



EL NACIMIENTO DEL DERECHO COMPARADO
MODERNO COMO ESPACIO GEOGRÁFICO
Y COMO DISCIPLINA: INSTRUCCIONES
BÁSICAS PARA SU COMPRENSIÓN Y
USO DESDE AMÉRICA LATINA*

*THE BIRTH OF MODERN COMPARATIVE LAW
AS A GEOGRAPHIC SPACE AND A DISCIPLINE:
BASIC INSTRUCTIONS FOR ITS USE AND
UNDERSTANDING FROM LATIN AMERICA*

DIEGO LÓPEZ-MEDINA**

*Fecha de recepción: 2 de marzo de 2015
Fecha de aceptación: 31 de marzo de 2015
Disponible en línea: 30 de junio de 2015*

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO CITE THIS ARTICLE

López-Medina, Diego, *El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina*, 26 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 117-159 (2015). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il15-26.ndcm>

doi:10.11144/Javeriana.il15-26.ndcm

-
- * Este trabajo es fruto de investigación como profesor de la Universidad de los Andes.
** Profesor titular de derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia, donde dicta, entre otros, cursos de teoría jurídica y derecho comparado. Doctor (SJD) y Maestro en derecho (LLM), Universidad de Harvard, Cambridge, Massachusetts, Estados Unidos. Abogado y filósofo, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. En la actualidad, conjuer de la Corte Constitucional de Colombia y ha servido como juez adhoc de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Contacto: dlopez@uniandes.edu.co

RESUMEN

Los derechos nacionales no están aislados de las influencias extranjeras, ya que hacen parte de un “espacio jurídico transnacional” en que participan en un diálogo fuertemente jerarquizado de experiencias entre los distintos sistemas jurídicos. El Derecho Comparado moderno nació a comienzos del siglo XX como resultado de un intenso momento de cosmopolitismo que impactó también la imaginación geográfica y los mapas mentales de los abogados y de la disciplina jurídica. Este artículo apunta a presentar y contextualizar ese momento fundacional del moderno derecho comparado. Para hacerlo, trae una interpretación teórica de las discusiones metodológicas y sustantivas llevadas a cabo en el Congreso Mundial de Derecho Comparado de París, 1900 (bajo la dirección de los profesores franceses Raymond Saleilles y Édouard Lambert). El artículo defiende la posición de que, en esa misma época, se estaba constituyendo un “espacio jurídico transnacional” en el cual las soberanías nacionales abrieron sus sistemas legales a un proceso dinámico de influencia de materiales comparados y extranjeros. Los países latinoamericanos, junto con otros que experimentaban también intensos procesos de modernización (como Turquía y Japón), emprendieron entusiastamente su participación en el espacio jurídico transnacional. Alrededor de la misma época, los métodos básicos del derecho comparado moderno estaban siendo estabilizados y muchas de sus prescripciones continúan siendo dominantes hoy. El artículo, finalmente, pretende explicar a los abogados la geografía básica constitutiva y los protocolos metodológicos del derecho comparado moderno, con interés particular en la posición y los intereses de los sistemas jurídicos de América Latina en la fundación del derecho comparado como espacio y disciplina.

Palabras clave: cosmopolitismo; derecho extranjero; derecho comparado; Urrecht; Weltrecht; metodología del derecho comparado; trasplante jurídico; espacio jurídico transnacional; globalización jurídica; novecentistas; congreso de derecho comparado de 1900; historia del derecho comparado; colonización jurídica; descolonización jurídica

ABSTRACT

Domestic law is not isolated from foreign influence since it is part of a “transnational space of law”, in which it takes part of a strongly hierarchical dialogue of experiences between the different legal systems. Modern Comparative Law was born at the start of the 20th Century as a result of a moment of intense cosmopolitanism that also caused an impact on the geographical imagination and the mental maps of lawyers and the law discipline. This article aims to present and set in context that founding moment of modern comparative law. In order to do so, this article brings forth a theoretical interpretation of the methodological and substantive discussions carried out in the International Congress of Comparative Law, in Paris, 1900 (under the management of French professors Raymond Saleilles and Édouard Lambert). The article defends the position that, also by that time, a “transnational space of law” was being constituted. In said space the national sovereignties opened their legal systems to a dynamic influence process of comparative and foreign materials. Latin American countries, alongside other countries which were also undergoing intense modernization processes (such as Turkey and Japan), enthusiastically started to participate in the transnational space of law. Around the same time, the basic methods of modern comparative law were stabilized and many of its provisions are still dominant today. Finally, the article aims to explain to lawyers the basic constituting geography and the methodological protocols of modern comparative law, with a particular emphasis on the position and interests of Latin American legal systems in the foundation of comparative law as a space and discipline.

