec civil law, a legal system and tradition whose existence they feel may be undermined by the presence of another, more dominant legal tradition. Indeed, this threat may be perceived all the more acutely given that Quebec's public law—and hence the public law curriculum of its law schools—is already rooted in that other tradition.

At the same time, the move towards a mandatory integrated curriculum—as McGill has done—also presents challenges of a more substantive nature. For one, ongoing concerns about the capacity of integrated programs to transmit knowledge of black letter law—regardless of whether these concerns are actually founded—become relevant as students attempt to make choices that will direct the course of their future development. This is particularly true in that the suppletive common law degree programs are marketed with largely vocational goals in mind, and therefore focus primarily on the teaching of black letter legal principles. McGill's integrated curriculum, by contrast, can be understood as a primarily intellectual project with ancillary vocational objectives. While McGill's already high standing and historically anglophone culture may attenuate vocationally-related concerns and allow it to attract qualified students from outside of Quebec to its particular integrated program, it is not so clear that other Quebec law schools can afford to make the same leap of faith.

REFERENCES

- Arthurs, H. W. (1998). The political economy of Canadian legal education. *Journal of Law and Society*, 25, 14-32.
- Arthurs, H. (2005). Madly off in one direction: McGill's new integrated, polyjural, transsystemic law programme. *McGill Law Journal*, 50, 707-720.
- Azard, P. (1963). Le droit québécois, pièce maitresse de la civilisation canadienne-française. *Cahiers de droit*, 5, 7-11.
- Bédard, J. (2001). Transsystemic teaching of law at McGill: "Radical Changes, Old and New Hats". *Queen's Law Journal*, 27, 237-297.
- Charter of the French Language*, CQLR, c C-11.
- Constitution Act*, 1867 (UK), 30 & 31 Victoria, c 3.
- Costonis, J. J. (2002). The Louisiana State University Law Center's bijural program. *Journal of Legal Education*, 52, 5-11.
- Crépeau, P.-A. (2005). Une certaine conception de la recodification. In S. Lortie, N. Kasirer, & J.-G. Belley (Eds.), *Du Code civil du Québec*. Montreal: Les Éditions Thémis.
- Duff, D. G. (2009). Canadian bijuralism and the concept of an acquisition of property in the Federal Income Tax Act. *McGill Law Journal*, 54, 423-462.
- École du Barreau. (2014). *Formation Professionnelle 2013-2014 Taux de réussite par provenance universitaire* [Web page]. Retrieved from http://www.ecoledubarreau.qc.ca/media/cms_page_media/127/statistiques-universite-2013-2014.pdf
- École du Barreau. (2015). *Formation Professionnelle 2014-2015 Taux de réussite par provenance universitaire* [Web page]. Retrieved from http://www.ecoledubarreau.qc.ca/media/cms_page_media/127/statistiques-universite-2014-2015.pdf
- École du Barreau. (2016). *Formation Professionnelle 2015-2016 Taux de réussite par provenance universitaire* [Web page]. Retrieved from http://www.ecoledubarreau.qc.ca/media/cms_page_media/127/stats-univ-2015-16.pdf
- Federal Law-Civil Law Harmonization Act*, No. 1, SC 2001, c 4.
- Federal Law-Civil Law Harmonization Act*, No. 2, SC 2004, c 25.
- Federal Law-Civil Law Harmonization Act*, No. 3, SC 2011, c 21.
- Federation of Law Societies of Canada. (2017). *National Committee on Accreditation (NCA)*. [Web page]. Retrieved from <https://flsc.ca/national-committee-on-accreditation-nca/>

- Gaudreault, M.-C. (2006). Canadian legislative bijuralism: An expression of legal duality. *Commonwealth Law Bulletin*, 32, 205-219.
- Glenn, H. P. (2005). Doin' the transsystemic: Legal systems and legal traditions. *McGill Law Journal*, 50, 863-898.
- Jukier, R. (2005). Where law and pedagogy meet in the transsystemic contracts classroom. *McGill Law Journal*, 50, 789-808.
- Jukier, R. (2006). Transnationalizing the legal curriculum: How to teach what we live. *Journal of Legal Education*, 56, 172-189.
- Jukier, R. (2011). Inside the judicial mind: Exploring judicial methodology in the mixed legal system of Quebec. *Journal of Comparative Law*, 6, 54-69.
- Kasirer, N. (2002). Bijuralism in law's empire and in law's cosmos. *Journal of Legal Education*, 52, 29-41.
- Kasirer, N. (2003). Legal education as *métissage*. *Tulane Law Review*, 78, 481-501.
- Macdonald, R. A. (1990). The National Law Programme at McGill: Origins, establishment, prospects. *Dalhousie Law Journal*, 13, 211-363.
- Macdonald, R. A., & MacLean, J. (2005). No toilets in the park. *McGill Law Journal*, 50, 721-787.
- McGill University Faculty of Law. (2016). *Course offerings 2016-2017* [Web page]. Retrieved from http://www.mcgill.ca/law-studies/files/law-studies/sao_courseofferings_may25_2016-2017.pdf
- McGill University Faculty of Law. (2017a). *BCL/LLB Combined program* [Web page]. Retrieved from <https://www.mcgill.ca/law-admissions/undergraduates/programs/bachelor>
- McGill University Faculty of Law. (2017b). *BCL/LLB Required and complementary courses* [Web page]. Retrieved from <http://www.mcgill.ca/law-studies/undergrad-programs/bachelor/courses>
- McGill University Faculty of Law. (2017c). *Faculty members* [Web page]. Retrieved from <http://www.mcgill.ca/law/about/profs>
- McGill University Faculty of Law. (2017d). *Undergraduate academic programs in law* [Web page]. Retrieved from <https://www.mcgill.ca/law-admissions/undergraduates/programs>
- Morissette, Y.-M. (2002). McGill's Integrated Civil and Common Law Program. *Journal of Legal Education*, 52, 12-28.
- Osgoode Hall Law School. (2017). *Juris Doctor/Bachelor of Civil Law* [Web page]. Retrieved from <http://www.osgoode.yorku.ca/prospective-students/jd-program/jd-admissions/joint-combined-programs/jd-bcl/>

- Osgoode Professional Development. (2017). *LLM in Canadian Common Law* [Web page]. Retrieved from <http://www.osgoodepd.ca/graduate-programs-and-courses/specializations/canadian-common-law/>
- Popovici, A. (2002). Droit comparé et enseignement du droit. *Revue juridique Thémis*, 36, 803-811.
- Pue, W. W. (2005). Educating the total jurist? *Legal Ethics*, 8, 208-221.
- Réaume, D. G. (2001) Rethinking the Laissez-Faire Law Curriculum: Fostering pluralism and interdisciplinarity (Unpublished).
- Règlement sur la formation professionnelle des avocats*, RLRQ, c B-1, r 14.
- Touchette, J. (2002). Le bijuridisme canadien: coexistence de deux systèmes juridiques institutionnels. *Revue générale de droit*, 32, 117-130. Université de Moncton.
- (2017a). *Programmes d'études* [Web page]. Retrieved from https://www.umoncton.ca/umcm-droit/node/9?table=1&lien=1&campus_select=moncton&faculte_select=3&departement_select=&campus_id=&programmes_id=67
- Université de Moncton. (2017b). *Juris Doctor (pour titulaire de la licence en droit civil)* [Web page]. Retrieved from http://www.umoncton.ca/umcm-droit/node/9?table=1&lien=1&campus_select=moncton&faculte_select=3&departement_select=&campus_id=&programmes_descriptions_id=82
- Université de Montréal. (2017a). *Experts en : Common law* [Web page]. Retrieved from <http://droit.umontreal.ca/recherche/expertises-de-recherche/experts/ex/Common%20law/>
- Université de Montréal. (2017b). *Juris Doctor Common Law nord-américaine — Présentation* [Web page]. Retrieved from <https://admission.umontreal.ca/programmes/juris-doctor-common-law-nord-americaine/presentation/>
- Université de Montréal. (2017c). *Juris Doctor Common Law nord-américaine — Structure du programme* [Web page]. Retrieved from <https://admission.umontreal.ca/programmes/juris-doctor-common-law-nord-americaine/structure-du-programme/>
- Université de Sherbrooke. (2017). *Diplôme de 2^e cycle en common law et droit transnational (Juris Doctor) — Présentation* [Web page]. Retrieved from <https://www.usherbrooke.ca/admission/programme/542/diplome-detudes-superieures-specialisees-de-2e-cycle-en-common-law-et-droit-transnational-juris-doctor/>
- University of Ottawa. (2017). *Deans* [Web page]. Retrieved from <https://www.uottawa.ca/about/governance/deans>
- University of Ottawa Civil Law Section. (2017). *Programs of study* [Web page]. Retrieved from <http://droitcivil.uottawa.ca/en/civil-law-uottawa/programs-of-study/programme-national>

- University of Ottawa Common Law Section. (2017a). *JD National Program* [Web page]. Retrieved from <https://commonlaw.uottawa.ca/en/students/programs/jd-national-program>
- University of Ottawa Common Law Section. (2017b). *JD National Program admissions criteria* [Web page]. Retrieved from <https://commonlaw.uottawa.ca/en/students/programs/jd-national-program/admissions-criteria>
- University of Ottawa Common Law Section. (2017c). *J.D. Programme National* [Web page]. Retrieved from <https://commonlaw.uottawa.ca/fr/etudiants/programmes/jd-programme-national>
- University of Ottawa Common Law Section. (2017d). *Programme de droit canadien* [Web page]. Retrieved from <https://commonlaw.uottawa.ca/en/students/programs/combined-programs/programme-droit-canadien>
- University of Ottawa Common Law Section. (2017e). *Programs leading to the juris doctor* [Web page]. Retrieved from <https://commonlaw.uottawa.ca/en/students/programs/overview#juris-doctor>
- Valcke, C. (1995). Legal education in a mixed jurisdiction: The Quebec experience. *Tulane European & Civil Law Forum*, 10, 61-140.
- Valcke, C. (1996). Quebec civil law and Canadian federalism. *Yale Journal of International Law*, 21, 67-121.
- Valcke, C. (2005). Comparative legal education in Canada. *Revue juridique Thémis*, 39, 483-505.
- Van Hedel, H. (2007). Towards a European *ius commune*—What lessons can we learn from Quebec's mixed legal system? *European Review of Private Law*, 15, 685-706.
- Van Praagh, S. (2005). Navigating the transsystemic: A course syllabus. *McGill Law Journal*, 50, 701-706.
- Vauclair, A., & Tassé, L. (2003). Civil law and common law balanced on the scales of Thémis: The example of the *Bankruptcy and Insolvency Act*. *Revue juridique Thémis*, 37, 5-17.

CUARTA SECCIÓN

EL «REGRESO»: VIAJES, TRASPLANTES Y FLUJOS JURÍDICOS

POLÍTICA ECONÓMICA Y TRASPLANTES LEGALES: EL CASO DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS EN EL PERÚ*

*Roger Merino***

1. Introducción

Las perspectivas estructuralistas y funcionalistas del derecho comparado han constituido una renovación del estudio, comprensión y enseñanza del derecho. Mientras el estructuralismo ha complejizado el entendimiento de los elementos que conforman el sistema jurídico y sus interacciones (Sacco, 1991, pp. 343-401), el funcionalismo ha hecho hincapié en los fines económicos y sociales de las instituciones jurídicas y las técnicas para identificar la similitud de soluciones que se dan en diversos regímenes legales (Zweigert y Kötz, 1998, p. 43).

Estas perspectivas no están en contradicción en lo esencial, y han sentado las bases para comprender al derecho comparado como una técnica para identificar problemas de divergencia interna dentro de los sistemas, así como para identificar y trasplantar «buenas prácticas» internacionales. De esta manera, este campo se convierte en el espacio para arquitectos institucionales que pueden clasificar órdenes legales de acuerdo con estándares e indicadores globales definidos de manera apolítica y proponer reformas basadas en los sistemas hegemónicos de turno, productores de conocimiento, normas e instituciones.

En buena cuenta, no se trata solo de la comparación de normas, sino de procesos y mecanismos institucionales, por lo que estamos en realidad ante un «derecho y política comparados», que es visto de forma distinta según cada disciplina. Para los politólogos que hacen política comparada, el derecho es un elemento más dentro de su marco de comparación. Para los comparatistas legales, las políticas públicas ensanchan el conocimiento de lo jurídico. Así, para ambos, el derecho como sistema de normas es, al mismo tiempo, «fetichizado» y minimizado. Es «fetichizado» porque cuando se habla, por ejemplo, de escuelas como Derecho y Desarrollo o Derecho y Economía en realidad se plantea una visión según la cual «el derecho» o un tipo de «derecho» específico es equivalente al «desarrollo» o a un modelo económico «eficiente» (formalizar la propiedad privada, promocionar el libre comercio, etc.) y, a su vez, es minimizado porque el derecho es la superficie de un sistema institucional más complejo que incluye relaciones sociales, culturales y políticas, pero que, al fin y al cabo, es comprendido de manera despolitizada, es decir, sin considerar las relaciones de poder que las conforman y transforman.

El derecho y la política comparados también pueden ser abordados desde una perspectiva crítica que considere los procesos de transformación legal a través de un análisis de la coloni-

* Parte de este artículo ha sido publicado en Merino (2008).

** Profesor e investigador de la Escuela de Posgrado de la Universidad del Pacífico (Lima, Perú). Ha sido Visiting Scholar (2016) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard (Instituto de Derecho y Política Global). Es Ph.D. en Ciencias Sociales y Políticas por la Universidad de Bath, Reino Unido, donde obtuvo el grado de Máster (M.Sc.) en Políticas Públicas Internacionales y Globalización. También ha obtenido el Máster (M.Sc.) en Derecho Comparado, Economía y Finanzas por la Universidad Internacional de Turín, Italia y el Máster (Mg.) en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (ra.merino@up.edu.pe).

zación, dominación poscolonial y, en fin, de las relaciones de poder vigentes en los contextos de producción y recepción normativa. Desde esta perspectiva, se cuestiona justamente la despolitización de la técnica y diseño legal basado en indicadores y estándares globales como un estado natural de «evolución legal e institucional». Un componente esencial de esta perspectiva crítica tiene que ver con las teorías de la circulación de modelos legales, importación o trasplantes jurídicos. En este ensayo, se van a discutir las diferentes perspectivas sobre esta teoría a partir de la evolución de la política económica del Perú en la era neoliberal y el neoliberalismo inclusivo, con especial énfasis en el caso de las Asociaciones Público-Privadas (APP).

Es necesario señalar que no es objeto de este estudio entrar en los detalles técnicos de estos esquemas contractuales, sino comprender cómo se enmarcan en una perspectiva más general de circulación de modelos legales. Este ensayo tampoco se enfocará en visiones de larga duración como aquella de las tres globalizaciones propuesta por Duncan Kennedy (2006), en la cual se ve la difusión del pensamiento legal asociado al Estado liberal, al Estado social y al Estado neoliberal (p. 21). El periodo histórico materia de análisis comprende ciertos hitos que han transformado y vienen transformando el actual sistema legal peruano, como las reformas estructurales (Consenso de Washington) y el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos en el contexto neoliberal, o el proceso de adscripción a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y los decretos para acelerar el dinamismo económico en el actual contexto de neoliberalismo inclusivo. El objetivo final del trabajo es, a partir del análisis del caso de la política económica del Perú, presentar una crítica de las teorías usuales de la circulación de modelos jurídicos y hacer una propuesta para una comprensión más profunda de este fenómeno.

2. La política de la reforma legal y la teoría de circulación de modelos legales

El proceso de reforma legal es abordado en el derecho comparado a través de teorías que explican la difusión y evolución de modelos legales, fenómeno que es denominado de manera diversa: imitación, importación/exportación, préstamo, trasplante, injerto, recepción, convergencia/divergencia, entre otras formas (Örücü, 2000, pp. 12-13). Estas diferentes perspectivas pueden poner énfasis en los centros de producción o en los centros de recepción de modelos e instituciones jurídicas (López, 2004, pp. 415-457). El primer grupo tiene como premisa identificar el paradigma hegemónico, el cual se reputa como intrínsecamente universal y, por lo tanto, trasplantable. Por ejemplo, se señala que el pensamiento legal alemán fue hegemónico entre los años 1850 y 1900; el pensamiento legal francés, desde 1900 hasta la década de los treinta; y el pensamiento legal norteamericano lo es desde después de 1950 (Dezalay y Bryant, 2001, p. 250). Pero ¿a qué se debe la hegemonía?

El estructuralismo en la comparación jurídica, desarrollado por la escuela turinesa de Rodolfo Sacco, explica la circulación de modelos sobre la base de la fuerza o el prestigio (Sacco, 1992, p. 148). La fuerza se da, por ejemplo, en las experiencias en las que hubo conflictos armados y se ha impuesto un determinado sistema jurídico. Así, por ejemplo, el derecho francés en las colonias africanas francesas o el derecho soviético en los países que fueron adscritos a la URSS por medio de la fuerza. Más recientemente, un claro ejemplo podría ser la imposición del modelo de democracia representativa en Irak. Por el contrario, la circulación sobre la base del prestigio se da cuando un modelo jurídico se vuelve líder por méritos intelectuales propios y llega así a ser considerado por los estudiosos de otras experiencias jurídicas. Por ejemplo,

el Código de Napoleón también circuló sobre la base del prestigio, fue la fuente del Código Civil italiano y español del siglo XIX, y de muchos códigos latinoamericanos. Por su parte, el Código Civil alemán (BGB) ha tenido una influencia notable hasta la actualidad. Su prestigio ha hecho que el modelo sea tomado como referencia en experiencias tan disímiles como la japonesa y la portuguesa.

Sacco, sin embargo, no problematiza la noción de prestigio, solo diferencia entre la regla ligada a una elección política y la regla políticamente neutra. Así, afirma que la regla políticamente neutra circula más libremente pues es difundida por el prestigio de la cual goza (Sacco, 1992, p. 148). Además, la atención se funda en el ordenamiento hegemónico que podrá tener poderío militar o intelectual, pero no se analizan las razones efectivas por las cuales el grupo de poder del país receptor toma tal o cual modelo. De esta manera, las visiones estructuralistas no hacen mucho hincapié en la naturaleza de la intervención de los actores receptores del modelo ni explican adecuadamente las razones del «prestigio».

La teoría de los trasplantes legales de Alan Watson, por su parte, pone más énfasis en los contextos de recepción. Los modelos son seleccionados más por lo atractivo que les parece a los operadores del derecho que por el contenido, es decir, no porque encarnan determinados valores, sino porque son fácilmente accesibles o utilizables. Por ello, los cambios en los sistemas legales no son un producto autóctono de la sociedad, sino que son producto de los trasplantes legales: la reforma legal se produce porque la regla extranjera fue conocida por aquellos quienes controlan la elaboración del derecho, la élite de los «cultores del derecho», quienes han reconocido el aparente beneficio que podría derivar de ella. De esta forma, los trasplantes son realizados por circunstancias idiomáticas, culturales o simplemente por el placer intelectual que lleva al grupo privilegiado a trasplantar determinados modelos (Somma, 2006, pp. 544-545).

Al igual que la tesis de Watson, las perspectivas funcionalistas ponen énfasis en los contextos de recepción, particularmente en los hacedores de política (*policy-makers*) como arquitectos institucionales, que no son solo los «cultores del derecho», sino élites profesionales de técnicos, expertos en el diseño político y legal. Los funcionalistas, como regla metodológica, trabajan sobre la premisa de que en el derecho las únicas cosas que son comparables son las que realizan la misma función (Kötz, 1999, p. 755). Por ello, proponen una presunción de similitud de soluciones prácticas, la que vale para todos los campos del derecho con excepción de aquellos influenciados por concepciones políticas y morales específicas, como serían el derecho de familia y sucesiones. En suma, el derecho es generalmente considerado como «neutral» o técnico (Zweigert y Kötz, 1998, p. 45). Ello permite proponer teóricamente una «equivalencia funcional» de las soluciones similares en todos los ordenamientos jurídicos.

Más profundamente, esta orientación se funda en una idea arraigada desde los comienzos del derecho comparado: la existencia de culturas jurídicas «civilizadas» que deberían tener soluciones similares a cuestiones técnicas como la economía. Ello desemboca en la idea de que las culturas jurídicas «inferiores» deben seguir a las «superiores» en la elaboración de su sistema jurídico para poder ser parte del mundo moderno. Bajo estas premisas, la labor del comparatista sería encontrar las soluciones prácticas más idóneas, desembarazándolas de su contexto. Perspectivas funcionalistas contemporáneas como aquella de los «orígenes legales» parten incluso explícitamente de esta premisa (Merino, 2014, p. 937).