Keywords: *cosmopolitanism; international law; comparative law; Urrecht; Weltrecht; comparative law methodology; legal insertion; transnational space of law; legal globalization; nineteenth century; congress of comparative law of 1900; history of comparative law; legal colonization; legal decolonization*

SUMARIO

I. LA CONSTANTE PRESENCIA DE LOS MATERIALES DE DERECHO EXTRANJERO Y COMPARADO EN LA ELABORACIÓN JURÍDICA DE AMÉRICA LATINA.- II. LA CONSTRUCCIÓN DE UN MÉTODO ESTÁNDAR DE DERECHO COMPARADO, MEDC.- III. PARÍS, 1900.- IV. EL MANIFIESTO DE LAMBERT Y SU IMPORTANCIA EN EL MÉTODO COMPARADO.- V. EL MÉTODO DE LOS NOVECENTISTAS.- CONCLUSIÓN: EL LEGADO DE LOS NOVECENTISTAS.- BIBLIOGRAFÍA.

I. LA CONSTANTE PRESENCIA DE LOS MATERIALES DE DERECHO EXTRANJERO Y COMPARADO EN LA ELABORACIÓN JURÍDICA DE AMÉRICA LATINA

El derecho no es tan nacionalista ni parroquialista¹ como se piensa. La soberanía estatal, a la hora de crear y aplicar derecho, no es cerrada ni absoluta, sino que se muestra abierta y relativa. Las normas nacionales se crean, se interpretan o se aplican, con mucha frecuencia, bajo la influencia, el trasplante, la presión, la copia o la imitación² a la tradición de materiales jurídicos extranjeros y comparados. Esto resulta especialmente cierto de países que podríamos llamar “sitios abiertos” o “soberanías abiertas”. Los países de América Latina, en su mayoría, son, jurídicamente hablando, “sitios abiertos” en el sentido de que la creación y transformación de sus derechos siempre ha estado atenta a los materiales jurídicos extranjeros y comparados a los que atribuye altos niveles de prestigio.

Varios fenómenos sugieren las razones de esta constante atención latinoamericana hacia el derecho extranjero y su tendencia a adoptarlo como propio en procesos de recepción y trasplante: los estados-nación de América Latina nacieron, al fin y al cabo, como resultado de un proceso de descolonización frente a poten-

-
- 1 Algunos idiomas tienen varias formas de expresar con particular precisión este encerramiento en lo propio o local: el *campanilismo* (del italiano *campanile*), el *esprit de clocher* (parroquialismo, francés), el *bairrismo* (localismo, del portugués *bairro*), el *provincialismo* o *prvincialismo* (en español). El concepto de *chauvinismo* [Nicolas Chauvin] tan usado para describir el nacionalismo bonapartista e imperialista del XIX francés se ha desbordado exitosamente a otros idiomas, donde ha encontrado carta de nacionalización (como el español y el inglés).
 - 2 Esta lista de sustantivos para referirse al fenómeno tiene ciertas particularidades: en la literatura en francés predomina la expresión “circulación” de normas, modelos e instituciones. Alexis Le Quinio, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques: le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles* (Institut Universitaire Varenne, Collection des Thèses, Clermont Ferrand, 2011). En inglés, en cambio, parece predominar la metáfora de los “trasplantes”. Alan Watson, *Legal Transplant: An Approach to Comparative Law* (University of Georgia Press, Athens, 1993). También aparecen las expresiones *acculturation* (en francés) y *rezeption* (en alemán) para hacer referencia al fenómeno. Sylvio Normand, *La culture juridique et l'acculturation du droit: Le Québec*, 1 *Revue Juridique de l'ISAIDAT*, 1, *Società Italiana di Ricerca nel Diritto Comparato, SIRD, Reports to the XVIIIth International Congress of Comparative Law* (2011). Disponible en: <http://isaidat.di.unito.it/index.php/isaidat/article/viewFile/56/66>. Imre Zajtay, *Die Rezeption fremder Rechte und die Rechtsvergleichung*, 156 *Archiv für die civilistische Praxis*, 5, 361-381 (1958).

cias europeas que, en su momento, habían impuesto a las colonias de ultramar sus propios sistemas jurídicos e institucionales. Luego, estos jóvenes Estados latinoamericanos se desarrollaron en el siglo XIX en las periferias del “Sistema-Mundo” y, desde allí, observaban con atención (pero también con algo de inseguridad) el desarrollo de la ciencia jurídica mundial. Ubicados más bien en la posición de aprendices o de receptores de ideas, no es para nada extraño que la creación interna del derecho hubiera estado continuamente puntuada por la influencia de materiales jurídicos extranjeros. Durante los siglos XIX y XX, estos productos de la legislación y de la ciencia jurídica que se importaron a América Latina provenían principalmente de la ideología jurídica liberal de Europa Occidental (donde Francia, Italia y Alemania jugaban papeles predominantes)³, hasta el punto de que muchos afirman, aún hoy, que los sistemas jurídicos de América Latina pertenecen a una misma familia (con el mismo sistema, método y espíritu) que los derechos de estas naciones europeas que aún conforman la vanguardia en disciplina del derecho⁴.

Los derechos internos de “sitios abiertos” se crean, transforman y aplican en un “espacio transnacional”. Un “espacio transnacional” constituido les permite a los juristas pensar que sus “derechos nacionales” se mueven dentro de un diálogo internacional de creación y difusión de derecho (desde normas aisladas hasta códigos y aparatos institucionales completos). Cuando los abogados se mueven (al reflexionar u operar) en este “espacio transnacional” dicen que están haciendo “derecho comparado”. El concepto así usado, hay que reconocerlo, no es muy preciso:

3 Diego López-Medina, *Teoría Impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, 129-179, 235-290 (Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Legis, Bogotá, 2004).

4 Para el caso colombiano: “Nuestro derecho [el derecho en Colombia] es romano-germánico por cuanto deriva del francés, del español y, desde luego, de concepciones tomadas del derecho canónico”, Marco Gerardo Monroy-Cabra, *Introducción al derecho*, 50 (Editorial Temis S.A., Bogotá, 2015). “La República de Colombia basa su sistema jurídico en el Romano Germánico Canónico (Francés + Español + Canónico). Su fundamento radica en las doce tablas de Roma y se constituye en su tradición”, Ezequiel Fernando Rojas-Piñeres, *Introducción al derecho*, 13 (Grupo Editorial Leyer S.A., Bogotá, 1997).

como la expresión “derecho comparado” se parece tanto a los nombres usuales del “derecho civil”, “derecho constitucional”, etc., daría la impresión de que al lidiar con él, el estudioso está frente a un conjunto preciso de reglas e instituciones que busca dominar, como ocurre precisamente con cualquiera de las otras subdisciplinas del “derecho”.

Pero ello no es cierto. Bajo la expresión “derecho comparado” se agrupa más bien un conjunto muy amplio y variopinto de actividades y preocupaciones dentro del “espacio transnacional”, que pueden ir, por solo mencionar un par por ahora, desde cómo establecer en el derecho interno una ley para resolver un problema o vacío jurídico-político (con la ayuda de materiales extranjeros y comparados)⁵ hasta proyectos político-sociales más amplios, como el de instaurar en un país o región determinada el ideal normativo del “estado de derecho”⁶.

El espacio transnacional es tan potente en “sitios abiertos” que el problema, a veces, consiste en determinar en cuáles procesos

-
- 5 Ejemplos de este propósito son: Santiago Díaz-Cafferata, *El derecho de acceso a la información pública: situación actual y propuestas para una ley*, 86 *Lecciones y Ensayos*, 151-185 (2009). Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/06-ensayo-diaz-cafferata.pdf>. Alfonso Sanz-Clavijo, *Propuestas para la reforma del régimen de impatriados español desde una visión de derecho comparado*, 148 *Crónica Tributaria*, 195-213 (2013). Disponible en: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cron_trib/148_Sanz.pdf. Kai Ambos & María Laura Böhm, *La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo. Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa*, capítulo II, en *Desaparición forzada de personas: análisis comparado e internacional*, 195-255 (Kai Ambos, coord., Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH, Proyecto Apoyo a la Fiscalía General de la Nación en el contexto de la Ley de Justicia y Paz — un ejemplo de justicia transicional, ProFis; Temis, Bogotá, 2009). Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20110207_02.pdf. Rebecca Katz & Sarah Kornblet, *Comparative Analysis of National Legislation in Support of the Revised International Health Regulations: Potential Models for Implementation in the United States*, 100 *American Journal of Public Health*, 12, 2347-2353 (2010). Amy Garrity, *A Comparative Analysis of Surrogacy Law in the United States and Great Britain – A Proposed Model Statute for Louisiana*, 60 *Louisiana Law Review*, 3, 809-832 (2000). Disponible en: <http://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5826&context=lalrev>
- 6 Elsa Satkunasingam, *Discordant Voices on the Status of Islam under Malaysian Constitution. Chapter 12*, en *Law and Development and the Global Discourses of Legal Transfers*, 333-355 (John Gillespie & Pip Nicholson, eds., Cambridge Studies in Law and Society, Cambridge University Press, Cambridge, 2012). Jerg Gutmann & Stefan Voigt, *The Rule of Law and Constitutionalism in Muslim Countries*, 162 *Public Choice*, 3-4, 351-380 (2015). Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2434793. Birgit Krawietz & Helmut Reifeld, *Islam and the Rule of Law. Between Sharia and Secularization* (Konrad Adenauer Stiftung, Sankt Augustin/Berlin, 2008). Disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_13008-544-2-30.pdf

internos de creación e interpretación del derecho *no* ha participado el “método” o la “experiencia” comparada. No hay casi ninguna iniciativa legislativa de importancia en la Colombia de los últimos años (país donde ejerce como abogado el autor de estas líneas) que no haya estado influenciada por ideas extranjeras y/o comparadas: piénsese, por ejemplo, en el Código de Procedimiento Penal⁷, en el esquema de “justicia transicional” para lidiar con las responsabilidades del conflicto colombiano⁸, en la ley de víctimas y de restitución de tierras, en las leyes de implementación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, en la ley estatutaria de “habeas data”⁹, el debate sobre