En dicho contexto, cuando se trata de legitimar el pensamiento dominante, se presenta una lectura funcional-estructuralista (Somma, 2004, p. 190) según la cual los modelos cir-

culan si tienen éxito sobre el «mercado de la cultura jurídica» o si sobreviven a un «proceso competitivo» dirigido a seleccionar las construcciones legales asumidas como las más idóneas para resolver determinados problemas: se trata de la teoría de la competencia de ordenamientos jurídicos. Esta teoría se funda en la idea de que el propósito último del derecho comparado es encontrar las mejores normas jurídicas (De Geest, 2006, p. 19). Así, las normas compiten para atraer inversionistas y, en tal competencia, la más eficiente será preferida (Zumbansen, 2005, p. 1097).

Las teorías mostradas constituyen un análisis de los contextos de recepción y producción de modelos legales que pretenden ser apolíticos y neutrales, pero que, en el fondo, legitiman perspectivas ideológicas desde un punto de vista evolucionista. Esto se debe a que el derecho comparado dominante busca distanciarse de la política y pretende tener una labor de erudición o búsqueda de conocimiento en lugar de asumir abiertamente un rol en la toma de decisiones públicas (Kennedy, 2003, pp. 345-433). Sin embargo, ambos contextos han sido objetos de cuestionamientos de fondo que se enmarcan en perspectivas que puedan englobarse en lo que se denomina «comparación crítica» (Frankenberg, 2016, p. 229; Merino, 2012, p. 46; Örüci, 2000, p. 10).

Por ejemplo, si el derecho es el producto de una élite relativamente aislada de preocupaciones sociales, ¿por qué no criticar a esta élite de juristas que gobierna sin legitimación? (Monateri, 1999, p. 32). Para Monateri, mediante este proceso los agentes nacionales de la importación luchan por el poder local a través del prestigio y la legitimación de las ideas foráneas. No obstante, no solo se importarían ideas foráneas sino también la ideología del sistema prestado, lo que demostraría que la circulación de modelos no es una elección libre, sino que constituye de por sí un proceso ideológico (Graziadei, 2009, p. 723; Dezalay y Bryant, 2001, p. 249). Siguiendo el camino de Monateri, se podría concebir al derecho comparado como una herramienta crítica para desenmascarar las estrategias culturales que dan forma a los discursos jurídicos dominantes (Costantini, 2005, p. 4). De esta manera, el prestigio asociado a un determinado modelo es difícilmente un rasgo intrínseco, ya que es frecuentemente el derivado lógico de una cartografía del mundo que se pretende promocionar. Frente a ello, la comparación tiene la potencialidad de recomponer los datos en un nuevo escenario: descompone la estructura y proyecta la ideología (Costantini, 2005, p. 8).

Otras perspectivas críticas que ponen énfasis en los centros de recepción son desarrolladas por Pierre Legrand y Alessandro Somma. Estas perspectivas, que se enfocan en el resultado más que en el proceso de trasplante, podrían ser catalogadas como nihilistas, al negar la posibilidad real de realizar trasplantes legales. Para Legrand, una regla posee necesariamente una dimensión cultural, por lo que es inconcebible la importación de un texto respetando el patrimonio hermenéutico consolidado en el sistema exportador. Los trasplantes jurídicos serían así imposibles en cuanto el significado no puede ser trasplantado. Al ser imposible realizar un trasplante legal en términos reales, las culturas jurídicas serían inconmensurables. Incluso los críticos de la posición de Legrand admiten la certeza de sus postulados: «inconmensurabilidad/incomparabilidad vienen de la idea, “en sí” correcta, de que las reglas legales son inteligibles fuera de su contexto cultural e institucional donde han sido concebidas, estos contextos que coinciden con una mentalidad colectiva, no son conmensurables entre ellos» (Gambaro, 2004, p. 1542).

Por esa razón, Legrand tiene una postura crítica acerca de la instrumentalización del derecho al servicio de una agenda internacional de armonización, integración, uniformización, unificación o globalización, pues estos programas de racionalización discursiva configurarían el «derecho» como un «metaderecho», queriendo situarlo fuera del espacio y el tiempo. En contra de ello, este autor critica cómo el derecho está siendo envuelto en proyectos ideológicos que aparentemente han condenado a los intérpretes (Legrand, 2006, p. 525). Si bien el modelo del capitalismo transnacional pretende un colapso de la cultura en lo económico, este también produce las condiciones para el surgimiento de puntos de contestación que se presentan como alternativas a las prácticas de la globalización (Legrand, 2006, p. 528).

Somma (2005) también tiene un acercamiento nihilista de la comparación por dos razones: comparte con Legrand la negación de la posibilidad de los trasplantes jurídicos, pues el ordenamiento importador adquiere una porción de derecho diversa valorativamente de la que tenía el exportador y, además, niega la validez de una teoría de la circulación de modelos jurídicos, pues esta solo se basa en narrar neutralmente una realidad cuya hegemonía es variable por factores políticos y económicos, y no analiza la esencia de la hegemonía actual. Por ello, propone analizar la «disociación entre técnicas y valores», es decir, entre los conceptos contenidos en el discurso en torno al derecho y la estructura social que con ellos se pretende promover. De esta manera, se plantea una aproximación hermenéutica capaz, por un lado, de evidenciar cómo los discursos en torno al derecho son constitutivos de la realidad jurídica y, por otro lado, de sacar a la luz el uso que el poder hace de similares discursos y, con esto, las características del contexto que ellas pretenden crear o conservar.

Finalmente, Ugo Mattei (2003) presenta críticas de fondo a los «contextos de producción legal». Para Mattei, después de la Guerra Fría se ha establecido un derecho imperial, cuya circulación no se explica con las teorías de los trasplantes legales que tradicionalmente se basan en el prestigio y la fuerza. En primer lugar, el sistema no es solo un plan de *policy-makers* locales, pues en el capitalismo occidental y su periferia tanto los actores económicos transnacionales como organismos financieros globales influyen en la creación del derecho (Kennedy, 2006, p. 19). Así, la recepción toma lugar no solo por la iniciativa de quienes reciben los nuevos modelos, sino también por aquellos quienes los proponen (Ajani, 1995, p. 97). En ese sentido —a diferencia de la tesis clásica de los trasplantes legales—, se afirma que la oferta y la demanda de los modelos legales es regulada no solo por los técnicos, sino también por las decisiones políticas y económicas que gobiernan las relaciones internacionales. De esta manera, mientras la fuerza explica las reglas del imperialismo/colonialismo al realizarse por medio de la imposición militar, y el prestigio plantea una elección libre, en realidad lo que se da muchas veces es una imposición mediante la negociación, en el sentido de que aceptar un modelo legal es parte de un sutil chantaje (*blackmail*), la amenaza de no lograr el desarrollo económico. Muchos países han sido persuadidos de cambiar su derecho de acuerdo con estándares occidentales para acceder al mercado internacional y mantener una economía viable. Externamente, el modelo se legitima como el más eficiente y el que llevará al desarrollo; internamente, el modelo amenaza a los posibles receptores con el subdesarrollo si es que no se sigue determinada orientación ideológica.

Hasta aquí, se han observado las críticas a los centros de producción y recepción legal e institucional y a los momentos de formulación y de implementación de los trasplantes.

Monateri y Mattei hacen hincapié en la labor de los agentes receptores y productores que determinarán la recepción de un modelo, analizando sus intereses, condicionamiento e ideología. Por su parte, Legrand y Somma analizan el objeto materia de importación, negando la posibilidad de que en los hechos se realice un verdadero trasplante. Estos estudios son muy relevantes para entender los fundamentos de la circulación de modelos jurídicos; sin embargo, al enfocarse en los contextos de recepción o de producción legal, tienden a obviar la relación de complementariedad que existe entre ambos contextos y que plantea una nueva dinámica para la comprensión del fenómeno de la reforma legal.

3. Gobernanza tecnocrática en el Perú neoliberal (1990-2017)

En los años noventa, la reforma política y legal en el Perú fue impulsada por la política de ajuste estructural del Consenso de Washington, que fue auspiciada por el Banco Mundial para resolver los agudos problemas económicos que sufría el país. Así, se privatizan las principales empresas públicas; se desmantela el sistema nacional de planeamiento estratégico y el sistema provisional público; se promueve la participación privada en la prestación de servicios públicos, para lo cual se flexibilizan estándares en materia de educación, salud y transporte; se implementa la flexibilización laboral; y se inicia un proceso agresivo de concesión de recursos naturales a empresas transnacionales. Todo ello, a la par de la constitución de «islas de eficiencia» gobernadas por una tecnocracia emergente en instituciones reputadas como prioritarias, tales como el Banco Central de Reserva, la Superintendencia Nacional de Banca y Seguros y la Superintendencia de Administración Tributaria, y se crea, además, como agencia de competencia, el Instituto de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

El discurso fundamental era el «orden económico», para lo cual el gobierno autoritario de Alberto Fujimori era completamente funcional y se autolegitimaba en la necesidad de diseñar e implementar el marco constitucional y legal de la nueva política económica. Por ello, se aprueba una nueva Constitución Política (1993) que enfatiza el principio de subsidiaridad, la santidad de los contratos y los contratos ley, además de que se expiden 1400 decretos de urgencia (Wiese y Saravia, 2014) que, según la Constitución, tienen carácter excepcional y se refieren a materias financieras y económicas frente a situaciones sociales extraordinarias. También se utilizaron decretos legislativos (potestad de legislar delegada por el Congreso al Ejecutivo) para el impulso a la inversión y el establecimiento del régimen de estabilidad jurídica de las inversiones (Decretos Legislativos N^{os} 662, 674, 757 y 758), y se sistematizó la normativa sectorial que había generado el auge de las concesiones a través del Texto Único Ordenado de Concesiones (Decreto Supremo N^o 059-96-PCM). En el plano de las ideas jurídicas, la élite legal comienza a difundir el análisis económico del derecho con un fuerte componente neoclásico y libertario que justifica y promueve aún más las políticas neoliberales.

En la década del dos mil se produce una profunda reforma política y de gestión pública que incluye nuevas normas de competencia política en el contexto del retorno de la democracia, legislación en materia de transparencia y participación ciudadana, y el inicio del proceso de descentralización. Sin embargo, en el plano económico solo hubo un cambio de retórica, no de fondo. El discurso pasó del «orden económico» al «chorreo» (traducción poco elegante del término *trickle-down*), que generaría de forma natural el crecimiento económico beneficiando a los más pobres. En la academia jurídica se difunden propuestas cada vez más radicales, que

incluyen privatizar el Poder Judicial (Bayly y Pasquel, 2003, p. 316), privatizar por completo la educación (Solis y Bayly, 2003, p. 255), los animales en vías de extinción (Pasquel, 2006, p. 69), el mar (Gheri, 1998, p. 147), permitir la venta de productos vencidos o en mal estado (Bullard, 1996, p. 112), suprimir el control de las cláusulas contractuales abusivas (Bullard, 2003, p. 512; Patrón, 2001, p. 145), eliminar institutos como la lesión contractual, la excesiva onerosidad de la prestación, el abuso de derecho y la buena fe contractual (Bullard, 2001, p. 232), entre otros. Además, la tecnocracia que había emergido en los noventa se consolida en el nuevo milenio, muchos de estos funcionarios con estudios en universidades estadounidenses y fuertes conexiones con el mundo empresarial nacional e internacional. En estos años, la política económica en materia de concesiones se refuerza a través de la Ley N° 28059, Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada (2003), que promueve la inversión a nivel subnacional.

En este contexto económico-legal, y ya bajo la presidencia de Alan García, se suscribe el Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos. Luego de la celebración de este Acuerdo, el Perú se vio obligado a modificar su normativa en aras de crear un marco normativo adecuado para facilitar el intercambio comercial. De esta manera, mediante la Ley N° 29157, el Congreso delegó al Ejecutivo facultades para legislar sobre diversas materias relacionadas con el mencionado Acuerdo Comercial, por lo que se promulgaron 98 decretos legislativos, muchos de los cuales tuvieron una fuerte oposición, como aquellos que debilitaban la propiedad de comunidades nativas y campesinas o la protección de los recursos forestales. Otros decretos fueron menos discutidos, como la nueva regulación sobre prácticas anticompetitivas, competencia desleal, arbitraje, modificaciones sustanciales al Código Procesal Civil, a la Ley General del Sistema Concursal, a la Ley de Conciliación, a la Ley de Derechos de Autor, entre muchas otras; todo ello fundándose en la necesidad imperiosa del «crecimiento económico». Dentro de estos cambios normativos es particularmente importante el Decreto Legislativo N° 1012, que consolida y fomenta las APP para el desarrollo de infraestructura pública y servicios públicos. Es también importante recordar el uso excesivo que este Gobierno hace de los decretos de urgencia, con un total de 383, varios de los cuales facilitaban proyectos de inversión para infraestructura (Wiese y Saravia, 2014).

Además, si bien el crecimiento económico fue sostenido durante la primera década del año 2000, el bienestar macroeconómico no se reflejaba en el bienestar microeconómico. Aunque la pobreza monetaria disminuye, la inequidad se conserva y aumentan los conflictos sociales asociados al desarrollo de grandes proyectos de inversión. Es por ello que el presidente Ollanta Humala llega al poder de la mano de fuerzas de izquierda con un nuevo discurso: la «inclusión social». Sin embargo, aunque implementó distintas medidas de carácter social, como la consulta previa a los pueblos indígenas y varios programas sociales, la política económica seguía manteniendo la preeminencia de la eficiencia y la maximización de riqueza de actores privados sobre el rol protector del Estado respecto del bienestar colectivo. Asimismo, se inicia el proceso de adscripción a la OCDE y se realizan estudios sobre los problemas del Estado peruano y las buenas prácticas internacionales. A la par de la elaboración de estos estudios y con la intención de combatir la «tramitología» (o excesivos trámites que limitan el desarrollo empresarial), este Gobierno emite cinco paquetes de medidas de reactivación económica (denominados «paquetes ambientales»). Todos tienen como común denominador la flexibilización de los estándares ambientales con incidencia directa en los derechos de los pueblos indígenas, patrimonio

cultural e institucionalidad en el sector ambiente¹. De otro lado, es en este Gobierno que se aprueba el Decreto Legislativo N° 1224 que propone un marco normativo unificado para la promoción de la inversión privada mediante APP.

Durante el gobierno de Pedro Pablo Kuczynski², el discurso consistió principalmente en la idea del «destrabe» y la necesidad de modernizar el Estado para poder ser miembro de la OCDE. Apenas iniciado, el Gobierno pidió facultades al Congreso para legislar y emitió un total de 112 decretos legislativos. Dentro del grupo de decretos referidos a la «reactivación económica y formalización», los Decretos Legislativos N°s 1293 y 1336 promueven la formalización de la pequeña minería y minería artesanal; el Decreto Legislativo N° 1333 simplifica el acceso a predios para proyectos de inversión priorizados para la ejecución de obras de infraestructura de interés nacional y de gran envergadura; el Decreto Legislativo N° 1272 modifica la Ley del Procedimiento Administrativo General, limitando la capacidad fiscalizadora de la administración; y el Decreto Legislativo N° 1310 crea el «Análisis de Calidad Regulatoria», que busca eliminar procedimientos administrativos innecesarios, pero cuyo análisis dependería de una comisión liderada por el Ministerio de Economía y Finanzas y no por los sectores especializados. En este marco se aprueba, además, una nueva norma sobre APP (Decreto

1 El «primer paquetazo ambiental» (que comprende los Decretos Supremos N°s 054-2013-PCM, 060-2013-PCM y la Ley N° 30025) flexibiliza los procedimientos administrativos sobre protección del patrimonio cultural arqueológico y el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, y reduce los estándares de los instrumentos de gestión ambiental al eliminar el procedimiento de clasificación del proyecto por la significancia del impacto. El «segundo paquetazo ambiental» (que comprende la Ley N° 30230, cuya constitucionalidad se encuentra bajo discusión en el Tribunal Constitucional (conforme el Exp. N° 0003-2015-AI/TC) establece procedimientos especiales de entrega de tierras destinados a proyectos de inversión con preeminencia sobre los derechos de los poseedores; además, limita la capacidad sancionadora del OEFA (se suspende por 3 años la posibilidad de establecer multas al regular «un procedimiento sancionador excepcional solo activado en caso de que la infracción persista y no se adopten medidas de remediación o correctivas, supuesto en el cual el OEFA solo podrá imponer el 50 % de la multa de la infracción, y solo en el caso de que conlleve afectación a la salud pública se aplicará el 100 % de su valor», y reduce las competencias del Ministerio del Ambiente para crear Zonas Reservadas. El «tercer paquetazo ambiental» (Decreto Supremo N° 001-2015-EM) debilita a las Asambleas Comunales (máximo órgano representativo de las comunidades campesinas) para facilitar la toma de decisiones sobre la enajenación de sus tierras. El «cuarto paquetazo ambiental» (Ley N° 30327) «flexibiliza los procedimientos ambientales y facilita el acceso a tierras rurales para los proyectos de inversión mediante servidumbres, derechos de vía y expropiaciones». Finalmente, mediante el «quinto paquetazo ambiental» (Decreto Legislativo N° 1192 y Decreto Legislativo N° 1210) se busca normalizar los procedimientos de expropiación, restando su carácter excepcional con el fin de incrementar las expropiaciones a partir de la declaratoria de necesidad pública.

2 Kuczynski asumió la presidencia del Perú en julio del año 2016. En el marco de las investigaciones sobre corrupción, se identificó que la empresa brasileña Odebrecht realizó un pago ascendiente a USD 782 000 en favor de Westfield Capital, consultora privada de propiedad de Kuczynski, por servicios de «asesoría» en un lapso temporal en el que ocupó los cargos de premier y ministro de Economía del gobierno de Alejandro Toledo (2004-2006). Tras un primer intento de vacancia fallido, y en el marco de acusaciones por la compra de votos de congresistas ante un segundo pedido de vacancia por «incapacidad moral», Kuczynski renunció el 21 de marzo del año 2018, un día antes de que se discutiera el referido segundo pedido de vacancia en su contra.

Legislativo N° 1251) que busca agilizar procesos y reformar la gobernanza de ProInversión, la entidad responsable de esta materia.

Mientras las normas emitidas en el momento neoliberal se basan en el Consenso de Washington (Fujimori) y el Tratado de Libre Comercio con los EE. UU. (García), se podría argumentar que los gobiernos de Humala y Kuczynski entran a una etapa de «neoliberalismo inclusivo» en el sentido de que las políticas nacionales (y globales), sin contrariar los fundamentos de la política económica de libre mercado, realizan ciertos ajustes redistributivos y se proyectan como una posición ecléctica en la que los motores económicos y la inclusión social pretenden confluir. El contexto del momento neoliberal inclusivo en el Perú tiene como característica una mayor inversión en programas sociales y en la política educativa, así como el surgimiento de la institucionalidad intercultural y ambiental, políticas que conviven de manera conflictiva con los intentos por insertar «buenas prácticas» de la OCDE para profundizar la simplificación administrativa, la aceleración económica y el destrabe de inversiones.

Hay algunos puntos en común en todos los casos: la mayoría de cambios normativos relevantes se dan por influencia de actores externos (Consenso de Washington, TLC, OCDE), pero también por discursos internos auspiciados por el mundo empresarial (orden económico, «chorreo», crecimiento económico, tramitología, destrabe). Los cambios más relevantes en materia económica se realizan sin una adecuada deliberación política, pues se expiden por decretos legislativos y decretos de urgencia emitidos por el Poder Ejecutivo, por lo que quien termina legislando es esa tecnocracia apolítica fuertemente vinculada con el mundo empresarial y constituida por élites económicas que diseñan normas y políticas que enfatizan el valor de la eficiencia. Se observa, pues, que los contextos de recepción y producción legal e institucional aparecen totalmente conectados.

Tabla 1

Determinantes de los principales cambios legales en la política económica

Paradigma	Gobierno	Principal fuente legal	Discurso interno	Influencias externas
Neoliberal	Fujimori	Constitución/ Decretos Legislativos/ Decretos de Urgencia	Orden económico	Consenso de Washington
	Toledo	Ley / Decreto Legislativo / Decreto Supremo	«Chorreo»	Post Consenso de Washington
	García	Decretos Legislativos/ Decretos de Urgencia	Crecimiento económico	TLC
Neoliberalismo inclusivo	Humala	Decretos Legislativos / Decretos Supremo	Inclusión social / tramitología	OCDE
	Kuczynski	Decretos Legislativos / Decretos Supremos	Destrabe / tramitología	OCDE

Nota: Elaboración propia.

4. La política del legislador tecnocrático: el caso de las APP

Como se ha visto, la política económica vigente en el Perú y su arquitectura legal tienen casi 30 años. Este modelo, fundado en un consenso entre las élites políticas, tecnocráticas y empresariales, ha conseguido resultados macroeconómicos destacados por organismos internacionales (OCDE, 2015, pp. 137-160), pero, al mismo tiempo, profundos problemas de conflictividad social, inestabilidad política y corrupción (Amnistía Internacional, 2017, pp. 354-356). El saldo de las últimas tres décadas deja un presidente en la cárcel por delitos de lesa humanidad y corrupción (Alberto Fujimori, quien gobernó entre 1990 y el 2000), un presidente con orden de captura internacional por delitos de corrupción y lavado de activos (Alejandro Toledo, quien gobernó entre el 2001 y el 2005) y los últimos tres presidentes actualmente investigados o asociados por la ciudadanía a actos ilegales o de beneficio de intereses privados, incluyendo el actual presidente de la República.

Estos actos están asociados al marco legal de los contratos de concesión y las APP. Los casos más emblemáticos y que abarcan el espectro político de los últimos Gobiernos incluyen el de la Carretera Interoceánica-IIRSA Sur³, la Línea 1 del Tren Eléctrico⁴ y el Gaseoducto Sur Peruano (GSP)⁵.

-
- 3 La construcción de la Carretera Interoceánica es parte del proyecto regional Integración de Infraestructura Regional Sudamericana (IIRSA), en el que participan «12 países de la región con el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), de la Corporación Andina de Fomento (CAF) y del Fondo Financiero para el Desarrollo de la Cuenca del Plata (Fonplata)» (Dourojeanni, M. J., 2006, p. 6). El Corredor Vial Interoceánico Sur comprende cinco tramos. En agosto del 2005, se suscribieron los contratos de concesión de los tramos 2, 3 y 4, mientras que los tramos 1 y 5 se suscribieron en octubre del 2007. El proceso de concesión estuvo a cargo de ProInversión a través del esquema de Asociación Público Privada y concurso de proyectos integrales (en los términos del Decreto Legislativo. N° 758). En el año 2005, la Contraloría de la República advirtió a ProInversión que la empresa Odebrecht no podía obtener la buena pro por tener un proceso judicial abierto; sin embargo, en enero del 2006, con la promulgación de la Ley N° 28670 se permitió que la referida constructora pueda ejecutar las obras. Además, mediante el Decreto Supremo N° 235-2010-EF (noviembre del 2010), se aprueba la operación de endeudamiento externo entre el Estado peruano y la CAF hasta por la suma de USD 200 000 000.00, destinada a financiar las obras del proyecto (Pari, 2016, p. 67).
 - 4 Incluimos a la Línea 1 del Tren Eléctrico pues, si bien se otorgó bajo el marco normativo de concesiones de obras públicas de infraestructura y no de APP, en el 2007 el Consejo Directivo de Proinversión acordó incorporar este proyecto al proceso de promoción de la inversión privada y supervisarlo (en lugar de la Municipalidad Metropolitana de Lima). La Línea 1 del Metro es un sistema de viaducto elevado que recorre la ciudad de Lima del sur al noreste. En la realización de este proyecto, se evidenciaron irregularidades en los costos alcanzados por contratos y adendas, así: (i) el tramo 1 de la Línea 1 se contrató por el valor de USD 410 205 001.38 con precios de abril del 2009. Sin embargo, tuvo como costo final, al momento de su liquidación, USD 519 127 951.46, lo que significó USD 108 922 950.08 adicionales, es decir, un aumento del 26.56 % del valor inicial. (ii) En el caso del tramo 2 de la Línea 1, se contrató por el valor de USD 583 480 359.96 con precios de julio del 2011. Pero tuvo como costo final, al momento de su liquidación, USD 885 154 813.16, lo cual significa USD 301 674 453.2, es decir, un aumento del 51.70 % del valor inicial (Pari, 2016, p. 161). Lo anterior fue posible gracias a «un marco legal que creaba un proceso especial, paralelo a la Ley de Contrataciones del Estado [en] la modalidad de Concurso Oferta a precios Unitarios, con la finalidad de entregar al consorcio ganador de la buena pro la elaboración del Expediente Técnico, así como también la ejecución de la obra de infraestructura. Además, entregaba el poder para decidir sobre aumentos a través de adendas o adicionales de obras era realizada sin necesidad de la opinión de la Contraloría» (gracias al Decreto de Urgencia N° 032-2009) (Pari, 2016, p. 161-162).
 - 5 Este proyecto consta de un sistema de ductos que tiene como fin transportar gas natural y líquidos asociados al sur del Perú. El GSP es adjudicado bajo la modalidad de Asociación Público Privada (junio del 2014). De acuerdo con el contrato, la concesionaria es responsable por el diseño, financiamiento, construcción suministro de bienes y servicios, explotación de los bienes de la concesión,

Es importante mencionar que la promesa tecnocrática para tener un Gobierno no solo más eficaz, sino más transparente y menos corrupto, se basa en la premisa de que, si «queremos reducir la corrupción, debemos reducir al Gobierno» (Becker, 1995, p. 26). Según esta idea, si se reducen las regulaciones que ponen «trabas» al emprendimiento, se eliminaría el *rent seeking* o la búsqueda de favores del Gobierno por parte de las empresas. El resultado de esta premisa no ha sido alentador para el Perú. Es cierto que puede existir corrupción en cualquier régimen político y económico, pero ello no es óbice para cuestionar los mecanismos concretos que la han facilitado y su relación con la arquitectura legal del modelo económico. Veamos brevemente el ejemplo concreto de las APP, a las cuales se las ha denominado como el «caballo de Troya» (Miraftab, 2004, p. 89) y la «nueva religión» (Minow, 2003, p. 1237) de la agenda global para el desarrollo económico.

En el Norte Global, las APP fueron impulsadas en los ochenta por la administración de Thatcher en el Reino Unido y Reagan en Estados Unidos como la estrategia principal para el desarrollo urbano y cuyos objetivos eran los de reducir los gastos del Gobierno, sus áreas de responsabilidad y eliminar supuestas ineficiencias del sector público (Miraftab, 2004, p. 90). Todo ello, en el marco de la hegemonía de la ideología de mercado como el mejor remedio para la gobernanza en lugar de los valores públicos (Minow, 2003, p. 1246; Custos y Reitz, 2010, p. 576). En los noventa, se consolidan los *Public Private Partnerships* en Reino Unido como parte del programa de reformas denominado *Private Finance Initiative*, que tenía como finalidad “modernizar las infraestructuras públicas recurriendo a la financiación privada” (Moreno, 2012, p. 90). En ese sentido:

[L]os contratistas ya no vendían los activos que han construido, sino que se convertían en proveedores de servicios a largo plazo para la Administración o para los usuarios. Su filosofía consistía en evaluar con el criterio del *value for money* las diversas opciones de financiación, pública o privada, de cada uno de los proyectos que se licitaban, de tal manera que el sector privado asumía los riesgos que sea capaz de gestionar con mayor eficiencia. (Moreno, 2012, p. 90)

Hoy en día se entiende a las APP como un esquema contractual «entre el Gobierno y entidades del sector privado, con el objetivo de entregar un proyecto y su servicio, el que tradicionalmente ha sido provisto por el sector público» (Alborta *et al.*, 2011, p. 9). En un proyecto

operación, mantenimiento y transferencia de estos al Estado, al término del plazo del Contrato (34 años). Este proyecto se da en el marco de una legislación de hidrocarburos que otorgó mayores incentivos a las empresas, flexibilizando las condiciones exigidas en la inversión, eliminando la obligación de abastecer el mercado interno y autorizando la libre disponibilidad de divisas (Ley de Actualización de Hidrocarburos del 2000; Decreto Supremo N° 031-2003-EM del 2003). (Recuperado de Merino, 2018, p. 35) Luego, «ProInversión encargó a la consultora internacional Wood Mackenzie Ltd. la elaboración de los costos de inversión» y operación «en un horizonte de 30 años», y se estableció el valor referencial en USD 3 643 000 000.00, lo que fue aprobado por el Comité en Seguridad Energética de ProInversión. No obstante, el citado Comité, en junio del 2014, aprobó un Límite Máximo del Costo del Servicio de USD 7 800 000 000.00, sin aparente sustento técnico que justifique el incremento. La licitación comenzó en febrero del 2013 y terminó en «junio del 2014 con la entrega de la buena pro al único postor: Consorcio Gasoducto Sur Peruano, integrada por Inversiones en Infraestructura de Transporte de Ductos S. A. C, empresa del Grupo Odebrecht y ENAGAS Internacional S. L. U., con una propuesta de USD 7 328 654 511.00» (Pari, 2016, p. 381).

de infraestructura tradicional, las empresas no brindan financiamiento y actúan sobre las especificaciones y autorizaciones de la agencia pública. Los contratistas involucrados en las fases de planeamiento, diseño y construcción del proyecto trabajan bajo contratos separados y típicamente coordinan con el Estado más que entre ellos. En las APP, la parte privada asume más responsabilidades puesto que la entidad pública selecciona y contrata a una empresa para que brinde servicios para varias necesidades, ya sea para un proyecto específico o una licencia de largo plazo para operar un segmento de la infraestructura. La empresa no solo se responsabiliza del financiamiento y la construcción, también puede acordar la gestión y mantenimiento de la infraestructura. En particular, en las APP de infraestructura de transporte la operación otorga a la empresa la recuperación de los costos de la construcción, al igual que el pago a los inversionistas a través del cobro de tarifas o peajes a los usuarios, o pagos del Gobierno. La agencia pública supervisa la ejecución de la empresa y regula otros aspectos del acuerdo, incluyendo el mantenimiento, el establecimiento de tarifas y la aprobación del diseño de ingeniería (Lacina, 2009, p. 663).

En las últimas dos décadas, los Gobiernos del Sur Global han ido adoptando este modelo, lo que ha sido promovido, además, por organismos internacionales y donantes bilaterales y multilaterales, incluyendo el Banco Mundial, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID, por sus siglas en inglés) (Miraftab, 2004, p. 94; Delebayo, 2013, p. 9). Sin embargo, los propios especialistas del Banco Mundial han señalado que en América Latina los analistas y reformadores fueron demasiado optimistas respecto de la capacidad de las reformas y la regulación para blindar las transacciones de la influencia política, y de la idoneidad para América Latina de modelos de desarrollo pensados para redes de infraestructura madura en países industrializados (Lacina, 2009, p. 664).

En efecto, las preocupaciones recurrentes sobre el uso de las APP se refieren al comportamiento de gestión; la efectividad, eficiencia y desempeño económico; la rendición de cuentas; la transparencia; la legitimidad; y los valores públicos (Reynaers y Parrado, 2016, p. 269). Estos grandes temas se ven reflejados en problemas concretos de complejidad administrativa y sobrecostos para la Administración (frente al endeudamiento directo y obra pública), la menor transparencia financiera, la corrupción y el hecho de que estos esquemas podrían hipotecar los presupuestos futuros (Moreno, 2012, p. 89). Aunque se señala que estos problemas podrían evitarse con una mejor estructuración del contrato (McKinlay, 2012, p. 1321), existen una serie de estudios que revelan serias discrepancias entre la aparente panacea de las APP y sus consecuencias reales. En el contexto de las amplias inequidades socioeconómicas y complejos procesos de descentralización en los países del Sur Global, donde los Gobiernos usualmente no tienen ni la voluntad ni la habilidad para intervenir eficazmente en estos procesos, las empresas se acercan a los Gobiernos locales y sus comunidades empobrecidas prometiendo desarrollo y un equitativo reparto del poder económico y social, pero una vez que el contrato se ejecuta los intereses de la comunidad a menudo son sobrepasados por aquellos de los miembros más poderosos de la asociación: las empresas transnacionales (Miraftab, 2004, p. 93).

El problema de fondo es que existe una contradicción conceptual en el rol que se espera del Estado en estos procesos. Mientras que las APP pretenden configurar una repartición equitativa de riesgos y beneficios entre el Estado y la empresa, no se tiene en cuenta que para ello se requiere un rol regulatorio fuerte, y que la descentralización usualmente viene acompañada de

desregulación para promover la participación del sector privado. Estas cuestiones de contexto y las relaciones de poder en el marco de los procesos de APP no son abordadas por la literatura especializada, la cual es mayormente descriptiva y se limita a mostrar la logística y tipología de las APP, ignorando cuestiones más profundas como sus implicancias distributivas (Miraftab, 2004, p. 98). En el Perú, particularmente, no se discute cómo la intervención efectiva del Estado para lograr APP equitativas requiere un Estado fuerte y democrático que use su poder institucional, legislativo y financiero para equilibrar el campo de juego para todas las partes, regulando las relaciones de poder desigual. Y es que estos problemas no se pueden abordar simplemente enfocándonos en el planeamiento técnico y la ejecución contractual, como la literatura usualmente señala. Los detalles del contrato, aunque muy importantes, no pueden por sí mismos asegurar un proceso y resultado más equitativo. Una particular atención se debe poner al ambiente social, económico, cultural y político. El más grande contexto de política pública al final determina la voluntad del Estado y su capacidad de intervenir con una agenda redistributiva y llevar un proceso de alianza justo (Miraftab, 2004, p. 98).

Es más, una crítica sustentada en estudios de caso muestra cómo los problemas de las APP surgen en contextos donde no existen marcos jurídicos sólidos. Al respecto, se señalaba cómo la legislación peruana en comparación con la de Chile o Brasil era dispersa y laxa (Akitoby *et al.*, 2007, p. 12). Hoy en día contamos con un nuevo marco normativo⁶, pero las críticas al procedimiento de APP se mantienen y entre ellas destacan el lanzamiento de proyectos prematuros (Guasch, 2017), los insuficientes límites y controles para la renegociación y establecimiento de adendas (Contraloría General de la República, 2015, p. 153), el carácter no vinculante que tiene la opinión del organismo regulador, la inclusión de actores privados en el Consejo Directivo de ProInversión (entidad encargada de supervisar estos procedimientos), entre otros (Campodónico, 2017, p. 5).

Una perspectiva crítica del derecho y política comparados podría dar algunas luces para analizar los problemas asociados al modelo de APP, al brindarnos un marco general para comprender cómo este y otros modelos claves para la política económica han sido importados por las élites locales. En primer lugar, debemos comprender el impacto de este fenómeno en la teoría legal. Las APP se fundamentan en la necesidad de que las empresas asuman tareas que para los Gobiernos serían demasiado complejas, intensas en capital, o riesgosas para llevar a cabo solos. De esta forma, se permite al Estado limitar sus gastos y riesgos, mientras que la empresa puede contribuir con su *expertise* y capital en la operación de un proyecto que promete ingresos suficientemente altos como para absorber los riesgos asumidos. Así, cada parte asume tanto funciones de derecho público como de derecho privado (McKinlay, 2012, p. 1317).

Como puede observarse, este proceso coincide con el declive de la división entre lo público y lo privado en la teoría legal. Esta distinción se formuló en el discurso legal del siglo XIX como resultado de dos fenómenos que nacen en Europa: el surgimiento del Estado nación y su soberanía y la teoría de los derechos naturales; ambos buscaron concretar un nuevo orden jurídico-político para superar el feudalismo y la monarquía. Esta división se consolidó en los

6 Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante APP y Proyectos en Activos (Decreto Legislativo N° 1224, modificado por el Decreto Legislativo N° 1251); Política Nacional de Promoción de la Inversión Privada en Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos (Decreto Supremo N° 077-2016-EF); Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224 (Decreto Supremo N° 410-2015-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 068-2017-EF).

siglos posteriores, cuando los juristas buscaron preservar la integridad del llamado sistema neutral y apolítico del derecho privado frente a las tendencias redistributivas del Estado de Bienestar y sus regulaciones (Custos y Reitz, 2010, p. 563). Paradójicamente, esta tensión ideológica ha llevado a la confusión de las fronteras conceptuales entre lo público y lo privado con la caída del Estado de Bienestar y el desplazamiento del derecho público como la forma dominante del derecho por parte del derecho privado. Además, esto es promovido desde las mismas entrañas del Estado a partir de los años ochenta y noventa por el paradigma de la «nueva gestión pública», que plantea usar los métodos y técnicas del sector privado en la gestión gubernamental (Custos y Reitz, 2010, p. 563). Es también paradójico cómo hoy gran parte de la crítica a las APP persiste en la distinción entre lo público y lo privado; distinción que, aunque debilitada, aún se mantendría vigente. Es así que se afirma que de todos los problemas que tienen las APP, el más serio tiene que ver con la necesidad de extender los valores del derecho público (Custos y Reitz, 2010, p. 576).

En segundo lugar, es preciso comprender las consecuencias de este cambio ontológico en la percepción del derecho, en la producción normativa asociada a la política económica. Un elemento fundamental para comprender este proceso es el fenómeno de la captura. La captura del Estado, que en general se concibe como la situación en la que las políticas de los Gobiernos están profundamente influenciadas por el poder político de los actores privados (Fairfield, 2015, p. 27; Omelyanchuk, 2001, pp. 2-8), se empezó a discutir en la literatura académica como «captura regulatoria» (Bernstein, 1955, pp. 164-187; Stigler, 1971, p. 5; Sabatier, 1975, pp. 309-310; Peltzman, 1976, p. 225), proceso en el cual el regulador termina actuando de acuerdo con los intereses de la industria regulada, lo que es particularmente grave en contextos de gran inequidad social como América Latina y el Perú en particular, donde la captura produce también profundos impactos ambientales y sociales (Durand, 2016, p. 95). Asimismo, se ha planteado la noción de «captura de los puestos públicos» (Merino, 2013, p. 154), que acontece por la existencia de un sistema de «puerta giratoria» que legitima los procesos de ingresos temporales a la carrera pública por parte de funcionarios del sector privado con agendas e intereses muchas veces distintos del interés público (Makkai y Braithwaite, 1992, p. 64; Levine y Forrence, 1990, p. 169).

A partir de un diálogo con estas perspectivas, planteamos un marco conceptual sobre la «captura de la legalidad», pues el término «captura regulatoria» presupone un marco institucional neutral, que ubica el problema solo en la actuación de los agentes reguladores, mientras que la visión más amplia de captura del Estado tiende a conceptualizar al Estado como una entidad uniforme y compacta, sin comprender a cabalidad sus procesos internos y diferenciados de negociación política en el proceso de formación de las leyes. La «captura de la legalidad» que planteamos busca analizar estos procesos internos de producción normativa, así como la influencia externa en ámbitos sectoriales relacionados con el desarrollo económico.

Así, en la sección anterior, observamos cómo la legalidad ha sido fundamental en el desarrollo del modelo económico. Lo interesante para nosotros es analizar el proceso de producción de ese marco legal, teniendo como base las discusiones de la primera sección de este trabajo. No hay duda, pues, que para conocer la forma de producción de leyes es fundamental estudiar los procesos de importación o trasplantes legales, que legitiman la arquitectura legal. Como vimos, las perspectivas críticas sobre la circulación de modelos legales diferencian entre los contextos de recepción y los contextos de producción normativa. Sobre los primeros, la

crítica se dirige a una élite de juristas que gobierna sin legitimación (Monateri, 2001, p. 9) y que no solo importa modelos legales, sino también esquemas mentales e ideológicos (Dezalay y Garth, 2001, p. 250). Sobre los contextos de producción legal, se critica el derecho imperial (Mattei, 2003, pp. 383-448) establecido a través de la gobernanza global liderada por organismos financieros internacionales (Kennedy, 2006, p. 22; Ajani, 1995, pp. 93-117) y cuya importación no podría explicarse en términos de fuerza (asociada a situaciones de imperialismo/colonialismo), ni prestigio (que implica elección libre). En realidad, lo que se da muchas veces es una imposición mediante la negociación, en el sentido de que aceptar un modelo legal es parte de un sutil chantaje, una amenaza de no lograr el desarrollo económico.

Esta investigación entra en diálogo y discusión con estas perspectivas y plantea que el énfasis en los contextos de recepción o de producción legal tiende a minimizar la relación de complementariedad que existe entre ambos contextos y cómo en la práctica tienden a convertirse en un solo espacio de construcción legal. A lo largo de los años, la reforma legal en el Perú ha pasado de ser un trabajo de los «cultures del derecho» y las élites legales a estar en manos de la tecnocracia y expertos que regulan sobre la base de indicadores globales (McGrogan, 2016, p. 405) como el índice del Doing Business del Banco Mundial y las «buenas prácticas internacionales» de la OCDE. En el Perú, los indicadores no solo legitiman discursos políticos, sino también constituyen la base de las reformas legales. Por ejemplo, las medidas de flexibilización de la fiscalización del derecho administrativo o el «destrabe» tienen como fundamento aumentar el crecimiento económico y mejorar en el índice del Doing Business. El derecho comparado se convierte así en una técnica de diseño normativo e institucional para alcanzar esos objetivos mediante el desarrollo de «buenas prácticas». De esta forma, este discurso apolítico esconde una agresiva política de cambio sobre la base de dogmas universalistas de eficiencia y progreso.