-
- 7 “En el extremo de la legalidad están aquellos ordenamientos que imponen, sin condiciones o excepciones, el deber de ejercer la acción penal, siempre que haya un indicio racional de delito. Como ejemplo, en Italia la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal está prevista en la Constitución, porque el artículo 112, sin matices, expresamente dispone que “el ministerio fiscal está obligado a ejercer la acción penal”. Una solución intermedia entregan aquellos ordenamientos jurídicos que (...) admiten ciertas modulaciones, como en el caso de Alemania. (...) Los parágrafos 153 y 153A (Ordenanza Procesal Alemana - StPo) consagran el principio de oportunidad como excepción, unas veces con la anuencia del tribunal competente para la apertura del plenario, otras del acusado o de ambos, para casos en que la culpabilidad del autor es mínima o cuando no exista un verdadero interés público en la persecución. [...] Teniendo en cuenta que desde la perspectiva del derecho comparado, incluyendo los sistemas acusatorios más puros, se reconoce la posibilidad de practicar de manera excepcional alguna prueba anticipada a la realización del juicio oral, se consagra el instituto de la prueba anticipada como una excepción al principio de inmediación”. Colombia, Proyecto de Ley Estatutaria 01 de 2003, Cámara, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal, 339 *Gaceta del Congreso*, 20 de julio de 2003. Disponible en: http://www.icpcolombia.org/archivos/seguimiento/PL_01_03.pdf. Sobre la difusión e influencia del sistema penal estadounidense en países clasificados dentro del derecho civil europeo, ver: Maximo Langer, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, 45 *Harvard International Law Journal*, 1 (2004). Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=707261
- 8 “Las experiencias internacionales demuestran que incluso ante contextos de violencia masiva, los procesos de justicia transicional exitosos se concentran en la judicialización de los casos que impliquen a los más responsables y esclarezcan los hechos más atroces. Por ejemplo, después de la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal de Núremberg juzgó a 24 líderes del gobierno nazi y el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente en Tokio, juzgó a 28 personas. Más recientemente el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha juzgado a 55 personas desde su entrada en funcionamiento en 1993, el Tribunal de Ruanda ha adelantado la judicialización de 65 casos y la Corte Especial de Sierra Leona condenó a 13 personas [...]”. Colombia, Proyecto de Acto Legislativo 094 de 2011, Cámara, Marco jurídico para la paz, 681 *Gaceta del Congreso*, 12 de septiembre de 2011. Disponible en: http://www.camara.gov.co/portal2011/proceso-y-tramite-legislativo/proyectos-de-ley?option=com_proyectosdeley&view=ver_proyectodeley&idpry=601
- 9 “Este proyecto incorpora las mejores prácticas internacionales en materia de protección de datos contempladas en el Convenio 108 de 1981 del Consejo de Europa, la Directiva Europea 95/46 de 1995, la Resolución 45/95 de 1990 de la ONU y la Resolución de Madrid de 2009, con el objetivo de lograr con esta ley la acreditación de Colombia por parte de

la reforma constitucional al fuero penal militar, la reforma tributaria y, en general, en un sinnúmero de iniciativas legales o administrativas. Esta experiencia colombiana es bastante similar a la de varios países latinoamericanos que también se comportan como “soberanías abiertas” en el “espacio transnacional” que habitan frecuente y entusiastamente. En suma: la experiencia “comparada” está estructuralmente en el ejercicio del derecho de “sitios abiertos”, tanto en su momento de creación como en su momento de aplicación. Esta descripción general, además, resulta cierta de las dinámicas jurídicas de la América Latina.

II. LA CONSTRUCCIÓN DE UN MÉTODO ESTÁNDAR DE DERECHO COMPARADO, MEDC

Los abogados en “sitios abiertos” se encuentran frecuentemente en la situación de utilizar materiales extraídos del espacio transnacional. Lo hacen con entusiasmo, convencidos del enorme prestigio cultural que estos materiales le otorgan al argumento jurídico que así se construye. Lo hacen también de forma intuitiva, con cierto amateurismo, sin mayor conocimiento del método jurídico comparativo que los cultores más profesionales de la disciplina han desarrollado en los últimos 130 años. El propósito de este ensayo es aproximar a los lectores al momento inaugural del método de derecho comparado, a sus debates intelectuales y prácticos y, ojalá, a la posibilidad de que lo utilicen en su práctica profesional ordinaria con mayor consistencia y éxito, a pesar de no ser cultores especializados del derecho comparado. Esta aproximación al método puede resultar particularmente útil para abogados latinoamericanos para quienes la utilización del derecho comparado sigue siendo tan frecuente y natural,

la Unión Europea como un país seguro en protección de datos y así poder acceder al mercado europeo sin restricciones atrayendo inversión extranjera y generando nuevos empleos”. Colombia, Proyecto de Ley Estatutaria 046 de 2010, Cámara, por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales, 488 *Gaceta del Congreso*, 3 de agosto de 2010. Disponible en: http://servoaspr.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=18&p_numero=046&p_consec=26330

debido a la firme inserción de sus derechos nacionales dentro del “espacio jurídico transnacional”.

Viajeros eruditos y activos, con ojo atento para la comparación de fenómenos jurídicos y políticos, han existido desde siempre: en la antigüedad clásica, a Aristóteles, por ejemplo, se le adjudica la compilación de las Constituciones griegas¹⁰; en el siglo XVIII, al Barón de Montesquieu se le celebra por sus contribuciones a la teoría política liberal mediante un fascinante y muy imaginativo ejercicio de comparación de formas de gobierno en obras como *El espíritu de las leyes*¹¹ y *Cartas persas*¹²; ya en el siglo XIX, a Alexis de Tocqueville, autor de *La democracia en América*¹³, se le agradece la pasión política con la que recorrió los nacientes Estados Unidos para avizorar allí la tierra de la igualdad que quizás Europa nunca alcanzó a lograr. Algunos profesores de derecho comparado han tratado de hacer una “historia larga” de estos esfuerzos y allí remito a los que puedan estar interesados en ello¹⁴.

Entre los cultores contemporáneos del derecho comparado, sin embargo, existe la opinión extendida que el método moderno de la disciplina nace por el diálogo y la labor conjunta de juristas mayoritariamente franceses y alemanes influenciados por el cosmopolitismo de la “primera globalización” y de la “*belle époque*”. Los autores fijan el momento crítico de esta elaboración en la celebración del Congreso de Derecho Comparado de París de 1900, evento al que acudió la pléyade científica europea, convocada por Raymond Saleilles y Édouard Lambert, a discutir la “concepción general, la función y el método” del derecho comparado. A estos autores podríamos agruparlos como la

10 Aristóteles, *Constitución de los atenienses*. 330-332 AC. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=769>

11 Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu, *Del espíritu de las leyes (De l'esprit des lois*, 1748) (Alianza Editorial, Madrid, 2012).

12 Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu, *Cartas persas (Lettres persanes*, 1721) (Abate Marchena, trad., Alianza Editorial, Madrid, 2001).

13 Alexis de Tocqueville, *La democracia en América (Democracy in America*, 1840) (Eduardo Nolla, trad., Trotta, Madrid, 2010).

14 Walther Hug, *The History of Comparative Law*, 45 *Harvard Law Review*, 6, 1027-1070 (April 1932).

generación del noveciento y sobre ellos ya hay una interesante literatura especializada¹⁵.

Esta generación de juristas comenzó la reflexión por el método en el derecho comparado moderno: aunque sus conclusiones no se mantengan vigentes de manera integral, su orientación práctica y cosmopolita sigue siendo ampliamente dominante. La *generación del noveciento* comparativo se dedicó a “limpiar” el campo de la disciplina al expulsar de ella algunas propuestas metodológicas propias de las ciencias sociales románticas de los siglos XVIII y XIX y posicionar el derecho comparado como un esfuerzo práctico de investigación jurídica preocupada por el presente dogmático y no por el pasado histórico del derecho; de igual forma, definieron de manera más o menos determinante cuál sería la función que debía desempeñar el derecho comparado entre el elenco de las ciencias jurídicas; finalmente, varias de las precauciones y observaciones metodológicas planteadas por esta generación de juristas siguen siendo elementos firmes de algo que podría denominarse el “método estándar de derecho comparado”, todavía ampliamente aceptado como patrón disciplinar. Todas estas ideas, en fin, siguen dándole el sabor característico al derecho comparado que se hace hoy. A ellos se les debe el nacimiento del método en derecho comparado. Sus conclusiones tienen parcial vigencia hoy. El conocimiento de este momento fundacional del derecho comparado puede fortalecer la presencia y la voz de los juristas latinoamericanos en el “espacio transnacional” que continuamente habitan de forma más bien acrítica y subordinada.

15 Alfons Aragonese, *Un jurista del modernismo. Raymond Saleilles y los orígenes del derecho comparado* (Editorial Dykinson, Madrid, 2009). Disponible en: <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/5778>. Carlos Petit, *Lambert en la Tour Eiffel, o el derecho comparado de la belle époque*, en *La comparación jurídica tra ottocento e novecento. In memoria di Mario Rotondi*, 53-98 (Antonio Padoa-Schioppa, ed., Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, Milano, 2001). Carlos Petit, *Absolutismo jurídico y derecho comparado. Método comparativo y sistema de fuentes en la obra de Édouard Lambert*, en *De la Ilustración al Liberalismo, Symposium en honor al profesor Paolo Grossi*, 121-138 (Paolo Cappellini, Centro de Estudios Constitucionales, CEC, Madrid, 1995).