Pero la política de los indicadores es objeto de serias críticas. Los indicadores globales generan preocupaciones de carácter político y metodológico al subestimar la diversidad entre países (McInerney-Lankford, 2010, p. 15) y carecer de un análisis basado en evidencia (Satterthwaite, 2012, p. 253-54), lo que significa que las evaluaciones discrecionales prevalecen sobre una evaluación cuidadosa y contextualmente sensitiva. Es más, como una tecnología para la gobernanza global, los indicadores globales presumen un sistema de conocimiento que es hegemónico y raramente sujeto a escrutinio, a pesar de su rol crítico en la distribución de poder (Engle, 2013, p. 584). Por ejemplo, los índices sobre derechos más comprehensivos en el mundo son el *Rule of Law Index* del World Justice Project, y el *Freedom in the World Index* del *Freedom House*, pero estos son índices de percepción (construidos por encuestas llenadas por expertos) y enfatizan derechos civiles clásicos. Un índice internacional más específico es el *Gender Inequality Index*, pero se enfoca en tres componentes: salud, empoderamiento y mercado de trabajo (UNDP, 2015, p. 205), razón por la cual el Perú aparece como poseedor de un «alto grado de desarrollo humano» relacionado con la equidad de género, a pesar del alto número de casos de violencia sexual que existe en el país.

En este escenario, así como la línea divisoria entre el derecho público y privado se diluye, los contextos de producción y de recepción o, dicho en otras palabras, la distinción entre lo global y lo local, se convierte en un solo gran espacio de producción normativa donde las relaciones de poder se retroalimentan. La élite tecnocrática es global y local al mismo tiempo, y mecanismos como la puerta giratoria o la captura regulatoria muestran cómo los *policy-makers* pasan de ser consultores o funcionarios de empresas transnacionales o instituciones financieras

globales, a ministros de Estado, altos funcionarios o expertos para la reforma legal. Es preciso realizar más estudios de campo para comprender a cabalidad este fenómeno, pero desde ya se observa cómo la producción normativa de las APP y otros mecanismos para la aceleración económica se sustentan en una élite tecnocrática que tiene un pie en el sector público y otro en el sector privado. Este conocimiento puede ser muy útil en términos técnicos, pero el afán de despolitización y la poca comprensión de las dinámicas locales por parte de las élites muchas veces llevan a soluciones legales problemáticas o abiertamente injustas. Es por ello que antes que limitarse a un trabajo sobre la técnica legislativa, el derecho comparado podría dar un aporte mucho más valioso si es que ausculta la ideología trasplantada con el modelo importado. Una ideología que a veces inserta de manera directa las «recomendaciones de política» de la tecnocracia sobre la base de la imitación de modelos foráneos, y otras veces incluso desborda el modelo mismo y nos convierte en «más papistas que el papa» (Spector, 2008, p. 135), y pocas veces es contestada teniendo en cuenta el contexto económico y social y la necesidad de experimentación e innovación institucional (Rodrik, 2009, p. 39).

5. Consideraciones finales

El derecho comparado hoy es usado principalmente como una técnica para la arquitectura jurídico-institucional. En ese sentido, la disciplina en realidad puede entenderse como «derecho y política comparados». Comparar los elementos legales en su contexto institucional e identificar «buenas prácticas internacionales» implica necesariamente comprender y proponer reformas más ambiciosas que la mera solución legal. Se trata de procesos de cambio institucional que van de la mano con perspectivas desarrollistas para la reingeniería institucional.

En este escenario, la teoría de la circulación de modelos jurídicos que enfatiza los contextos de recepción o de producción normativa, incluso en sus vertientes críticas, requiere una renovación para poder brindar un mejor entendimiento sobre el cambio institucional. En primer lugar, el papel de las élites legales y los «cultores del derecho» ha sido tomado por los *policy-makers* que incluyen expertos legales, pero también economistas y politólogos. En segundo lugar, los contextos de producción y recepción hoy se diluyen gracias a las redes globales. Así como el derecho asociado a la política económica es público y privado al mismo tiempo, la tecnocracia es a la vez nacional y global.

¿El derecho comparado, en este contexto, solo puede ocupar el rol de técnica legal? El derecho y política comparados tiene la potencialidad de ser una herramienta fundamental para la crítica social, un mecanismo para deslegitimar estructuras legales diseñadas e implementadas de manera poco democrática. En el Perú, los decretos que configuraron y refuerzan la actual política económica, aprobados bajo los discursos de «orden económico», «chorreo», «crecimiento económico» y «destrabe de inversiones», demuestran cuánto se requiere de una evaluación crítica del gobierno de la tecnocracia, más allá de analizar la coherencia de la técnica del trasplante legal (coherencia interna, cumplimiento de indicadores, etc.). Esta evaluación crítica debe abarcar la técnica, pero también los valores que se pretenden promocionar, por ejemplo, el análisis comparado debe permitir cuestionar la necesidad de eficiencia y rapidez de los proyectos por encima de la participación democrática en su formulación. Debe cuestionar la flexibilización de estándares de protección como garantía de desarrollo cuando se profundiza las desigualdades y tensiones sociales a raíz de esa flexibilización. En fin, la idea de que los

fundamentos teóricos, metodológicos y resultados esperados de la tecnocracia, los expertos y sus herramientas de gestión no pueden ser disputados.

Estas reflexiones pueden contribuir a entender el diseño legal de la política económica en general y las APP en particular, en donde lo público y lo privado, lo global y lo local, se confunden en la producción normativa. Así, se terminan configurando esquemas legales en los que predomina el interés privado o, en el mejor de los casos, el conflicto de interés, limitando el rol de control y fiscalización del Estado, así como su función de equilibrar los intereses de los inversionistas con aquellos de la ciudadanía y, más bien, abriendo la posibilidad de la configuración de actos de corrupción. Es por ello que el problema está más allá de situaciones de corrupción específicas, pues tiene que ver con la naturalización de un sistema legal que en cierta medida las ha normalizado. Y es que hoy la gran corrupción no busca defraudar la ley, busca «ser la ley» y para «ser la ley» invierte en campañas políticas, medios de comunicación y *think tank* de expertos en la reforma legal. Este problema no se enfrenta, entonces, solo con la identificación y sanción de los corruptos, sino con la reestructura de los marcos regulatorios de ámbitos tan diversos como la competencia política, la contratación pública, las alianzas público-privadas y los grupos de interés, pero, sobre todo, mediante una auto crítica respecto a cómo los procesos de reforma legal se desarrollan muchas veces sin participación democrática ni legitimidad social.

REFERENCIAS

- Ajani, G. (1995). By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe. *The American Journal of Comparative Law*, 43(1), 93-117.
- Akitoby, B., Hemming, R., y Schwartz, G. (2007). Inversión pública y asociaciones público-privadas. *Temas de Economía*, (40), 1-23.
- Alborta, G., Stevenson C., y Triana, S. (2011). *Asociaciones público privadas para la prestación de servicios. Una visión hacia el futuro* (IDB-DP-195). Washington: BID.
- Amnistía Internacional. (2017). *La situación de los derechos humanos en el mundo* (Informe 2016/17). Londres: Amnistía Internacional.
- Bayly, A., y Pasquel, E. (2003). ¿Quién dijo que en Salem hubo brujas? La privatización del servicio de justicia: rompiendo el mito de la justicia estatal. *Themis. Revista de Derecho*, (46), 316-336.
- Becker, G. (1995). If You Want To Cut Corruption, Cut Government. *Business Week*. Recuperado de <https://www.bloomberg.com/news/articles/1995-12-10/if-you-want-to-cut-corruption-cut-government>
- Bernstein, M. (1955). *Regulating Business by Independent Commission*. Princeton: Princeton University Press.
- Bullard, A. (1996). Lo que no mata engorda. Los productos basura y los prejuicios y perjuicios de la protección del consumidor en un país pobre. *Ius et Veritas*, (12), 103-113.
- Bullard, A. (2001). La Parábola del Mal Samaritano. Apuntes sobre la Lesión en el Derecho de Contratos. *Themis*, (43), 223-234.
- Bullard, A. (2003). *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores.
- Campodónico, H. (2017, 20 de febrero). Las APP se merecen una moratoria. *Diario La República*. Recuperado de <https://larepublica.pe/politica/1017125-las-app-se-merecen-una-moratoria>
- Costantini, C. (2005). L'anima apologetica della comparazione la 'geopolitica' del diritto. Riflessioni in margine alla fondazione della Tradizione Giuridica Occidentale. *Rivista critica di diritto privato*. 11(1), 1-8.
- Contraloría General de la República. (2015). *Estudio sobre las Causas y efectos de las renegotiaciones contractuales de las Asociaciones Público-Privadas en el Perú*. Lima: Gerencia de Estudios y Gestión Pública.

- Custos, D., y Reitz, J. (2010). Public Private Partnerships. *The American Journal of Comparative Law*, 58, 555-584.
- De Geest, G. (2006). Law & economics y Derecho Comparado. El diseño de doctrinas jurídicas óptimas (Trad. de Hugo Acciarri). *Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina*, Número Especial sobre Derecho y Economía, 1-21.
- Delebayo, O. (2013). The Dilemma of Public–Private Partnerships as a Vehicle for the Provision of Regional Transport Infrastructure Development in Africa. *The Law and Development Review*, 6(2), 3-28.
- Dezalay, Y., y Bryant, G. (2001). The import and export of law and Legal institution: International strategies in national Palace Wars. En D. Nelkin, y J. Feest (Eds.) (pp. 241-256). *Adapting Legal Cultures*. Oxford-Portland Oregon: Oñati International Series in Law and Society, Hart Publishing.
- Dourojeanni, M. J. (2006). Estudio de caso sobre la carretera Interoceánica en la amazonía sur del Perú. Recuperado de <http://siar.minam.gob.pe/puno/sites/default/files/archivos/public/docs/437.pdf>
- Durand, F. (2016). *Lobbies, puertas giratorias y paquetazo ambiental en Perú. Cuando el poder extractivo captura El Estado*. Lima: Oxfam.
- Engle, M. (2013). Measuring the World. Indicators, Human Rights, and Global Governance. *Current Anthropology*, 52(3), 583-595.
- Fairfield, T. (2015). *Private Wealth and Public Revenue*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Frankenberg, G. (2016). *Comparative Law as Critique*. USA: Elgar Studies in Legal Theory.
- Gambaro, A. (2004). The Trento Theses. *Global Jurist*, 4(1), 1535-1653.
- Gherzi, S. E. (1998). La privatización del mar. *Advocatus: nueva época*, 1, 144-157.
- Graziadei, M. (2009). Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge. *Theoretical Inquiries in Law*, 10(2), 723-743.
- Guasch, J. L. (2017, 26 de enero). Entrevista “Consigo el proyecto y con la adenda que lo arregla todo, me genera renta”. *Diario La República*. Recuperado de <https://larepublica.pe/economia/1010624-consigo-el-proyecto-y-con-la-adenda-que-lo-arregla-todo-me-genera-renta>
- Kennedy, D. (2003). The methods and the politics. Comparative law as governance. En M. Bussani y U. Mattei (Eds.), *The Common Core of European Private Law: Essays on the Project* (Originalmente publicado en P. Legrand, y M. Roderick, (Eds.). *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (pp. 345-433). Cambridge: Cambridge University Press.

- Kennedy, D. (2006). Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000. En D. Trubek y A. Santos (Eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 19-73.
- Kötz, H. (1999). Comparative Law in Germany today. *Revue internationale de droit comparé*, 51(4), 753-758.
- Lacina, P. (2009). Public-Private Road Building in Latin America: Legal Advances and Challenges. *Law and Business Review of the Americas*, 15(3), 661-669.
- Legrand, P. (2006). On the Singularity of Law. *Harvard International Law Journal*, 47(2), 517-530.
- Levine, M., y Forrence, J. (1990). Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis. *Journal of Law, Economics, & Organization*, 6, 167-198.
- López, D. (2004). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Universidad de los Andes, Universidad Nacional.
- Makkai, T., y Braithwaite, J. (1992). In and out of the Revolving Door: Making Sense of Regulatory Capture. *Journal of Public Policy*, 12(1), 61-78.
- Mattei, U. (2003). A theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance. *Global Jurist Frontiers*, 3(2), 383-448.
- McGrogan, D. (2016). Human Rights Indicators and the Sovereignty of Technique. *European Journal of International Law*, 27(2), 385-408.
- McInerney-Lankford, S., y Sano, H. O. (2010). *Human Rights Indicators in Development. An introduction*. Washington: The World Bank.
- McKinlay, J. (2012). Regulation, Renegotiation, and Reform: Improving Transnational Public-Private Partnerships in the Wake of the Gulf Oil Spill. *Indiana Law Journal*, 87(3), 1315-1344.
- Merino, R. (2008). ¿Recepción o Resistencia? Americanización y Análisis Económico del Derecho en el Perú. *Cardozo Electronic Law Bulletin*, 14, 69-133.
- Merino, R. (2012). *Comparative Law from Below: The construction of a critical project in Comparative Legal Studies*. Lambert Academic Publishing.
- Merino, M. (2013). La captura de los puestos públicos. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 58(219), 153-171.
- Merino, R. (2014). Descolonizando los derechos de propiedad. Derechos indígenas comunales y el paradigma de la propiedad privada. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado. México*, (141), 935-964.
- Merino, R. (2018, noviembre). *¿El poder de la Ley o la Ley del Poder? Gobernanza y legalidad tecnocrática en el Perú neoliberal: el caso de las APPs*. Buenos Aires: Clacso.

- Recuperado de https://www.clacso.org.ar/concursos_convocatorias/Estudios_resultados_clacso_oxfam/Informe_Peru_vf.pdf
- Minow, M. (2003). Public and Private Partnerships: Accounting for the New Religion. *Harvard Law Review*, (116), 1229-1270.
- Miraftab, F. (2004). Public-Private Partnerships. The Trojan Horse of Neoliberal Development? *Journal of Planning Education and Research*, 24(1), 89-101.
- Monateri, P. G. (1999). Caio nero. Una ricerca sulle origini multiculturali della 'Tradizione Giuridica Occidentale'. *Hastings Law Journal*, 50, 1-76.
- Monateri, P. G. (2001). The 'Weak Law': Contaminations and Legal Cultures. *Global Jurist Advances*, 1(3), 1-15.
- Moreno, E. (2012). Formas jurídicas de colaboración público-privada en el derecho español: orígenes europeos y evolución de la regulación de los diferentes modelos de colaboración. *Oñati Socio-legal Series*, 2(4), 83-102.
- Organisation for Economic Co-operation and Development - OCDE. (2015). Multi-dimensional Review of Peru, 1 Initial Assessment.
- Omelyanchuk, O. (2001). *Explaining State Capture and Capture Modes. The Cases of Russia and Ukraine*. Budapest: Central European University.
- Örücü, E. (2000). *Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition*. Recuperado de <https://www.ejcl.org/41/abs41-1.html>
- Pari, J. (2016). Comisión Investigadora encargada de investigar el pago de presuntas coimas a funcionarios peruanos por parte de empresas brasileñas Odebrecht, Camargo Correa, OAS, Andrade Gutiérrez, Queiroz Galvao y Otras, desde el inicio de sus actividades hasta la fecha, por cualquier forma de contrato con el Estado peruano [Informe en Minoría]. Lima: Congreso de la República. Recuperado de <http://diariouno.pe/wp-content/uploads/2017/01/Inf%20Lava%20Jato%20-%20Pari.pdf>
- Pasquel, E. (2006). Privaticemos las vicuñas: cómo eliminar el peligro de extinción y aprovechar su potencial económico. *Revista de Economía y Derecho*, 3(9), 69-80.
- Patrón Salinas, C. (2001). ¿Mentiras verdaderas? Reflexiones en torno a la regulación del derecho contractual. ¿Por qué hay que modificar el Código Civil? Lima: Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 131-153.
- Peltzman, S. (1976). Toward a More General Theory of Regulation. *Journal of Law and Economics*, 19(2), 211-240.
- Reynaers, A. M. y Parrado, S. (2016). Responsive regulation in public-private partnerships: Between deterrence and persuasion. *Regulation & Governance*, 11(3), 269-281.
- Rodrik, D. (2009). The new development economics: We shall experiment, but how shall we learn? En J. Cohen y W. Easterly (Eds.), *What Works in Development?: Thinking*

- Big and Thinking Small *Thinking Big and Thinking Small* (pp. 24-47). Washington: The Brookings Institution.
- Sabatier, P. (1975). Social Movements and Regulatory Agencies: Toward a More Adequate: And Less Pessimistic: Theory of Clientele Capture. *Policy Sciences*, 6(3), 301-342.
- Sacco, R. (1991). Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law. *American Journal of Comparative Law*, 39(1), 1-34.
- Sacco, R. (1992). *Introduzione al diritto comparato*. (5.^a ed.). Torino: UTET.
- Satterthwaite, M. (2012). Measuring human rights: indicators, expertise and evidence-based practice. *Proceedings of the Annual Meeting-American Society of International Law*, 106, 253-256.
- Solis, G. y Bayly, A. (2003). Educación pública: una mala receta para un pésimo plato. Por qué devolverle a los privados el control de la educación estatal. *Themis. Revista de Derecho*, (47), 255-265.
- Somma, A. (2004). Giochi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (nueva serie), XXXVII(109), 169-205.
- Somma, A. (2005). *Temi e problema di Diritto Comparato, Tecniche e valori nella ricerca comparatistica* (Tomo II). Torino: G. Giappichelli Editore.
- Somma, A. (2006). Tanto per cambiare... mutazione del diritto e mondializzazione nella riflessione comparatistica. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (nueva serie), XXXIX(116), 544-545.
- Spector, H. (2008). Constitutional transplants and the mutation effect. *Chicago-Kent Law Review*, 83(1), 129-145.
- Stigler, G. (1971). The Theory of Economic Regulation. *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2(1), 3-21.
- United Nations Development Programme - UNDP. (2015). *United Nations. Human Development Report 2015: Work for Human Development*. Recuperado de http://hdr.undp.org/sites/default/files/2015_human_development_report_0.pdf
- Wiese, P., y Saravia, G. (2014). *La corrupción por decreto*. Recuperado de <http://www.revistaideele.com/ideele/content/la-corrupci%C3%B3n-por-decreto>
- Zumbansen, P. (2005). Comparative Law's Coming of Age?: Twenty Years after Critical Comparisons. *Osgoode Hall Law School of York University*, 6(7), 1073-1084.
- Zweigert, K. y Kötz, H. (1998). *An Introduction to Comparative Law*. Oxford: Oxford Clarendon Press.

HERRAMIENTAS PARA UN ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO. A PROPÓSITO DE LOS FLUJOS JURÍDICOS Y LA (IM)PREVISIÓN DE SUS EFECTOS*

Pablo Moreno Cruz**

1. Premisa: el objeto de la comparación jurídica

La comparación jurídica tiene como objeto la descripción y el análisis del derecho como fenómeno lingüístico y social. Se trata, entonces, de un objeto que el derecho comparado comparte parcialmente con otras áreas del saber jurídico-científico: la teoría del derecho, la historia del derecho, la sociología descriptiva del derecho, entre otras.

En términos algo más precisos, y tal vez como indicio de una (al menos parcial) autonomía epistemológica, esa actividad descriptiva y de análisis, desde la perspectiva de la ciencia jurídica comparada, se ocupa fundamentalmente de la descripción y el análisis de los flujos de información normativa¹ entre las realidades jurídicas lejanas y cercanas; una descripción y un análisis que arrojan la identificación de diferencias y similitudes entre los diferentes sistemas normativos y, entonces, la posibilidad de formulaciones de modelos explicativos (simplificados) de cartografía global².

* Algunas apartes de este escrito son el resultado de una revisión y modificación de algunas reflexiones incluidas en Moreno Cruz (2017b).