III. PARÍS, 1900

El Congreso de Derecho Comparado de 1900 se celebró en el marco de la gran Exposición Universal [15 de abril-12 de noviembre de 1900], cuando París llegó a consolidarse como una de las primeras y más importantes “ciudades globales”¹⁶. “Capital del mundo”, la París de esa época ya poseía la fama y la atracción que, desde ese entonces, la hacían uno de los sitios turísticos y culturales más legendarios del planeta. La llamada por los historiadores “primera globalización” (1870-1914) avanzaba a toda velocidad¹⁷; los saltos tecnológicos en transporte y comunicaciones permitieron, por primera vez, el nacimiento del turismo contemporáneo y el deseo, ahora socialmente extendido, de educarse y cultivarse mediante el viaje. El espíritu de la época entre las élites era genuina y apasionadamente “cosmopolita”. Los hombres, ya cansados con los excesos del nacionalismo decimonónico y deseando un orden mundial más armónico, pensaban que la humanidad tenía un destino común¹⁸.

En el campo jurídico, este cosmopolitismo llevó al relanzamiento del derecho comparado como herramienta necesaria dentro de la profesión. El nacionalismo jurídico exacerbado (propio de la época de establecimiento de los derechos nacionales autónomos) dio paso a una época de marcado interés por lo extranjero y por lo comparado. En particular, la antipatía recíproca entre franceses y alemanes (que llevó a la consolidación de tradiciones intelectuales enfrentadas que quedaron bien retratadas en el debate sobre la codificación entre Friedrich Karl von Savigny y Anthon Friedrich Justus Thibaut de 1812-1814¹⁹)

16 Saskia Sassen, *The Global City: New York, London, Tokyo* (Princeton University Press, New Jersey, 1991).

17 Jeffrey A. Frieden, *Global Capitalism: Its Fall and Rise in the Twentieth Century* (W.W. Norton & Company, New York, 2006).

18 Sobre el surgimiento del cosmopolitismo a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, ver: Glenda Sluga, *The International Turn*, Chapter 1, en *Internationalism in the Age of Nationalism* (University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2013). Eric Kaufmann, *The Rise of Cosmopolitanism in the 20th Century West: A Comparative-Historical Perspective on the United States and European Union*, 17 *Global Society*, 4, 359-383 (2003). Disponible en: <http://eprints.bbk.ac.uk/449/1/Binder1.pdf>

19 Sobre la intensificación de esta rivalidad cultural en derecho, puede verse la Introduc-

estaba dando muestras de ceder. Los franceses estaban en un momento de agitada y promisoría renovación intelectual de su derecho, y ello en varios frentes. La generación de juristas del nuevo siglo (bajo el ala protectora del maestro Raymond Saleilles) estaba en medio de una crítica severa a los excesos del legalismo francés (a la que ya calificaban de “legocentrismo” e incluso de “legolatría”).

Estos excesos eran visibles para los juristas de la nueva generación: en primer lugar, el grupo de juristas estaba cada vez más lejos, políticamente hablando, del autoritarismo legalista del II Imperio y de la III República²⁰ y ahora sabía, en contradicción al magisterio hegemónico de Jean-Jacques Rousseau, que el legalismo no garantizaba, por sí solo, la libertad y los derechos individuales; en segundo lugar, y ahora en un registro más técnico, los juristas criticaban la excesiva confianza que tenían sus antecesores decimonónicos (a los que agruparon bajo el manto peyorativo de *école de l'exégèse*²¹) en que la ley lo podía anticipar y regular todo sin reparar en sus frecuentes ambigüedades, contradicciones y vacíos, fenómenos todos cada vez más notorios debido a la época de transformación tecnológica y social que vivía Francia (y algunos otros países europeos) mediante la completa e irremisible extensión de la revolución industrial a todas las manifestaciones del mundo de la vida; en tercer lugar, estaban replanteando la teoría de las fuentes del derecho porque tenían la clara impresión que la exégesis de la ley había abandonado el “movimiento” del derecho y, por darle excesivo culto al legalismo liberal, había olvidado el *droit vivant*²² que se

ción de Jacques Stern a la publicación conjunta de los panfletos de Thibaut y Savigny en: Jacques Stern, *La codificación: una controversia programática basada en sus obras*, XIX-XLVII (Editorial Aguilar, Madrid, 1970).

- 20 Édouard-René Lefebvre de Laboulaye, *Paris in America (Paris en Amérique, 1863)* (BiblioBazaar, New York, 2010). Walter D. Gray, *Interpreting American Democracy in France: the Career of Édouard Laboulaye 1811-1883* (University of Delaware Press, Newark, 1994).
- 21 Diego López-Medina, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, 147-158 (Legis, Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2004). Julien Bonnecase, *Introducción al estudio del derecho (Introduction à l'étude du droit: notions élémentaires, scientifiques, techniques, pédagogiques et bibliographiques, 1939)* (Editorial Temis, Bogotá, 2000).
- 22 Por oposición, por supuesto, al *droit mort*.

manifestaba en la jurisprudencia de los jueces, en la doctrina de los autores y en la costumbre de las comunidades; en cuarto lugar, le criticaban a la exégesis una excesiva confianza en que la ley podía resolver los problemas sociales mediante puras órdenes jurídicas de coordinación, olvidando que la “ciencia positiva” del día a día estaba probando ser una fuente sorprendentemente exitosa de nuevos conocimientos y de nuevas soluciones²³. El derecho, entonces, tendría que estar más abierto a la adopción de los resultados de la “ciencia” pero su fijación en la letra de la ley, como lo hacía la vieja escuela, le impedía hacer consideraciones de “política legislativa” o de “política del derecho” para resolver creativamente los nuevos problemas que presentaba una sociedad en movimiento y transformación²⁴. Finalmente, la nueva escuela de juristas era marcadamente cosmopolita: quería aprender del movimiento y de la dinámica de otros derechos para así poder actualizar y modernizar el propio. Así como la “ciencia” era universal y común, el “derecho” también podía aspirar a serlo mediante el influjo recíproco de las “tendencias progresivas”.

En este espíritu de renovación general, los franceses miraban con especial atención la expedición del nuevo Código Civil Alemán (BGB) de 1900. Y como convencidos cosmopolitas de reciente cuño, querían construir las bases para la creación y transformación transnacional del derecho. Querían hacer del derecho una verdadera ciencia, y ello implicaba “desestatalizarla” y “desnacionalizarla”. Como verdadera ciencia, el derecho debía ser transnacional. Los juristas franceses del nuevo estilo observaban al detalle el nuevo código y la nueva “dogmática civil” que los doctrinantes alemanes estaban formulando con gran libertad científica para la redacción, primero, y luego para

23 Un resumen general de este momento se puede revisar en: Diego López-Medina, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, 235-340 (Legis, Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2004).

24 Esta propuesta de un derecho más acorde a los nuevos problemas sociales y que hiciera consideraciones de “política legislativa” fue hecha principalmente por François Gény. Sobre su obra y recepción en América Latina: Diego López-Medina, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, 239-275 (Legis, Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2004).

la interpretación del *BGB*. Al contrario de lo que ocurría en Francia, la “ley” en Alemania no había cerrado las posibilidades de desarrollo de la ciencia jurídica; más bien, la “ley” era el resultado o el insumo con el que los doctrinantes trabajaban para poder responder, más constructiva y libremente, a los problemas sociales y jurisprudenciales. Esta aproximación era muy interesante para los nuevos juristas franceses que estaban listos, por primera vez en años, a realizar un proceso de “germanificación” y —más allá— de verdadera “transnacionalización” de su derecho interno con el objetivo de revivificar el *Code Civile* que la codificación napoleónica había legado y que ya mostraba estar desacompañado frente al cambio social. En este contexto de preocupaciones y tendencias, se relanza el derecho comparado en el Congreso de París de 1900.

De esta nueva escuela y sensibilidad participaron muchos juristas: los más jóvenes se sentían inspirados y liderados por las obras renovadoras y rupturistas de Raymond Saleilles (1855-1912) y de François Gény (1861-1959), quienes para la época ya eran reputados líderes de las nuevas comprensiones del derecho y de su interpretación. Entre los jóvenes discípulos de los maestros, Édouard Lambert se convirtió en el jurista con la reflexión más especializada y pertinente para el derecho comparado. Su obra es, por tanto, un diálogo de doble vía: consiste, en primer lugar, en extraer las consecuencias que la nueva concepción del derecho tendría para la práctica del comparatismo jurídico, con resultados verdaderamente trascendentales para la disciplina; pero en segundo lugar, su obra produce las investigaciones necesarias para que la nueva teoría pueda remozar la enseñanza del derecho (que había quedado completamente estancada por efectos de la exégesis legalista) mediante el uso intensivo de la “experiencia comparada”. Lambert lleva la nueva teoría jurídica del derecho civil al comparado y, en recompensa, devuelve las ganancias logradas en los terrenos del comparado al derecho práctico. En su versión más grandilocuente, el nuevo derecho civil aspiraba a ser derecho civil comparado y se requería de verdaderos comparatistas, como Raymond Saleilles, Édouard

Lambert y tiempo después René David (1906-1990), para que ello fuera posible²⁵. Solo en esta transformación podría llegar a ser una ciencia en sentido moderno.

Aunque convocado bajo la enorme influencia científica de Saleilles, gran parte del trabajo intelectual concreto del Congreso recayó en los hombros de Lambert. Las sesiones del Congreso se dividieron por temas específicos y muchos de sus participantes enviaron anticipadamente sus *communications*. La más importante de las sesiones de trabajo del Congreso (la 12ª) fue dedicada a la *conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé*. A esta sesión llegaron los grandes intelectuales de la época a debatir los fundamentos disciplinares. La preocupación por la “concepción” era, en realidad, una pregunta por la “función” del derecho comparado: ¿qué hacen con él —se preguntaba Lambert— sus cultores? Y más determinante aún: ¿a qué debería dedicarse de manera prioritaria y fundamental el derecho comparado? Una vez respondieran estas preguntas básicas de su función, tendrían una definición o concepto operativo de la disciplina; el método de investigación y enseñanza serían apenas corolarios de estas respuestas.