** Docente e investigador en comparación jurídica, Universidad Externado de Colombia. Docente de *Diritto delle Americhe*, Università degli Studi di Ferrara. Docente de Teoría de la Comparación Jurídica, master in *Global Rule of Law and Constitutional Democracy*, Università degli Studi di Genova - Universidad de Girona. Doctor en Comparación Jurídica e Histórica - Jurídica, Università degli Studi di Ferrara. pablo.moreno@uexternado.edu.co pablo.moreno@unife.it

- 1 Al emplear la expresión «información normativa», me estoy adhiriendo a la definición de tradición formulada por Glenn (2008-2009, p. 431): «the study of tradition is therefore the study of the content and flow of large bodies of normative information over time and over space». Asumo, entonces, el carácter no estático, no autónomo, no purista de las realidades jurídicas. Por cierto, aunque consciente del debate al respecto, en este escrito usaré como sinónimos las expresiones «escenarios jurídicos», «sistemas jurídicos», «realidades jurídicas», «tradiciones jurídicas», «cultura jurídica», siempre bajo el entendido de que todos denotan un conjunto de información normativa cambiante; cambios o mutaciones que se verifican como resultado de continuos actos de imitación (véase *infra* § 3).
- 2 En relación con el ejercicio de cartografía de los derechos globales, desde ya es necesario hacer una importante precisión. La adscripción de un derecho a una específica familia de sistemas es, en el mejor de los casos, un ejercicio inevitable de simplificación. Sin embargo, en realidad es, al mismo tiempo, un ejercicio de construcción de centros y de periferias: las perspectivas etnocéntricas han caracterizado y siguen caracterizando la sistemología comparada, así como las perspectivas dirigidas a consolidar aparentes fracturas y unificaciones. Sobre el punto, sin duda, el libro sobre la geopolítica del derecho de Monateri resulta fundamental. En efecto, Monateri (2013, p. 4) precisa que «la comparación de las leyes se está mostrando como una disciplina clave y un arma potente en la geopolítica del derecho: esta disciplina es la disciplina mediante la cual continuamente es escrita, y re-escrita, la identidad y la diferencia. La comparación traza un surco entre aquello que es primitivo y aquello que es moderno, entre aquello que es exótico y aquello que es normal, entre aquello que es atrasado y aquello que es desarrollado, con evidentes nexos con las estrategias de dominio cultural. Esta estrategia de escritura y re-escritura de las identidades y de las diferencias parece, entonces, central precisamente cuando el sistema jurídico parece, tendencialmente, que se está convirtiendo en mundial, y a los confines políticos verdaderos se supra-ponen otros confines

Así, no basta acercarse al análisis de los usos de los juristas locales³ para poder capturar el derecho, ni bastan las generalizaciones, por mayor grado de abstracción que estas comporten. En efecto, el análisis comparado se extiende a la identificación de todos aquellos fenómenos que conectan o no los sistemas mediante, primero, el flujo de información y, posteriormente, las respectivas e inevitables mutaciones como obra (producto) de las fuentes formales e informales del derecho.

Los retos, en ese sentido, no son banales. Y esto no necesariamente (o, al menos, no solo) debido a la actual debilitación de la soberanía estatal, inversamente proporcional a la vitalización de otros centros de interés con capacidad productora de normas jurídicas; centros de interés (también, pero no solo, de orden internacional) que desbordan (o escapan a) los confines estatales y reconfiguran la estructura de las fuentes del derecho, las normas de competencia para su producción y sus criterios de validez. Se trata, más bien, de retos típicos (aunque en algunos aspectos doblemente complejos) con los que debe confrontarse cualquier pretensión descriptiva del fenómeno jurídico.

En efecto, el análisis comparado, antes que nada, debe medirse no solo con el lenguaje del actor jurídico (como intérprete, en sentido amplio, del lenguaje del derecho) de los escenarios normativos objetos de análisis, sino también con la constatación (entonces empírica) de la (in)eficacia de las respectivas normas fruto del acto interpretativo de los usuarios del derecho. Un ejercicio que resulta altamente complejo, si se toma en consideración la indeterminación del lenguaje del derecho, la pluralidad y maleabilidad de las jerarquías de las fuentes de producción normativa, siempre difuminadas en variados centros de interés que inciden ideológicamente en el acto de adscripción de los significados. Pero si a ello se suma la necesidad de efectuar un análisis que toma en consideración no tanto (o, al menos, no solo) la fotografía de los sistemas jurídicos, sino, precisamente, su mutabilidad como consecuencia de la recepción de flujos de información normativa, el análisis descriptivo se debe enfrentar, también, con la reconstrucción histórica de un pasado móvil, varias veces narrado y (aunque no siempre) ideológicamente reconstruido.

Sin embargo, aunque este escenario de complejidad ha impuesto a la ciencia comparada una serie de exigencias de orden epistemológico, aquí no serán analizadas, salvo de forma tangencial, las respuestas metodológicas a estas exigencias. En efecto, aunque se harán algunas precisiones para recrear las dificultades inevitables que condicionan el acto descriptivo de la comparación jurídica (§ 2), el objetivo central de este escrito está dirigido al análisis de dos aspectos relativos al objeto de la comparación jurídica. Se hará esto mediante la formulación de respuestas (parciales) a dos preguntas clásicas de la teoría comparada del derecho: (i) ¿cuáles son las razones de los flujos jurídicos? y (ii) ¿es posible prever el resultado de los flujos jurídi-

de excelencia, superioridad, eficiencia de las reglas, etc.». Esta preocupación no ha escapado, obviamente, a la literatura sobre el llamado «Sur Global» que ha mostrado la necesidad (también epistemológica) de formular una nueva cartografía de los derechos —una contracartografía— que escape de la perspectiva etnocéntrica del llamado «Norte Global». Sobre el punto, también para ulterior bibliografía, véase: Rodríguez-Garavito (2015). Lo dicho hasta ahora, solo para precisar que en este escrito el empleo de locuciones como *civil law*, *common law*, «tradición jurídica occidental», etc., así como la adscripción que se hará en este escrito de algunas realidades jurídicas a una específica familia de sistemas, no debe ser leída como la inobservancia de los respectivos matices, ni como una adhesión *in toto* a los criterios de categorización empleados para elaborar las cartografías globales dominantes en la literatura comparada.

3 Aun que se trata, sin duda, del insumo fundamental para cualquier estudio de derecho comparado (véase *infra* § 2).

cos? En términos más precisos, en relación con la primera pregunta, se harán algunas reflexiones sobre el concepto de flujo jurídico, con las que se tratará de evidenciar la complejidad intrínseca que gobierna su identificación y su comprensión teórica, haciendo un énfasis especial en los flujos jurídicos que se generan como consecuencia de la adscripción de la propiedad «prestigio» al dato jurídico objeto de circulación (§ 3), cuando el metacriterio normativo que gobierna la adscripción de tal propiedad es aquel de la eficiencia (§ 4). En relación con la segunda pregunta, a partir del análisis del proyecto Doing Business promovido por el Banco Mundial se reflexionará sobre las políticas normativas dirigidas a inducir cambios legales (*legal changes*) desde un centro de producción normativo no estatal y no necesariamente vinculante (§ 5). Se trata de un proyecto del Banco Mundial que, en realidad, sugiere la posibilidad de prever los efectos de los flujos jurídicos (§ 6), al tiempo que sugiere una jerarquía entre los sistemas de *common law* y los sistemas del *civil law*; proceso de jerarquización cuyo análisis permitirá hacer algunas reflexiones conclusivas tomando en consideración la distinción entre ambas familias de sistemas (§ 7).

2. Usos locales y comparación jurídica

La complejidad que debe resolver un comparatista está condicionada por tres factores (dificultades) concretas e inevitables, bajo el presupuesto de que la investigación comparada se confronta, en primera medida, con los usos de los actores jurídicos locales: (i) la eventual distinción entre la perspectiva del jurista local y el operar concreto de las fuentes del derecho, que se manifiesta muchas veces en la identificación, por parte del observador, de semejanzas y diferencias simplemente aparentes; (ii) la mutabilidad (no siempre evidente) de los datos importados como resultado de trasplantes o flujos jurídicos; (iii) la captura de la interpretación en cadena que de las fuentes del derecho receptoras hagan los actores jurídicos internos en su (consecuente e inevitable) producción continua de nuevos textos sujetos a su vez a interpretación; todo ello condicionado tanto por los criterios de interpretación empleados como por las ideologías y las respectivas concepciones de lo justo, así como por la memoria de (lo que se cree o efectivamente es) su propio pasado.

En efecto, cualquier ejercicio dirigido a capturar las diferencias y las similitudes entre diferentes realidades jurídicas locales comporta afrontar dificultades epistemológicas que se manifiestan casi necesariamente —sea que se trate de análisis microcomparados, sea que se trate, en cambio, de los esfuerzos propios de la macrocomparación jurídica— en el contexto de análisis de realidades jurídicas ampliamente lejanas, como también respecto de aquellas cercanas cuya eventual vecindad territorial, lingüística, dogmática, normativa (en cuanto a los enunciados), entre otras, tiende a nublar las distinciones y a sobrevalorar las similitudes que subyacen al actuar concreto de todas las fuentes locales del derecho.

Las propuestas metodológicas elaboradas por el derecho comparado no han hecho nada diferente que tratar de precisar⁴ el recorrido adecuado para identificar la configuración y las características de los sistemas jurídicos, con el objetivo de lograr capturar, tras el velo de las fuentes formales del derecho, las propiedades de cada realidad jurídica en su efectivo operar⁵;

4 Para un análisis de la metodología de la comparación en atención a las dificultades que esta comporta, véase: Samuel (2014). Para una perspectiva más reconstructiva, también véase: Siems (2014); Örucü (2006) y Örucü (2015).

5 Se habla, a este propósito, de la «regla operacional». Véase, originalmente, sobre el punto: Sacco (1991).

remontándose algunas veces, incluso, a diferentes criterios y referentes que, en estricto sentido, no son considerados por algunos como estrictamente jurídicos⁶.

Las propuestas metodológicas, por cierto, cada vez más sofisticadas, reivindican la autonomía epistemológica de la ciencia comparada bajo el presupuesto de una distinción fundamental: el actor jurídico «municipal» está tan condicionado por las propias reglas tácitas y expresas del ordenamiento jurídico local que se encuentra, en ocasiones, en serias dificultades para poder capturar, aprehender, su propio derecho, incluso cuando su perspectiva es eminentemente teórico-descriptiva.

Por el contrario, como ya precisé, el comparatista (también respecto de su propio ordenamiento jurídico) tiene la pretensión de acercarse a su objeto de estudio para, fundamentalmente, describirlo⁷. Y precisamente por ello ocupa un punto de observación diferente: se trata de un observador externo que analiza (o, al menos, debería analizar) la *law in action*, sospechando de las afirmaciones hechas por los juristas locales y suponiendo (pero no dándolo por cierto, no necesariamente) que, tal vez, las fuentes del derecho formales y no formales operan, al menos en parte, de manera diferente a como consideran (a como dicen) los actores jurídicos internos⁸.

Además, frente a la consideración de más de un ordenamiento jurídico objeto de descripción, por más vecindad que pueda en principio suponerse, ciertos comparatistas presumen (creo con razón) que los actos (por cierto, inevitables) de imitación mutua o unilateral que puedan identificarse no necesariamente (o, de hecho, nunca) implican una fiel reproducción, en el escenario receptor, del dato jurídico importado⁹. Tal vez, por el contrario, diferentes factores internos —desde las propias configuraciones de la jerarquía de las fuentes del derecho, hasta profundos e indescifrables factores culturales— condicionan necesariamente cualquier flujo jurídico de modo tal que la identificación de similitudes totales entre escenario receptor y escenario exportador es del todo, en el mejor de los casos, una rareza.

Similitudes aparentes son siempre identificables. Por ejemplo, puede identificarse una similitud en el empleo de un término, en la redacción de un determinado enunciado normativo, en la estructura declarada de las fuentes del derecho, en el contenido lingüístico de algunas decisiones jurisprudenciales, en la adopción (pero no necesariamente en la interpretación y, entonces, no necesariamente en la aplicación) de específicos instrumentos normativos foráneos vinculantes y de *soft law*. Sin embargo, estas similitudes solo aparentes pueden disolverse

6 Una ruptura relevante, con un análisis específico del concepto de «tradición» fue propuesta en su momento por Glenn (2014). Véase también, entre otras perspectivas innovadoras, la propuesta de Monateri (2013), enfocada en un estudio atento sobre la distinción insuperable entre los «sistemas jurisdiccionales» y los «sistemas de ley» a la luz de la geografía crítica, la teoría literaria y, entre otras cosas, la filosofía de Giorgio Agamben.

7 No obstante, en la actualidad, así como, en realidad, desde el famoso Congreso de París del año 1900, varias tendencias del derecho comparado adscriben a la comparación jurídica funciones prescriptivas, es decir, la función de indicar cómo «debería ser» el derecho o, en otras palabras, la llamada «mejor solución» o el «mejor derecho» (véase *infra* § 4, 5, 6). En cuanto a la función descriptiva los discursos, no son unánimes. En efecto, por ejemplo, mediante ulteriores descripciones se busca indicar los falsos actos descriptivos y los errores en varios presupuestos metodológicos: véase, como clásico: Frankenberg (1985).

8 Ya con esta perspectiva, textos clásicos del derecho comparado como, por ejemplo: Zweigert y Kötz (1987, pp. 31, 36).

9 Se trata de una presunción (recurrente, aunque no unánime) en la literatura comparada. Para una defensa radical sobre este punto, en el marco de un clásico debate con Watson —véase, por ejemplo: Watson (1993)—, se puede consultar a Legrand (1997), Legrand (2001). En una versión menos radical, véase: Legrand (2003).

parcial, e incluso totalmente, cuando, en su conjunto, se toma en consideración el actuar de las demás fuentes del derecho, siempre en perenne competencia¹⁰ y sujetas todas ellas a los criterios interpretativos y a las ideologías de los actores jurídicos locales (legislador, juez, árbitro, funcionario público, doctrinante, profesor universitario y abogado, entre otros).

De otro lado, también en relación con ordenamientos vecinos (por ejemplo, territorialmente), muchas diferencias resultan ser solo parciales. Es cierto que, por ejemplo, puede identificarse un uso distinto de un término o el recurso a fuentes del derecho diferentes para afrontar un mismo problema. Sin embargo, estas diferencias pueden diluirse en nuevas semejanzas (parciales) entre los ordenamientos, si se toma en consideración el operar de todas las fuentes y (desde una perspectiva funcionalista) la solución que se adopte frente a un específico problema. Dicho de otro modo, las diferencias en la redacción de los enunciados y en el empleo de un tipo específico de fuente del derecho no necesariamente implican resultados finales totalmente disímiles.

En términos generales, la identificación de las diferencias y similitudes entre realidades jurídicas, según las perspectivas metodológicas más tradicionales (sin negar contundentes críticas a estos enfoques), se concentra, por ejemplo, en la determinación de la estructura de los sistemas normativos de referencia¹¹ o en la identificación, con perspectiva factualista¹², de la forma, el mecanismo (la institución) mediante el cual cada realidad jurídica afronta específicos problemas relacionados con el mismo tópico (es decir, la identificación de los respectivos equivalentes funcionales¹³). En ambos casos —pero también, e, incluso, más aún cuando el análisis asume como presupuesto epistemológico la captura del dinamismo de los sistemas y, entonces, cuando la perspectiva histórica (e incluso antropológica) asume relevancia crucial—, el insumo inicial es siempre el análisis de los usos de los actores jurídicos; ojalá, de los usos de los actores jurídicos de cualquier centro de interés que tenga la capacidad de adscribir significados a la letra de la ley¹⁴ de los escenarios objeto de comparación.

En otros términos, el rastreo de los flujos de información y sus mutaciones, así como la identificación y categorización de las diferencias y similitudes entre sistemas, se activa mediante la captura de los usos de los juristas, que precede tanto el necesario análisis teórico-crítico

10 Sobre la competencia entre fuentes del derecho (llamada también competencia entre formantes), véase, por ejemplo: Monateri (2003).

11 Se está haciendo referencia específicamente a los métodos estructuralistas. Sobre el método estructuralista, véase, recientemente, por ejemplo: Samuel (2014, pp. 96-107).

12 El método que parte de la formulación de preguntas (problemas factuales) en la forma de casos hipotéticos conduce casi de manera inevitable a la metodología empleada por Rudolf B. Schlesinger durante los famosos seminarios en la universidad de Cornell; metodología que quedó plasmada en (entre otros) Schlesinger (1968). Se trata de un enfoque metodológico (re)adoptado a partir de los años noventa del siglo XX en el proyecto sobre el Common Core of European Private Law. Un proyecto que, por cierto, no ha estado libre de críticas muy interesantes: véase, por ejemplo: Frankenberg (2012).

13 En este punto, se hace referencia a la metodología funcionalista en el derecho comparado, atribuida —en realidad, siguiendo el rastro de Ernst Rabel (véase: Gerber (2001)— a Zweigert y Kötz (1987). Metodología reformulada y moderada en diferentes trabajos posteriores por varios autores como, por ejemplo: Michaels (2006). Véase también: Graziadei (2003).

14 Sobre la relevancia de los centros de interés, incluso aquellos inestables o aquellos hostiles al ordenamiento jurídico, en el acto de análisis de los usos locales, véase: Somma (2014). Para una propuesta sobre la relación entre sistemas normativos de violencia (entonces, centros de interés hostiles al ordenamiento) y el derecho, véase la propuesta de Lemaitre (2015).

de dichos usos como la necesaria revisión de las narrativas mediante las cuales las respectivas culturas jurídicas han construido y representado su propio pasado, al igual que el necesario ejercicio (empírico) de constatación de la eficacia de los preceptos.

3. Prestigio, jerarquías y flujos jurídicos

Los flujos jurídicos¹⁵ —entendidos como el producto de (y la actividad que conduce a) la recepción por parte de un sistema normativo de una información (en sentido amplio) jurídica proveniente de otro sistema— generan necesariamente un desequilibrio. Además, más allá de que tal desequilibrio —que casi sin duda produce un cambio legal— finalmente logre superarse, este proceso de estabilización comporta, a su vez, necesariamente (al menos para algunos), un acto de mutación del dato jurídico importado¹⁶.

En relación con el fenómeno de los flujos jurídicos, y de los consecuentes cambios legales en el escenario receptor, el comparatista generalmente se ocupa de identificar dichos flujos y (los posibles) cambios legales, al tiempo que la teoría comparada se ocupa, principalmente, de buscar una respuesta a dos preguntas fundamentales: (i) ¿cuáles son las razones de los flujos jurídicos? y (ii) ¿hasta qué punto es posible prever los efectos de la recepción del flujo jurídico?

Sobre las razones de los flujos jurídicos que la teoría del derecho comparado ha identificado¹⁷, una en particular resulta aquí relevante por tratarse de una condición necesaria (aunque no siempre suficiente) para que se verifique un flujo jurídico: el prestigio¹⁸.

Entiendo «prestigio» como una propiedad que, en razón de específicos criterios (véase: *infra* § 4), se predica (o se autopredica) de una información jurídica: (por ejemplo) de un sistema jurídico, de un actor jurídico, de un sistema económico, de un concepto normativo, de un conjunto de enunciados normativos producidos por un legislador o por los jueces, de una universidad, de una teoría del derecho, etc. La adscripción de tal propiedad es el resultado de la construcción de una jerarquía entre realidades normativas —una estratificación no necesariamente aceptada por toda la cultura jurídica receptora o productora del dato jurídico—. Dicha jerarquización es empleada como justificación del flujo jurídico de información normativa desde el centro de producción del dato considerado como superior (es decir, prestigioso) hacia un centro de recepción considerado como inferior en la jerarquía axiológica.

Nótese, entonces, que el prestigio resulta siendo siempre una propiedad del todo normativa, valorativa, que justifica flujos jurídicos mediante una jerarquización entre los sistemas. Además, nótese que, bajo esta definición de prestigio, la incidencia del centro de producción en el acto de adscripción de la propiedad «prestigio» puede ser determinante.

La adscripción de la propiedad «prestigio» supone siempre la proclamación de la identificación de un (supuesto) mejor derecho¹⁹, un derecho «digno» de imitación, a la luz de

15 Prevalentemente se empleará la locución «flujo jurídico», propuesta por Lupoi (2006), en cambio de (la más famosa) *transplant*, propuesta por Watson (1993); o *cross-fertilization*; o «circulación de modelos jurídicos», esta última propuesta por Sacco (1991); o, entre muchos otros neologismos, *transposition*, propuesta por Örüü (2002); o *legal transfer*, propuesta por Nelken (2003).

16 Además de las obras ya citadas, véase, entre tantas otras, recientemente: Somma (2014).

17 Para una posible versión sobre las razones de los flujos jurídicos, véase: Graziadei (2006).

18 Aquí busco especificar, tal vez reformular, la definición de «prestigio» a partir del sentido tradicional: Sacco (1992).

19 En el derecho comparado, la expresión «mejor derecho» normalmente conduce a las primeras formulaciones del funcionalismo: el derecho comparado serviría para identificar la mejor solución posible a un problema específico;

valoraciones —muchas veces intuitivas— construidas con base en una serie de criterios normativos ulteriores que gobiernan la construcción de la jerarquía axiológica. De este modo, la adscripción de la propiedad «prestigio» parece ser un requisito necesario, aunque no siempre suficiente, para que se verifique el flujo normativo: (por ejemplo) sin prestigio y, entonces, sin una previa jerarquización, no podría, por ejemplo, verificarse una imposición colonialista, ni (como se verá en seguida) una imposición de imitación para garantizar lo que se considera sea el desarrollo integral de un país.

4. Metacriterios de jerarquización: el caso de la eficiencia

La adscripción de la propiedad «prestigio» no puede entonces operar por sí sola. Es necesaria una justificación ulterior, un metacriterio que gobierne la construcción de la jerarquía axiológica. Así —siendo el prestigio solo una propiedad derivada—, los metacriterios operan como patrones de valoración de los escenarios normativos productores y destinatarios del flujo. En términos más precisos, el objetivo o beneficio que se pretende obtener²⁰ mediante el flujo jurídico es el criterio determinante para la construcción de una jerarquía entre el sistema que posee esa información normativa objeto del flujo y el sistema receptor que, en cambio, no la posee; es decir, el criterio²¹ que sirve para distinguir entre (aquello que el patrocinador del flujo considera) un mejor derecho y, entonces, un derecho prestigioso, y aquel que, en cambio, no lo es.

Uno de los metacriterios conforme a los cuales se adscribe la propiedad «prestigio» a una información normativa, es decir, mediante el cual se configura esa jerarquía axiológica entre derechos, es aquel de considerar como mejor derecho el más eficiente.

La adscripción de la propiedad «prestigio» a (y entonces, la estratificación de) un dato normativo frente a otro, particularmente cuando el prestigio se adscribe debido a su mayor eficiencia en términos comparativos, difícilmente puede ser considerada como el resultado de un proceso unidireccional en cabeza del receptor. Por el contrario, debe ser entendida como la

problemas que, según la misma metodología, se presentaría de forma similar en todos los escenarios (*praesumptio similitudinis*). Sobre el punto, además de la literatura ya citada, véase: Samuel (2014). En este aparte, la locución «mejor derecho» no se refiere (o, al menos, no se refiere necesariamente) a una perspectiva metodológica del derecho comparado (es decir, a una actividad realizada por los comparatistas), sino, en sentido menos técnico, a una percepción, a una idea, a una intuición de cualquier actor jurídico que alimenta la pretensión de generar el flujo jurídico: en concreto, la identificación de un dato jurídico cuyo flujo conduciría al mejor derecho (porque es considerado como más justo, o porque es considerado como más eficiente, etc.) frente a una deficiencia que es individualizada (o creada, o sugerida) por parte del patrocinador del flujo. Claro, dentro de estas intuiciones están también aquellas patrocinadas por las doctrinas del derecho comparado que sugieren, en línea con el método funcionalista, la posibilidad de identificar, mediante la comparación jurídica en sentido estricto, la mejor solución (véase: *infra* § 5).

20 Este objetivo puede ser muy complejo (reformas económicas dirigidas a fomentar una específica concepción de capitalismo, reformas legislativas para garantizar la tutela de derechos fundamentales, adopción de normativa en el marco de una específica concepción de justicia transicional, fomento de reformas dirigidas a patrocinar específicas ideologías, etc.) o tener motivos menos relevantes (dar a conocer un profesor amigo, adornar una decisión jurisprudencial, etc.). Los objetivos, además, no necesariamente son excluyentes entre sí.

21 Aunque Graziadei (2009, p. 739) considera que el análisis del prestigio de todas formas se inscribe en un marco más amplio de análisis relativo a la cuestión de la ideología, en realidad creo que la distinción entre prestigio e ideología es relevante porque el prestigio no es el criterio de jerarquización, sino el resultado inevitable de la construcción de la jerarquía. Una cosa es la jerarquización ético-normativa entre sistemas (que, en último análisis, termina operando por razones ideológicas) y otra su efecto inmediato (la adscripción de la propiedad «prestigio»).

combinación de acciones de diferente género, ejecutadas tanto por el productor del flujo como por el receptor «entusiasmado».

De hecho, como se verá más adelante (véase: *infra* § 5), precisamente en atención a la exaltación de la propiedad «eficiencia», es posible identificar actos de construcción del prestigio en cabeza exclusivamente (o al menos casi exclusivamente) del centro de producción del dato jurídico exportado —específicamente por parte de élites profesionales, incluyendo, en ocasiones, a algunos comparatistas, dentro de un Estado o una institución supra o extra estatal—. En otros términos, se tratará de la autoproclamación del prestigio de una o algunas fuentes del derecho que posteriormente son distribuidas (ofrecidas o «impuestas» delicadamente) en otros sistemas normativos receptores mediante, también, un ejercicio de propaganda²².

Este ejercicio estratégico que busca inducir flujos jurídicos puede estar también acompañado por la radicalización en la identificación de diferencias y similitudes entre los diferentes sistemas jurídicos, con el objetivo de sugerir flujos jurídicos (normativo-institucionales, principalmente) que se consideran como la mejor solución, la más eficiente, para, por ejemplo, (i) alcanzar (lo que según el patrocinador del flujo sería) el desarrollo de una región o de un país, y, a su vez, (ii) anular diferencias que se consideran que son (o, al menos, son presentadas como) la causa del defecto o la ineficiencia que se quiere superar mediante el flujo jurídico que se patrocina.

En efecto, en esta estrategia de construcción del prestigio de un dato normativo (y, entonces, del prestigio de los productores de ese dato normativo), la identificación y radicalización de las diferencias no busca insinuar la imposibilidad de diálogo entre ambos sistemas. Por el contrario, se trata de una estrategia que, si bien enfatiza diferencias, en realidad las presenta como contingencias históricas que no comprometen la posibilidad de superarlas mediante modificaciones, principalmente, de orden institucional.

De este modo, mientras las diferencias funcionan como justificación de la estratificación y, entonces, como detonante de la adscripción de la propiedad «prestigio» —a su vez adscrito en razón de un metacriterio normativo como la eficiencia—, el posible flujo jurídico funge, o mejor, debería fungir, como detonante de la eliminación de las diferencias para consolidar un escenario normativo institucional precisamente más eficiente.

Nótese que este tipo de estrategias caracterizan en gran medida la normativa proveniente del escenario normativo internacional (vinculante y no vinculante), cuya vocación unificadora es consecuente con su pretensión universalista; más aún cuando dichas normativas son construidas y elaboradas a la luz de teorías precisamente presentadas como válidas en cualquier escenario normativo, independientemente de las características, incluso culturales, del receptor del flujo²³.

22 Sobre el punto véase, recientemente: Monateri (2012, pp. 23-24).

23 Es importante precisar que existen diferentes metacriterios. Piénsese, por ejemplo, en las argumentaciones que se construyen para configurar una jerarquía axiológica entre ordenamientos jurídicos en razón, por ejemplo, de la adopción, o no, de normativas para reconocer y asegurar la justicia-bilidad de los derechos humanos auspiciada, también y principalmente, en el escenario normativo internacional. El prestigio de esta normativa, en cuanto es considerada como el mejor derecho para responder ante las eventuales vulneraciones de ciertos valores que se consideran supremos, construye un aura de supremacía a favor de los ordenamientos jurídicos que la adoptan y, en consecuencia, un prestigio de determinados datos jurídicos que induce a su flujo jurídico hacia los escenarios carentes de dicho reconocimiento y de los respectivos mecanismos de justiciabilidad.

5. El proyecto Doing Business

Este tipo de flujos jurídicos caracterizados por la construcción de un prestigio a favor de la circulación de modelos jurídicos «certificados» como más eficientes son una constante. De hecho, los ya famosos informes Doing Business²⁴, elaborados anualmente por el Banco Mundial desde el año 2004, son un claro ejemplo: jerarquización entre los diferentes ordenamientos jurídicos en razón de la presencia o no de obstáculos a la iniciativa empresarial considerada, esta última, como el factor que conduciría necesariamente al crecimiento económico entendido como motor del desarrollo integral²⁵.

En concreto, se trata de informes que toman en consideración una serie de variables referidas a la eficiencia de la regulación y de las instituciones, para determinar una jerarquía constatable (o, al menos, que se considera que puede ser constatada) desde un punto de vista empírico. Esto, incluso en su última versión —del año 2017, con datos del año 2016—, titulada *Doing Business 2017. Equal opportunity for all*; un informe que evalúa la economía de 130 países y que desde el año 2015 modificó la metodología para establecer el respectivo *ranking*: un método a partir de una «distancia de la frontera» o distancia del grado mayor de eficiencia conseguido en cada variable desde el año 2005.

Actualmente se analizan 11 variables, todas referidas a las empresas: (i) apertura de un negocio, (ii) manejo de permisos de construcción, (iii) obtención de electricidad, (iv) registro de propiedades, (v) obtención de crédito, (vi) protección de los inversionistas minoritarios, (vii) pago de impuestos, (viii) comercio transfronterizo, (ix) cumplimiento de contratos, (x) resolución de la insolvencia, (xi) mercado del trabajo (World Bank, 2017).

Del resultado del análisis de estas variables se desprenden dos aspectos relevantes en materia de flujos jurídicos y, antes, en la construcción del prestigio.

En primer lugar, se trata de una jerarquización entre los diferentes ordenamientos jurídicos en razón de su vocación para tutelar los derechos subjetivos de los empresarios y su tendencia hacia una restricción en el ámbito del intervencionismo del Estado en las relaciones comerciales. En atención a este criterio jerárquico (para generar crecimiento económico y, después, desarrollo integral, es más eficiente facilitar la actividad empresarial), resultan más prestigiosos, en cuanto superiores en la jerarquía, aquellos ordenamientos jurídicos que, por ejemplo, facilitan la constitución de una empresa; limitan la carga tributaria; aseguran el cumplimiento (la justiciabilidad) de los contratos; toman en consideración los créditos a favor de los empresarios ante una crisis de insolvencia de un deudor; facilitan el acceso al crédito, a los permisos de construcción y a la energía; aumentan la responsabilidad de los administradores delegados en las empresas en beneficio de los pequeños inversionistas; y facilitan el comercio transfronterizo.

Nótese, entonces, que la jerarquía entre los diferentes ordenamientos (por cierto, construida mediante la adopción de una perspectiva del todo antihistoricista²⁶) permite al Banco mundial identificar condiciones normativas que, a su parecer, son más eficientes y, entonces, más prestigiosas. En otras palabras, permite al Banco Mundial identificar (en su sentir) un mejor derecho.

24 www.doingbusiness.org

25 Sobre la forma en la que el desarrollo integral se redujo al crecimiento económico, véase, también para ulterior bibliografía: Somma (2014, pp. 135 ss.).

26 Monateri (2013, pp. 28 ss.).

En efecto, la consolidación del prestigio de ciertas normativas patrocinadas por el Banco Mundial le permite a este sugerir reformas, flujos jurídicos, en los ordenamientos que quieran ascender en el *ranking*. De hecho, el último informe, así como todos los anteriores, resalta con entusiasmo, ya desde un principio, cómo varios ordenamientos escalaron su posición jerárquica gracias a específicas reformas dirigidas todas a consolidar ese escenario favorable a la actividad empresarial —por cierto, según la línea ya diseñada desde los tiempos del Consenso de Washington y «morigerada» políticamente durante los años sucesivos—. Según el *Doing Business 2017*, más de 2900 reformas, desde el año 2004, han facilitado la actividad empresarial, y ello ha tenido una incidencia favorable el *ranking*.

En segundo lugar, si bien con menos nitidez que en años anteriores (aunque también como indicio de una aparente homologación a nivel global), el informe sigue coronando a los ordenamientos adscritos a la familia del *common law* como los ordenamientos más eficientes. De este modo, en línea con los postulados de la teoría de los orígenes legales (*legal origins*)²⁷, auspiciada principalmente por el movimiento de *law & finance*, se genera una jerarquía de orden geopolítico en la que la geografía de los ordenamientos jurídicos del planeta resulta jerarquizada en atención a las fuentes del derecho, a las técnicas de interpretación y a la organización judicial, la cúspide resulta preponderantemente gobernada por el *common law* (en sustancia, considerado como menos estatalista y con jueces autónomos) sobre una familia romanista desprestigiada (estalista y con jueces-funcionarios).

Más allá de las críticas (incluso evidentes) de orden descriptivo y normativo al enfoque de los *legal origins*²⁸, lo cierto es que este movimiento encuentra clara confirmación en los informes *Doing Business* e induce a la construcción del prestigio de específicas normativas provenientes de un grupo de ordenamientos jurídicos, fomentando, de este modo, la consolidación de centros de exportación y recepción de datos jurídicos.

En efecto, si se toma en consideración que muchos de los países del *common law* gobiernan la cúspide del *ranking* elaborado por el Banco Mundial y, a su vez, esta institución patrocina reformas jurídicas específicas para garantizar el desarrollo económico, la (al menos) insinuación de un acto de imitación de la normativa de países como Nueva Zelanda (puesto 1), Singapur (puesto 2), Hong Kong, SAR, China (puesto 4), Reino Unido (puesto 7) y Estados Unidos (puesto 8) es evidente precisamente porque, bajo el metacriterio normativo de la eficiencia y en atención a específicas concepciones político-normativas sobre el desarrollo, estos ordenamientos contendrían intrínsecamente (en cuanto así son presentadas) el mejor derecho²⁹. Más aún cuando,

27 Entre otros véase: La Porta *et al.* (1998); Beck y Levine (2008); La Porta, R. *et al.* (2008).

28 Es conocida la respuesta por parte de los franceses: Association Henri Capitant (2006). Para una crítica no tan radical, aunque certera, véase: Bakardjieva Engelbrekt (2009). Además, también al interior del mismo Banco Mundial se produjo en el año 2008 un informe independiente que, en algunos de sus apartes, resaltó algunos problemas en los informes: «*Doing Business: The World Bank Independent Evaluation Group*» (2008).

29 La influencia de una cierta corriente del funcionalismo en este enfoque comparado del *Doing Business* es clara: (i) presunción de similitud en los problemas relativos a las empresas y el desarrollo económico, (ii) equivalencia funcional de las soluciones dirigidas a obtener el objetivo prefigurado: la eficiencia, (iii) las preguntas dirigidas a los países (en el informe de este año se «compara la regulación económica para las empresas locales de 190 economías») son tendencialmente factuales y, finalmente, (iv) se pretende identificar las mejores soluciones, el mejor derecho, precisamente en atención a la jerarquía (sin duda normativa) que se construye entre los diferentes países. Sin embargo, es preciso indicar, si bien brevemente, que la (supuesta) identificación del «mejor» derecho no es la identificación, obviamente, de un hecho constatable sujeto a juicios de verdad o falsedad; es, en cambio, un juicio del todo normativo sobre la bondad o maldad de una específica prescripción. De este modo, la actividad

de forma contemporánea, se patrocinan teorías supuestamente «descriptivas» que así lo confirmarían.

Estos dos aspectos, es decir, la construcción de la jerarquía y la sugerencia de los flujos jurídicos provenientes del *common law* abrigan necesariamente una pretensión unificadora³⁰, al menos en relación con la normativa que regula la actividad empresarial desde la activación de las negociaciones hasta los eventuales conflictos.

De este modo, el proyecto Doing Business se muestra como uno de los ejemplos³¹ en los que diferentes fuentes del derecho de matriz no estatal (formales y no formales), en este caso *soft law*, entran a condicionar cambios legales mediante el incentivo de flujos jurídicos, de la mano de una construcción de jerarquías axiológicas entre sistemas y, entonces, mediante la adscripción de la propiedad «prestigio» bajo el prisma (el metacriterio) de la eficiencia a la luz de las doctrinas de la nueva economía comparada.

6. ¿Prever los efectos de los flujos jurídicos?

Hasta el momento se ha hecho una referencia parcial a la primera pregunta que, en materia de flujos jurídicos, ocupa a la teoría de la comparación: ¿cuáles son las razones de los flujos jurídicos?

comparada que pretenda la identificación de un mejor derecho, de una mejor solución, implica necesariamente un compromiso ideológico no declarado por el comparatista. No obstante, alguna literatura comparada insiste en la necesidad de incluir, dentro de las funciones de la comparación jurídica, aquella de la identificación del mejor derecho: véase, por ejemplo: Markesinis (2003).

30 El recorrido es bastante complejo. Dos estrategias (aparentemente) descriptivas casi contrastantes: una antihistoricista (variables numéricas ampliamente desconectadas de variables culturales no cuantificables) y otra historicista (orígenes legales) que se autoafirman y que combinadas «justificarían» una propuesta normativa dirigida a la homologación entre los sistemas jurídicos y, entonces, a la eliminación de las diferencias identificadas. Esta homologación (esta pretensión de unificación normativa) no ha sido ajena a los análisis críticos frente a la pretensión de construcción de una especie de *global rule of law*. En efecto, Monateri (2013) precisa que se estaría progresivamente consolidando un «derecho sin confines de la *governance* mundial, más que una *rule of law* planetaria» como respuesta de la banca multilateral a un fenómeno específico, es decir, la distinción evidente entre los diferentes sistemas jurídicos que contrasta con un «orden jurídico “sin confines” del sistema de la OMC-Fondo Monetario-Banco Mundial que convierte en problemática la convivencia de varios sistemas entre ellos incompatibles», en el ámbito de la reglamentación uniforme del derecho mundial del comercio (p. 27). Sobre el mismo punto véase: Ferrarese (2010, cap. VI, referido a la «*governance* contractual») [Nota al pie tomada de Moreno Cruz (2017b)].

31 Este mecanismo mediante el cual se «sugieren» flujos jurídicos para consolidar cambios legales en consonancia con una jerarquía axiológica entre derechos, también puede ser identificado en la forma como Europa está afrontando la crisis de la deuda soberana y su restructuración en manos del Fondo Monetario Internacional y el Mecanismo Europeo de Estabilidad. En efecto, como precisa Somma (2014, pp. 144-146) y Somma (2016), la forma como se ha afrontado esta crisis muestra una continuidad de las políticas que gobiernan la banca multilateral y que responden, igualmente, a la consolidación en Europa del pasaje del capitalismo renano al capitalismo neoamericano y, entonces, a un énfasis en las políticas de matriz neoliberal. En específico, la imposición de flujos jurídicos en la forma de reformas jurídicas locales —relativas a la restricción del gasto social, la liberalización del mercado del trabajo y un incremento de los ingresos mediante políticas de privatizaciones y liberalizaciones— como condición necesaria que impone el Fondo Monetario Internacional y, en la actualidad, también, el Mecanismo de Estabilidad Europea, para acceder a créditos que sirven para subvertir situaciones de endeudamiento en los países europeos que no logran estar dentro de los parámetros-límites establecidos en el pacto de estabilidad.

En relación con la segunda pregunta, es decir, ¿hasta qué punto es posible prever los efectos de la recepción del flujo jurídico?, algunas breves reflexiones resultan pertinentes.

En primer lugar, esta pregunta es fundamental desde el punto de vista de la justificación de los flujos jurídicos. En efecto, si, como ya se indicó, los flujos jurídicos gobernados por el prestigio se activan en cuanto el receptor o el productor del dato jurídico consideran que se trata del mejor derecho, pareciera ser que la previsión de los efectos del flujo jurídico debería ser un elemento imprescindible del razonamiento mediante el cual se activa el flujo.

Sin embargo, existen varias evidencias y varias premisas teóricas que conducen a pensar que no es posible, al menos no del todo, determinar con claridad cuáles serán los efectos de un determinado flujo jurídico y, tanto menos, esperar que los efectos se produzcan de forma idéntica en ambos escenarios (centro de producción y ordenamiento receptor).

Esto se debe a que, en realidad, muchas veces el resultado que se pretende obtener mediante el flujo jurídico no corresponde (es decir, no es generado) en el escenario productor por el dato jurídico «escogido» para el flujo (siendo este el caso de los llamados flujos de tendencia)³².

De hecho, pareciera ser que para algunos (en una visión tal vez algo extrema, aunque en cierta medida plausible) resultaría casi imposible, en sentido estricto, entender en profundidad (con certeza) las razones que activan, generan, determinados resultados normativos en cualquier escenario jurídico. En consecuencia, dado que resultaría casi imposible para cualquier observador (interno o externo) lograr capturar los datos jurídicos relacionados con un determinado efecto identificado en el real operar de las fuentes del derecho de un centro de producción, la misma sugerencia del flujo estaría «viciada» en cuanto no se puede saber con certeza si el dato jurídico «escogido» para la circulación efectivamente produjo (y produce) en el centro de producción el efecto que se espera produzca en el escenario receptor³³.

En segundo lugar, porque —aun cuando se acepte, en gracia de discusión, que efectivamente el dato jurídico que fue «escogido» como flujo jurídico sí corresponde, en el centro de producción, con los efectos que se pretenden obtener mediante el flujo— otros factores condicionarán necesariamente el real operar del dato jurídico importado, imposibilitando una posible previsión de sus efectos. En concreto, por ejemplo: (i) la competencia que se generará entre las fuentes del derecho del centro de recepción una vez que se active el desequilibrio y la recomposición del sistema como consecuencia del flujo jurídico; (ii) los condicionamientos propios de la cultura jurídica receptora, tales como las técnicas interpretativas preponderantes en el centro de recepción, las ideologías sobre las fuentes del derecho y las concepciones de justicia³⁴.

32 El «flujo de tendencia» es entendido por Lupoi (2006) como aquel flujo que se activa cuando se considera que la adopción de uno o varios enunciados normativos por parte de las fuentes formales del derecho conducirá a un resultado «identificado» en el centro de producción, sin percatarse de que dicho resultado, sobre todo, se verifica en el escenario productor como consecuencia de otros datos jurídicos: de una «línea de tendencia» que, aunque sujeta también a posibles flujos jurídicos, está referida más a una serie de «valores y datos político-institucionales» y no a enunciados normativos formales.

33 Sin embargo, véase: Nelken (2003).

34 No solo eso. Los factores culturales pueden llegar a ser tan profundos que su identificación requiere de análisis complejos irreducibles a variantes numéricas. En efecto —además de la fuerza abrasadora del concepto de tradición reformulado por Glenn (2014) y su vocación para superar a la cultura como concepto exhaustivo desde un punto de vista explicativo (también véase: Glenn, 2004)—, los comparatistas han hablado de «estilo» del sistema —por ejemplo: Zweigert y Kötz (1987) y, para una lectura del todo innovadora del concepto de estilo: Monateri

En términos breves, pareciera ser que prever en su totalidad los resultados del flujo y, más aún, esperar que los efectos del flujo jurídico sean idénticos a los que el dato jurídico objeto de circulación genera en el centro de producción, es poco probable. No así, para entendernos, la generación de posibles similitudes parciales entre el centro de producción y el sistema receptor cuando se activa el acto de imitación.

No obstante estas dificultades, lo cierto es que aun hoy muchos consideran posible (también algunos comparatistas), (i) no solo la identificación de (lo que ya he caracterizado como) un mejor derecho y (ii) la identificación de los datos normativos que generan el resultado esperado en el centro de producción, sino también (iii) la previsión de los resultados que el flujo jurídico desencadenará en el centro de recepción.

No sorprende este enfoque al interior de un debate (y de intuiciones) ajeno a la comparación jurídica; de hecho, como ya se indicó, la mayoría de los flujos jurídicos que se generan por prestigio están acompañados por unas creencias dirigidas a patrocinar la imitación de información normativa jurídica ajena bajo el entendido de que esa información jurídica es (comprendida como) un mejor derecho a la luz de ciertos metacriterios que gobiernan la configuración de la respectiva jerarquía axiológica.

Sorprende, en cambio, que esta perspectiva tenga amplio espacio en el área de la reflexión teórico-comparada, no obstante existan evidencias contundentes de que, al menos, es probablemente errado considerar la circulación de datos jurídicos como un acto neutral en el que no existirían factores externos (principalmente culturales, sociales, políticos y económicos) que podrían condicionar su efectiva recepción y, obviamente, su operar concreto en el centro de recepción.

En efecto, en el ejemplo aquí analizado sobre el proyecto Doing Business se considera, también en atención a la doctrina de los *legal origins*, que es posible lograr el cambio legal esperado con el flujo mediante una actividad dirigida exclusivamente a las reformas de orden normativo-institucional. Esto explica la vocación uniformadora del proyecto, al menos en relación con la regulación y las instituciones que, en cada ordenamiento, condicionan la actividad empresarial.

Esta concepción sobre la previsibilidad de los efectos de los flujos jurídicos —imperante también en relación con otros varios flujos jurídicos provenientes del escenario internacional e incorporados por medio de tratados bilaterales y multilaterales, o sugeridos mediante *soft law*— puede ser expresada haciendo referencia a un principio conocido como «la indiferencia o la neutralidad del derecho»: los cambios legales esperados podrían ser producidos, y diseñados, mediante flujos jurídicos, sin tomar en consideración las características políticas, sociales y culturales del escenario receptor³⁵.

7. Conclusión. A propósito de la distinción entre *common law* y *civil law*

El aurea de prestigio que circunda el derecho de matriz angloamericana, especialmente el estadounidense —también a raíz de una hegemónica consolidación de la perspectiva económica

(2013)—, de «criptotipo» —Sacco (1991)—, de «conciencia jurídica» —por ejemplo: Kennedy (1980)— y, entre otros, de «mentalidad jurídica» —Legrand (1996)—. Todos estos son conceptos que buscan referir (y, al mismo tiempo, convertirse en instrumentos epistemológicos para capturar) esas propiedades, incluso no expresas, que condicionan irremediabilmente el derecho en su real operar.

35 Véase: Ajani (2009).

propia de la nueva economía comparada y, entonces, una prevalencia del modelo capitalista neoliberal o neoamericano³⁶—, es (aunque no solo) el resultado de la combinación entre la ya mencionada teoría de los orígenes legales y las recomendaciones de reformas normativas sugeridas por el proyecto Doing Business y su explícita construcción de jerarquías a la luz de metacriterios normativos, principalmente aquel de la eficiencia. Una hegemonía construida según la idea (bastante discutible) de la posibilidad de obtener, (i) mediante la búsqueda del crecimiento económico, el desarrollo integral de las economías para asegurar el bienestar social, (ii) asumiendo como cierta la transparencia de los factores culturales y sociales propios de los sistemas receptores de los flujos jurídicos y, entonces, la posibilidad de prever sus efectos.

En la construcción y representación de la llamada tradición jurídica occidental, y el tradicional contraste interno entre *common law* y *civil law*, la tendencia a la hegemonía del derecho del *common law* no es tan reciente; aunque, actualmente, parece algo contundente. Claro, esta hegemonía —que se manifiesta, al menos desde una perspectiva superficial, con una clara tendencia hacia una pretensión de uniformidad de enunciados normativos, también aquellos que regulan la configuración de las instituciones— no deriva, no podría derivar, en una uniforme aplicación del derecho en los países receptores de las reformas (a raíz de previos flujos jurídicos) —salvo que se adopte una perspectiva que considere que el derecho es impermeable frente a los factores sociales y culturales locales—.

Esta tendencia uniformadora en la producción de enunciados normativos (no cierta en su interpretación ni en la eficacia de las respectivas normas) está acompañada por una serie de constantes que parecen indicar una reconfiguración del acto de producción del derecho. Si se piensa en la fuente jurisprudencial (no siendo el único caso: sucede con el arbitraje, sucede con el *soft law*, sucede con la legislación y sucede con algunas normativas a nivel internacional y regional), es posible identificar una tendencia hegemónica que parece reconfigurar las reconstrucciones de los sistemas adscritos al *civil law*.

En efecto, y solo por abordar de manera muy breve uno de los tantos matices sobre la reconfiguración de la jurisprudencia en el panorama de las fuentes del derecho a nivel global³⁷, esto resulta evidente a partir del análisis de la jurisprudencia de matriz constitucional caracterizada por un intenso uso del lenguaje de los derechos fundamentales; uso condicionado por (al menos) cuatro factores específicos: (i) la formulación escrita de catálogos de derechos fundamentales en la mayoría de las constituciones, por cierto rígidas y dotadas de control de constitucionalidad; (ii) la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados; (iii) los mecanismos internacionales de garantía y justiciabilidad de los derechos fundamentales; y (iv) el uso por parte de los jueces locales de la jurisprudencia foránea.

En este tipo de jurisprudencia, más aún en el evento del empleo de remedios procesales *ad hoc* —me refiero a mecanismos de amparo constitucional, pensando, por ejemplo, en el escenario latinoamericano y, particularmente, en la jurisprudencia relativa a la justiciabilidad de derechos sociales³⁸—, el juez se convierte en protagonista *ex post* en la producción del dere-

36 Sobre el punto, véase: Somma (2014).

37 De todas formas, para una perspectiva general, véase, por ejemplo: Kapiszewski, Silverstein y Kagan (2013).

38 Para una perspectiva (también) empírica sobre este punto, al menos en relación con las llamadas sentencias estructurales en Colombia, véase: Rodríguez-Garavito y Rodríguez-Franco (2015).

cho³⁹, sirviéndose, a su vez, de «diálogos» con otros jueces⁴⁰; un diálogo que desborda los confines trazados por las soberanías estatales, debilita (y, entonces, reconfigura) la fuerza coercitiva de las fuentes del derecho más tradicionales y flexibiliza y reformula las reglas de competencia en la producción del derecho por parte de los jueces⁴¹.

A estos fenómenos se suma la (re)propuesta de la eficacia del precedente judicial en clave (a veces, solo supuestamente) innovadora que ha sido leída —en el contexto de una construcción generalizada del prestigio del derecho del *common law*— como una insuperable tendencia hacia la disolución de las fronteras entre los sistemas del *common law* y los sistemas del *civil law* en razón de una innegable modificación, en los últimos, de la jerarquía de las fuentes del derecho a favor de un gobierno (sin confines⁴²) de los jueces.

A pesar de ello, esta conclusión no parece del todo acertada. En efecto, y más allá de la forma (a veces simplista) en la que se han tendido a reforzar lugares comunes en relación con las experiencias del precedente judicial en ambos sistemas⁴³ y la forma, algo parcializada y en parte no histórica, en la que se dibuja el rol de la jurisprudencia en ambas familias de sistemas, lo cierto es que existen diferentes perspectivas teóricas que, en ese proceso de uniformidad aparente, ven con dificultad el fundamento de una posible homologación entre ambos sistemas⁴⁴.

Es patrimonio de la comparación jurídica estructuralista (difusionista) la «disociación entre formantes»⁴⁵ (es decir, entre fuentes del derecho⁴⁶): el real operar del derecho, en oposición a la simple declamación del jurista local, solo puede ser capturado mediante un análisis disociado y no previamente jerarquizado de todas las fuentes del derecho del escenario jurídico objeto de análisis. No basta, para decirlo de manera simple, que en dos escenarios se emplee, incluso a nivel de las fuentes formales del derecho, la locución «precedente judicial» y se sitúe (normativa o empíricamente) en la cúspide de la jerarquía de las fuentes a la jurisprudencia, para poder deducir similitudes radicales entre *common law* y *civil law*. Por el contrario, el

39 Para un análisis concreto sobre este fenómeno en la Corte Constitucional colombiana, véase: Moreno Cruz (2016) y Moreno Cruz (2017a).

40 Entre toda la literatura sobre el argumento véase, por ejemplo: Ferrarese (2006, cap. IV) y el clásico Slaughter (2003).

41 «We could say that the global world has become a sort of immense judge-made world of law. Where law consists not so much of statutes and other forms of written laws, but rather of judicial or quasi-judicial decisions» Ferrarese (2009, p. 120). Véase también: Ferrarese (2010, cap. V).

42 Para un análisis de la actualidad jurídica en el escenario global a la luz de la disolución de los confines, véase: Ferrarese (2006); sin embargo, para algunas precisiones y reconsideraciones en atención a la relación espacio-territorio y al flujo de información jurídica, véase: Ferrarese (2012, cap. VII), a partir de una formulación del derecho global mediante el concepto (foucaultiano) de «dislocación».

43 Sobre estos lugares comunes, véase: Moreno Cruz (2014).

44 No cierto con base en los argumentos de la teoría de los orígenes legales que, en realidad, como ya fue precisado, aunque radicaliza las diferencias, termina por sugerir la posibilidad de enmendarlas mediante, precisamente, la adopción de las propiedades del *common law* por parte de los sistemas del *civil law* (véase: *supra* § 5).

45 Sacco (1991) y Sacco (1993).

46 Claro, bajo el entendido de que las fuentes del derecho, como ya he precisado, lejos están de reducirse a las fuentes formales del derecho. Más aún, lejos están de reducirse a las expresiones capturadas en enunciados. Valdría la pena, entonces, entender «formante» también como (re)formulado por Monateri (2013): «aquello que condiciona y determina la adopción de una determinada forma o estilo más allá de los meros hechos y, entonces, de las normas redactadas en textos; de hecho, [el formante] constituye la reserva de sentido originaria que deriva de la concreta manifestación histórica de un determinado *nomos*, como fundamento del orden histórico» (p. 49).

discurso es más complejo, no solo en razón de las competencias entre las fuentes del derecho locales, sino porque tal análisis se debe remontar, incluso, y por ejemplo, a la forma en que la propia cultura jurídica reconstruye, recuerda, su propio pasado, es decir, la representación actual (y el gobierno y gestión por parte de los actores jurídicos) de la propia memoria, independientemente de su veracidad historiográfica⁴⁷.

Con específica referencia a la cuestión de la reconstrucción del propio pasado (y el condicionamiento por parte de este) y, entonces, la forma en la que el derecho, en el presente, recuerda y al mismo tiempo se (re)propone a sí mismo, es decir, su «estilo»⁴⁸, la distinción entre *common law* y *civil law* ha sido teorizada recientemente en el sentido de una distinción difícilmente superable.

En pocas palabras, y siguiendo con la referencia a las decisiones de la justicia constitucional, en ciertas decisiones jurisprudenciales de algunos sistemas adscritos al *civil law*, cuando las mismas operan (como muy a menudo ocurre) fuera de los confines de la interpretación (en sentido estricto) de los enunciados normativos, los jueces tienden a presentar de todas formas sus decisiones como excepcionales (en realidad, una normal-excepcionalidad) y, aun así, coherentes con una estructura de las fuentes aceptada en la cultura jurídica.

Se trata de un condicionamiento cultural (evidente en los respectivos razonamientos) que se explica en razón del estilo del sistema: el condicionamiento generado por la herencia del recuerdo del propio pasado; recuerdo que inevitablemente se (re)presenta cada vez como una especie de muro de contención. Un recuerdo que parece generar resistencia específicamente cuando la decisión es proferida fuera de los confines trazados por el poder soberano (legislativo), es decir, por fuera de aquella pretensión «hiperbólica»⁴⁹ típica de la ideología del positivismo jurídico, en su versión más ingenua⁵⁰, caracterizada por la pretensión de externalizar⁵¹ y

47 Precisa Monateri (2013): «quisiera ser claro en este punto. Aquí no es importante que estos “recuerdos” sean verdaderos. Es decir, no está en cuestión el hecho que los actuales sistemas de justicia del continente *deriven* del derecho romano, ni que las actuales cortes estadounidenses conserven algún aspecto de los elementos de las antiguas cortes reales de Westminster. No se trata aquí, obviamente, de un problema historiográfico, sino de “figuras del recuerdo” como bien ha resaltado Jan y Aleida Assmann, o bien de “figuras” que operan en cuanto son mantenidas como recuerdos independientemente de su verdad historiográfica» (p. 37).

48 Entendido en los términos de Monateri (2013): «El estilo de un sistema jurídico es, entonces, el modo en que el derecho en ese sistema se produce a sí mismo» (p. 47).

49 Es Monateri (2013) quien usa la expresión «hipérbole soberana» para denotar un acto de exageración (en el sentido de agrandamiento) dirigido a una especie de perfección política mediante la captura *ex ante* (por medio de la escritura) de la ley y de su excedencia, su residuo, en un único cuerpo (p. 102).

50 Para un exhaustivo análisis sobre el positivismo, específicamente en atención a la distinción entre positivismo ideológico y positivismo metodológico, véase, recientemente, también para ulteriores referencias bibliográficas: Chiassoni (2016).

51 Uso esta expresión para, en realidad, referir a la distinción formulada por Costantini (2007) y Costantini (2012, pp. 235-236) entre «encarnación» y «excarnación» del derecho. Una distinción, creo fundamental, para trazar la diferencia, en sus orígenes, entre *civil law* y *common law*: «the law can be *in*-carnated in a physical body, or conversely it can be excarnated in a book, in a canon, in the form of a juridical inscription». En el primer caso, «the history of civil law is structured on the central role attributed to the material pages of justinian's *Corpus Iuris*. The book of the law, with its theological ascendancy, was intended to be complete, exhaustive and incorruptible even by interpretative attempts». En el segundo caso, «the history of English common law is marked by undisputable pre-eminence of the common lawyers, encroached in their exclusive brotherhood: they declared what Law was and therefore they were sacralised as the oracles of the Law»; un fenómeno que asegura «several types of monopolies: a monopoly on the final administration and dispensation of remedies, so as to assign a sovereign power to the community of sergeants at law; a monopoly on the sapiential heritage and on the construction of genealogies, so as to make the *corpus* of common lawyers a physical depository of memories and traditions».

capturar *ex ante* y en un texto cerrado y definitivo el acto de producción del derecho.

Este tipo de decisiones fracturan el acto hiperbólico, pero, al mismo tiempo, se confrontan con su (re)creación y, por ello, las decisiones jurisprudenciales como las aquí caracterizadas son percibidas, contemporáneamente, de dos formas excluyentes: (i) como el resultado de una ambigua, intermitente e inestable invasión de la esfera de competencia tradicionalmente adscrita a otros poderes públicos; (ii) pero, al mismo tiempo, como un resultado inevitable, condicionado por una reconfiguración del panorama normativo en atención a fuentes del derecho cuya interpretación local y foránea impone ese acto excepcional de derrota, *ex post*, de las normas habitualmente identificadas en el acto de (en sentido estricto) interpretación de los enunciados producidos por los parlamentos.

Esta especie de contradicción interna del acto decisorio en los jueces del *civil law* parece contrastar con la forma en la que el recuerdo del propio pasado se representa en el acto decisorio del juez del *common law* o, mejor, de los sistemas jurisdiccionales. En pocas palabras, basta señalar que en los sistemas jurisdiccionales el acto decisorio, que puede ser caracterizado como una especie «ironía»⁵², es entendido, porque así es recordado, como una decisión que es, al mismo tiempo, precisamente en cuanto irónica, el fruto imperfecto de una especie de verbalización progresiva de un derecho no verbalizado y, entonces, nunca definitivamente capturado ni externalizado; un derecho siempre en «obra negra», un derecho que, sin pretensión de exhaustividad, se materializa lingüísticamente en la decisión judicial solo en atención al análisis del caso concreto y opera, a partir de ahí, no como captura definitiva del derecho, sino, para decirlo con Monateri (2013) como «*exemplum*»: «de este modo, aquello que los jueces dicen decidiendo el caso solo puede representar su *opinión* sobre que es la ley *en ese caso*. La razón del decidir, *la ratio decidendi*, no es dada por sus palabras, sino por los *hechos mismos* en presencia de los cuales esos jueces decidieron ese caso en ese modo» (p. 87).

Esta distinción entre *civil law* y *common law* (sumado a varias otras) es fundamental y debe ser tomada en serio, así sea solo para desvirtuarla, es decir, para acreditar que la «presentificación»⁵³ de tales recuerdos —que, de por sí, ya prescinden, para que operen sus efectos, de su estricta verdad historiográfica— pueden haber mutado en manos de sus respectivos administradores, al punto de diluirse en estilos análogos.

Por ahora, sin embargo, y como ya ha sido varias veces precisado en este escrito, no parece suficiente reducir la acreditación de semejanzas radicales entre el *common law* y el *civil law* a la constatación del empleo de términos similares, de criterios y teorías interpretativas en parte equivalentes ni a la constatación de flujos jurídicos entre ambos tipos de realidades. No parece tampoco suficiente acreditar la adscripción (por cierto, con acepciones diferentes) de la forma en la que actúan los jueces en ambos sistemas al llamado «activismo judicial» para deducir similitudes radicales y, así, diluir distinciones. Distinciones que, en realidad, muchas veces se

52 Nuevamente es Monateri (2013) quien, para enfatizar esa distinción de fondo en el estilo de los sistemas, describe la decisión judicial en los estados jurisdiccionales como «irónica»: «crear *a través de la representación*, un doble plano en el que la misma cosa es, al mismo tiempo, dos cosas diferentes y, según el contexto, se puede pasar de una a la otra salvando siempre la situación. La decisión del juez es una decisión, pero es *también* la declaración del contenido de una ley preexistente, a la cual, sin embargo, se tiene acceso solo a través de la declaración imperfecta del juez» (p. 89).

53 Uso aquí, aunque no un significado algo diferente (en cuanto no asumo una perspectiva ontológica) un término acuñado por Costantini (2012, p. 232).

esconden en factores normativos no verbalizados que condicionan la cultura jurídica, pero que solo pueden ser rastreados mediante un análisis más detenido del dinamismo de los sistemas jurídicos y, entonces, de la administración del propio recuerdo por parte de los actores jurídicos en la invención o formulación de sus propias tradiciones jurídicas.

REFERENCIAS

- Ajani, G. (2009). Legal Change and economic performance: an assessment. En A. Bakardjieba, y J. Nergelius (Eds.), *New Directions in Comparative Law* (pp. 3-18). Cheltenham-Northampton: Edward Elgar.
- Association Henri Capitant. (2006). *Les droits de tradition civiliste en question: à propos des Rapports «Doing Business»*. París: Société de Législation Comparée.
- Bakardjieva Engelbrekt, A. (2009). Toward an institutional approach to comparative economic law. En A. Bakardjieva, y J. Nergelius (Eds.), *New Directions in Comparative Law* (pp. 213-251). Cheltenham-Northampton: Edward Elgar.
- Beck, T., y Levine, R. (2008). Legal Institutions and Financial Development. En M. Shirley y C. Menard (Eds.), *Handbook of New Institutional Economy* (pp. 251-278). Heidelberg: Springer.
- Chiassoni, P. L. (2016). *El discreto placer del positivismo jurídico*. P. Moreno Cruz (Ed.) (María Moreno Cruz, trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Costantini, C. (2007). *La legge e il tempio. Storia comparata della giustizia inglese*. Roma: Carocci.
- Costantini, C. (2012) The iconicity of space: comparative law and the geopolitics of jurisdictions. En P. G. Monateri (Ed.), *Methods of Comparative Law* (pp. 230-240). Cheltenham-Northampton: Edward Elgar.
- Ferrarse, M. R. (2006). *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*. Roma-Bari: Laterza.
- Ferrarse, M. R. (2009). Transjudicial Dialogue and Constitutionalism: A Risk or an Opportunity for Democracy. *Sociologia del diritto*, 2, 113-139.
- Ferrarse, M. R. (2010). *La governance tra politica e diritto*. Bologna: Il Mulino.
- Ferrarse, M. R. (2012). *Prima lezione di diritto globale*. Roma-Bari: Laterza.
- Frankenberg, G. (1985). Critical Comparisons: Re-thinking Comparative law. *Harvard International Law journal*, 26, 411-455.
- Frankenberg, G. (2012). How to do Projects with Comparative Law: notes of an expedition to the Common Core. En P. G. Monateri (Ed.), *Methods of Comparative Law* (pp. 120-143). Cheltenham-Northampton: Edward Elgar.
- Gerber, D. (2001). Sculpting the Agenda of Comparative Law: Ernst Rabel and the Facade of Language. En A. Riles (Ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law* (pp. 190-208). Oxford-Portland: Hart Publishing.

- Glenn, P. (2004). Legal Culture and Legal Tradition. En M. Van Hoecke (Eds.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law* (pp. 7-20). Oxford-Portland: Hart Publishing.
- Glenn, P. (2008-2009). A concept of legal tradition. *Queen's Law Journal*, 34, 427-445.
- Glenn, P. (2014). *Legal Traditions of the World* (5.^a ed.). Oxford: Oxford University press.
- Graziadei, M. (2003). The functionalist heritage. En P. Legrand, y R. Munday (Eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (pp. 100-130). Cambridge: Cambridge University Press.
- Graziadei, M. (2006). Comparative Law and the Study of transplants and Receptions. En M. Reimann y R. Zimmermann (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (pp. 441-475). Oxford: Oxford University press, 2006.
- Graziadei, M. (2009). Legal Transplant and the Frontiers of Legal knowledge. *Theoretical Inquiries of Law*, 10(2), 723-743.
- Kapiszewski, D., Silverstein, G., y Kagan, R. (Eds.). (2013). *Consequential Courts: Judicial Roles in Global Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kennedy, D. (1980). Toward and Historical Understanding of Legal Conscious: The Case of Classical Legal Thought in America: 1850-1940. *Law and Sociology*, 3, 3-24.
- La Porta, R.; López de Silanes, F.; Shleifer, A. y Vishny, R. (1998). Law and Finance. *Journal of Political Economy*, 106(6), 1113-1155.
- La Porta, R., Florencio López de Silanes, F., y Shleifer, A. (2008). The Economic Consequences of Legal Origins. *Journal of Economic Literature*, 46(2), 285-332.
- Legrand, P. (1996). European Legal Systems are not Converging. *International and Comparative Legal Quarterly*, 45(1), 52-81.
- Legrand, P. (1997). The Impossibility of Legal Transplants. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4, 111-124.
- Legrand, P. (2001). What «legal transplant»? En D. Nelken, y J. Feest (Eds.), *Adapting Legal Cultures* (pp. 55-70). Oxford-Portland: Hart Publishing.
- Legrand, P. (2003). The same and the different. En P. Legrand, y R. Munday (Eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (pp. 240-301). Cambridge: Cambridge University Press.
- Lemaitre, J. (2015). ¿Constitution or barbarism? How to rethink law in “lawless” spaces. En Rodríguez-Garavito, César (Ed.) (2015). *Law and Society in Latin America. A new Map*. (pp. 43-62). New York : Routledge.
- Lupoi, M. (2006). *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Markesinis, B. (2003). *Comparative Law in the Courtroom and Classroom. The Story of the Last Thirty-Five Years*. Oxford-Portland: Hart Publishing.

- Michaels, R. (2006). The functional Methods of Comparative Law. En M., Reimann, y R. Zimmermann (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (pp. 339-382). Oxford: Oxford University press.
- Monateri, P. G. (2003). The «Weak Law»: Contamination and legal Cultures. *Transnational Law and Contemporary Problems*, 13, 575-592.
- Monateri, P. G. (2012). Methods in Comparative Law: An Intellectual Overview. En P. G. Monateri (Ed.), *Methods of Comparative Law* (pp. 1-15). Cheltenham-Northampton: Edward Elgar.
- Monateri, P. G. (2013). *La geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politico*. Roma-Bari: Laterza.
- Moreno Cruz, P. (2014). Una (pequeña) caja de herramientas para el estudio de los sistemas de relevancia (más, o menos) vinculante del precedente judicial. (Re)visitando lugares comunes. En J. L. Benavides (Ed.), *El sistema de precedentes jurisprudenciales en el derecho administrativo colombiano* (pp. 53-105). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Moreno Cruz, P. (2016). Libertà contrattuale e azione di amparo in Colombia. Il caso dell'inapplicabilità delle clausole contrattuali. En M. Grondona (Ed.), *Libertà, persona, impresa, territorio* (pp. 47-63). Roma: Aracne.
- Moreno Cruz, P. (2017a). Freedom of contract and constitutional values. Some exceptional cases from The colombian Constitutional Court. En P. G. Monateri (Ed.), *Contract Law* (pp. 216-241). Cheltenham-Northampton: Edward Elgar.
- Moreno Cruz, P. (2017b). Comparar las comparaciones jurídicas: observaciones al margen de la Introducción al derecho comparado de Alessandro Somma. *Revista de derecho privado*, (34), 491-512.
- Nelken, D. (2003). Comparative and transferability. En P. Legrand, R. Munday (Eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (pp. 437-466). Cambridge: Cambridge University Press.
- Örücü, E. (2002). Law as Transposition. *International and Comparative Law Quarterly*, 51, 205-223.
- Örücü, E. (2006). Methodological Aspects of Comparative Law. *European Journal Law Reform*, 8, 29-42.
- Örücü, E. (2015). Something old, something new in Comparative Law. *Journal of International and Comparative Law*, 2, 323-336.
- Rodríguez-Garavito, C. (Ed.) (2015). *Law and Society in Latin America. A new Map*. New York: Routledge.

- Rodríguez-Garavito, C., y Rodríguez-Franco, D. (Eds.). (2015). *Radical Deprivation on Trial. The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in the Global South*. New York : Cambridge University Press.
- Sacco, R. (1991). Legal Formants: A Dynamic Approach to comparative Law (Installment II of II). *American Journal of Comparative Law*, 38, 1-34.
- Sacco, R. (1993). *Introduzione al diritto comparato*. Torino: Utet.
- Samuel, G. (2014). *An Introduction to Comparative Law. Theory and Method*. Oxford: Hart Publishing.
- Schlesinger, R. B. (Ed.). (1968). *The Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems*. New York-London: Dobbs Ferry.
- Siems, M. (2014). *Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Slaughter, A-M. (2003). A Global Community of Courts. *Harvard International Law Review*, 44, 191-219.
- Somma, A. (2014). *Introduzione al diritto comparato*, Roma-Bari: Laterza (E. Conde Naranjo, trad. esp., 2015, *Introducción al derecho comparado*). Madrid: Universidad Carlos III.
- Somma, A. (2016). Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito. *Contratto e impresa*, (1), 124-158.
- Watson, A. (1993). *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (2.^a ed.). Athènes-Georgia: University of Georgia Press.
- World Bank. 2017. *Doing Business 2017: Equal Opportunity for All*. Recuperado de <http://espanol.doingbusiness.org/es/methodology>
- Zweigert, K., y Kötz, H. (1987). *An Introduction to Comparative Law* (3.^a ed.). Oxford: Oxford University Press.

AGRADECIMIENTOS

AGRADECIMIENTOS

Jean-Paul Saucier Calderón

Editor académico

*Cuando emprendas tu viaje hacia Ítaca
debes rogar que el viaje sea largo,
lleno de peripecias, lleno de experiencias.*

Ítaca

Konstantínos Kaváfis

No es obra del azar que varias de las ideas esparcidas en este trabajo colectivo hayan surgido en el marco de intensas conversaciones realizadas durante un viaje académico al Cusco. En febrero del año 2017, llevamos a cabo un taller en P'isaq sobre la enseñanza del derecho comparado para los profesores de derecho de la PUCP, en el cual también participaron colegas extranjeros. Entre ellos, se encontraban Michele Graziadei, colega y amigo comparatista italiano e historiador del derecho, y Armando Guevara, amigo cusqueño y antropólogo del derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Si bien llegué a plantear el proyecto de esta obra antes de que se realizara el taller, fueron las iluminadoras conversaciones que tuve con Michele y Armando las que reforzaron mi convicción en la necesidad de su publicación.

Para los tres, el taller en la ciudad de P'isaq que duró una semana constituyó la mitad de nuestra travesía, pues nos faltaba recorrer los senderos quebrados que llevan a Choquequirao, ciudadela inca a la que también denominan la «hermana sagrada» de Machu Picchu. En vísperas de nuestro periplo, Armando me pidió que acompañe a Michele a la ciudad del Cusco para que procure los enseres que le faltaban para esa parte del viaje, la cual sería menos cómoda y plácida que nuestra estadía en el hospedaje de P'isaq. Así fue que un peruano-canadiense —probablemente más canadiense que peruano— encargado por un antropólogo jurídico cusqueño fungía de guía turístico para un colega italiano en las escarpadas y poco oxigenadas calles del Cusco.

Cual un jurista comparatista que deriva su trucada legitimidad de conocimientos importados, yo, «guía turístico» dotado de una peruanidad parcial, inacabada y tal vez frustrada, gozaba del poder inmerecido de quien opera como intermediario entre dos mundos. Recuerdo cómo esta ambigüedad (palabra cuyo origen es un término en latín que significa «que actúa por uno y otro lado») nos llevó a conversar sobre cómo tantos colegas fundamentan intencionalmente la legitimidad de sus enseñanzas en su accidental y contingente capacidad de acceder a espacios normativos foráneos. Ante semejantes pretensiones sacerdotales o chamánicas¹,

1 Véase texto de Jean-Paul Saucier Calderón en esta misma obra, pp. 27-54.

quienes se preocupan por la honestidad intelectual de la enseñanza del derecho comparado han de cuestionar críticamente los métodos de enseñanza de su disciplina, así como las finalidades de su enseñanza. Esto es, precisamente, lo que pretendemos lograr con este proyecto.

Si bien nuestra estadía cusqueña y las conversaciones con Michele y Armando marcaron un hito en el impulso de este proyecto, la producción de esta obra hubiera sido imposible sin las contribuciones de sus autores. Asimismo, la calidad de cada capítulo no sería la misma si no fuera por el aporte crítico de los pares que realizaron el arbitraje. Igualmente, la minuciosidad de nuestros correctores de estilo, tanto en castellano como en inglés, agregó exactitud y coherencia a esta obra colectiva. Debo agradecer también a los amigos que ayudaron a resolver distintas dudas que surgieron durante la gestación de este proyecto: Julio Casma Rocha, Camila Chinchay Yacunta, Juan Carlos Díaz Colchado, Mireille Fournier, Nelcy López Cuéllar, Yvana Novoa Curich, José «Chemo» Saldaña Cuba, Aarón Verona Badajoz, Stéphane Sérafin, Deisy Taboada Huamán y Hugo Yuen Cárdenas.

Asimismo, es obligatorio mencionar que este proyecto tampoco hubiera sido posible sin el concurso del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) de la PUCP y sin el apoyo continuo de sus directores: Patricia Urteaga y David Lovatón, así como del Departamento Académico de Derecho y de la Facultad de Derecho de la PUCP.

Como una nota personal, la publicación de este trabajo marca para mí la culminación —temporal, espero— de una aventura personal e intelectual en suelos peruanos. Mi itinerario no hubiera sido posible sin aquellos que me dieron la oportunidad de servir al estudiantado de la Facultad de Derecho de la PUCP: René Ortiz, quien era coordinador del curso de derecho comparado, y nuestro decano, Alfredo Villavicencio. La magnitud de la deuda que tengo ante ellos me lleva a intuir, con postración, que no podré liquidarla completamente.

Varios amigos contribuyeron a que me sienta en casa durante mi estadía en Lima: Alberto Castro Barriga, Joel Campos, Jessica Cadenas Hernani, Edward Dyer Cruzado, Juan Carlos Díaz Colchado, Oswaldo Leandro Cornejo Amoretti, Gorki Gonzales Mantilla, Nadia Napurí Riofrío, René Ortiz Caballero, Víctor Saco Chung, José «Chemo» Saldaña Cuba, Moisés Sotelo Cotrina, Aarón Verona Badajoz, Hugo Yuen Cárdenas, Gustavo Zambrano Chávez y mis alumnos de los cursos de derecho comparado.

Cometería una injusticia si dejara en el olvido del silencio a quien le dio sentido y causa a mi estadía en Lima: Eliana Rosas Aguilar, compañera de vida de un pasado no tan lejano que sigue creciendo conmigo. Ella me ofreció el amparo y los cuidados de sus sentimientos, de su familia y de sus amigos. Esa constituye otra deuda que no podré saldar.

Finalmente, la generosidad de algunas personas siempre conmina a que se les ofrezca los últimos agradecimientos. Llegué a conocer a Armando Guevara hacia finales de mi estadía en Lima y, desde aquel entonces, me ha ofrecido desinteresadamente su apoyo intelectual y personal. Detrás de sus expresiones y porte un poco severos, se perfila un hombre magnánimo de una gran sensibilidad intelectual y emocional, la cual se ve reflejada en su trabajo de artesano que opera en las trincheras empíricas del derecho. En un espacio intelectual de recursos escasos, el tiempo que un colega nos ofrece para discutir y cuestionar —no solo avalar después de una somera lectura— nuestras propias ideas es probablemente el más acabado acto de altruismo y de colegialidad que pueda haber². Recuerdo cómo Armando apoyó este proyecto

2 Hugo Yuen Cárdenas, poeta y escritor, es otra persona con quien quedo en deuda por su solícita

desde sus inicios, y cómo se tomó el tiempo —a pocas horas de que se lo haya pedido— de revisar con rigor los borradores de la introducción a esta obra y de mi capítulo publicado en la misma³. He conocido pocos juristas en Lima que creen, como él, en la importancia de tomar inspiración de las ciencias sociales para darle más rigor a nuestras investigaciones y enseñanzas jurídicas. Armando forma parte de los pocos que no subestiman la necesidad de someter su trabajo a la crítica de sus colegas. Sospecho que transmitió ese gusto por el rigor a varios estudiantes de la PUCP, pero puedo, por los menos, dar fe de cómo su generosidad y rigurosidad intelectual se reflejan en dos colegas que han trabajado con él: Aarón Verona Badajoz y Gustavo Zambrano Chávez. Los espacios y tiempos de poca probidad y de asperidad intelectual apuntan hacia una necesidad de recurrir a modelos académicos que ayuden a enmendar esos espacios y tiempos defectuosos. Armando es uno de los académicos que están rectificando esos problemas, y poco importa si no busca o acepta desempeñar dicho papel.

El objetivo inicial de esta obra colectiva se inspira en el ideal, compartido con colegas como Armando, de construir una disciplina más crítica, rigurosa y auto-reflexiva, y de llevar a cabo una enseñanza de ella que tenga las mismas características. «Del dicho al hecho...», el lector podrá juzgar la amplitud del trecho que nos separa de nuestra ambición. Desde luego, adelante que se trata de un trecho inacabado y, tal vez, apenas esbozado, pero encuentro consuelo en los versos de Antonio Machado: «Caminante, no hay camino, se hace camino al andar».

No pretendo que el producto final esté a la altura de las pretensiones nomádicas que le imputo a esta obra. Sin embargo, me gustaría creer que, por algún accidente intelectual, nuestras contribuciones respectivas aportaron a un proyecto común que se puede expresar en términos itinerantes.

revisión de varias publicaciones mías en lengua castellana mientras me encontraba en tierras andinas, incluso textos aquí publicados. Sigo sin saber si aceptaba poner a mi disposición su agudo genio en la búsqueda del epígrafe o del sinónimo más idóneo —con una natural inclinación para el más licencioso— por puro «amor al arte» o por amistad. Para no obliterar mis optimistas ilusiones, prefiero conjeturar que Hugo me ayudaba por ambas razones.

3 Juan Carlos Díaz Colchado tuvo también la gentileza de hacer lo mismo en varias oportunidades.

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos de

Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156 - Breña

Correo e.: tareagrafica@tareagrafica.com

Página web: www.tareagrafica.com

Teléf.: 332-3229 Fax: 424-1582

Diciembre 2018 Lima - Perú

Esta obra colectiva se inspira en una serie de imágenes que caracterizan el estudio y la enseñanza del derecho comparado a la luz de la metáfora del viaje entendido como un movimiento de un espacio normativo, territorial, conceptual o teórico hacia otro. La primera imagen es la de un «adentro» referido a perspectivas desarrolladas desde puntos de partida que pretenden ubicarse en «nuestros» espacios y jurisdicciones. La segunda es la de un «afuera» hacia el cual tanto el derecho comparado como su enseñanza apuntan y que se puede entender como una extirpación, una superación y, tal vez, una transformación de quienes practican y aprenden el derecho comparado. En tercer lugar, se comunica la idea de «fronteras» que marcan delimitaciones tradicionales, conceptuales y teóricas entre distintos espacios jurisdiccionales y disciplinarios y que definen lo que está en juego en el derecho comparado. En fin, el derecho comparado y su aprendizaje también podrían ser entendidos mediante la imagen del «regreso», es decir, como una práctica que le da la oportunidad al sujeto, después de haber transitado en espacios ajenos y fronterizos a su «adentro», de operar un «regreso» hacia su propio espacio jurídico.

Más allá de los juegos estéticos que se pueden hacer con la simbología del viaje, el recorrido —tal vez errático— que se propone en esta obra refleja la diversidad y el eclecticismo de las experiencias de quienes contribuyeron a esta publicación. Así, la obra pretende ser una exhortación al encuentro y al reconocimiento de la legitimidad normativa y epistemológica del «Otro». En otras palabras, se trata de una reivindicación ética.

Jean-Paul Saucier Calderón

El derecho comparado se ha convertido en una herramienta clave para entender la dinámica y evolución de las instituciones jurídicas. En la Pontificia Universidad Católica del Perú hemos querido priorizar su estudio a través de una línea investigativa que incluye el dictado, desde el año 2015, del curso Sistema Romano Germánico y Derecho Anglosajón. En este curso se comparan, metodológicamente, las principales características de las dos tradiciones jurídicas más influyentes en el mundo contemporáneo: la tradición continental y la tradición anglosajona o *common law*. El propósito de esta publicación es incidir en el desarrollo de los temas que se imparten en ese curso y profundizar en la relación, a nuestro juicio, decisiva, entre el estudio del derecho y la comparación jurídica.

Consideramos que existen distintas aproximaciones que pueden enriquecer nuestra comprensión del sistema jurídico y de los elementos que lo conforman. El derecho comparado tiene el mérito de brindarnos herramientas que contribuyen a que ese análisis se lleve a cabo de manera satisfactoria, con un enfoque que pone el acento no en la revisión acrítica de las normas, sino en su desarrollo y narrativa histórica, y en su contexto, partiendo del supuesto, a veces olvidado, de que el derecho es, en esencia, una práctica social que se vincula con otras áreas del conocimiento y que influye en la forma en la que nos relacionamos y reconocemos dentro de la comunidad política.

Heber Joel Campos Bernal

ISBN: 978-612-47925-0-2



9 786124 792502