Para facilitar el desarrollo de la 12ª sesión, se le encomendó a Lambert que preparara un *Rapport sur les communications d'ordre générale*. Aunque firmado por él, el texto en realidad debe considerarse de autoría conjunta. Se trata de un verdadero palimpsesto en que se van presentando las opiniones de los principales intelectuales jurídicos de la época sobre la función y el método del derecho comparado. Allí hacen su aparición como protagonistas centrales, entre otros, Raymond Saleilles y con él algunos de los miembros de la plana mayor de la intelectualidad jurídica europea que están encarando la cuestión de la transnacionalización del derecho: Jean Gabriel de Tarde y Raoul de la Grasserie, Henry James Sumner Maine, Xccccccccccccccc

25 René David, *Tratado de derecho civil comparado. Introducción al estudio de los derechos extranjeros y al método comparado (Traité élémentaire de droit civil comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative, 1950)* (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953).

Kohl, Anton Menger, Eugène Gaudemet, Frédéric Pollock, Ernst Zitelmann, Louis Josserand, Maxim Kowalewski, Rudolph Sohm, Fritz Henri Mentha, Franz Bernhöft, Harvey Whitten, Edmond Meynial y Mordché Wolf Rapaport, entre muchos otros. Édouard Lambert, al citar las *communications* de todos estos eminentes profesores, se esfuerza por destacar y subrayar las tendencias dominantes que él cree detectar en sus posiciones. Al resumir y caracterizar a los demás, perfila y defiende una tesis fuerte y caracterizada, un verdadero manifiesto que pretende avanzar hacia una definición más precisa (y también más limitada) de la disciplina y de sus actores. Al final de cuentas, el texto de Lambert (con sus múltiples voces) termina siendo verdaderamente programático y asertivo, y no una mera cacofonía: de ahí deriva su célebre posición inaugural en la construcción del método del derecho comparado moderno.

IV. EL MANIFIESTO DE LAMBERT Y SU IMPORTANCIA EN EL MÉTODO COMPARADO

El texto de Lambert constituye un excelente resumen del variado tipo de trabajos que, a la altura del año 1900, concurrían a la abigarrada mesa del *droit comparé*, de la *vergleichende Rechtswissenschaft* o del *comparative law*. Su propósito explícito, aunque realizado con tacto y diplomacia, era el de definir con mayor precisión la función de la disciplina y así poder orientarla como una rama práctica de la ciencia jurídica moderna y no como una ciencia social histórica. Al hacer esta precisión, Lambert excluye del derecho comparado a los comparatistas románticos y clásicos y cierra filas con los comparatistas modernos y prácticos a quienes encomienda, hacia el futuro, el desarrollo de la disciplina.

Al observar el panorama de la disciplina en 1900, Lambert²⁶ encuentra que en los trabajos de derecho comparado hay tres tipos de direcciones u orientaciones: (i) la etnológica, en las que se estudian y comparan los derechos pertenecientes a pueblos

26 Lambert le atribuye esta caracterización a Franz Bernhöft.

antiguos; (ii) la histórica, en las que se estudia la evolución de estos derechos antiguos y clásicos y se busca, mediante la comparación, determinar las leyes universales del desarrollo del derecho; (iii) la dogmática en las que se “le atribuye un rol práctico, un fin de acción, y ven en el derecho comparado uno de los instrumentos o de los órganos de creación, de revelación o de aplicación del derecho [contemporáneo]²⁷”.

Esta tricotomía, sin embargo, es excesiva según Lambert: las orientaciones etnológica e histórica, en realidad, tienen una misma sensibilidad. Para ambas, la función del derecho comparado es la misma. Son empresas de “arqueología jurídica”²⁸, que se remontan a los “derechos antiguos” (he aquí el componente etnológico) y examinan su desarrollo a través del tiempo (he aquí el histórico) para determinar, a la manera del determinismo romántico, las reglas generales de desarrollo de las instituciones jurídico-políticas. Son, por lo tanto, “ciencia del derecho”, en búsqueda de verdades generales y especulativas y no de conclusiones más prácticas y modestas que requiere la “ciencia jurídica” ordinaria. A la arqueología-historia jurídica también se le puede denominar como *Urrecht*²⁹, palabra alemana con la que se hace referencia a los estudios sobre los derechos “originarios” o “antiguos”, es decir, a la prehistoria y la forma en que condicionó el presente.

Era apenas obvio que gran parte de la ciencia del derecho del siglo XIX se dedicara a este tipo de estudios. En ciencias como la lingüística, por ejemplo, la *Ur-vergleich* (es decir, la comparación de las lenguas originarias y de sus relaciones genealógicas a través de tiempos larguísimos) dio frutos científicos que hoy siguen

27 Édouard Lambert, *Conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé. Le droit comparé et l'enseignement du droit. Congrès international de droit comparé*, 32 (Procès-verbaux des séances et documents, Paris, 1905).

28 Expresión de Henry Sumner Maine, uno de sus principales cultores y autor del todavía leído *Ancient Law*. Henry James Sumner Maine, *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas*, 1861 (Breinigsville, Pennsylvania, Kessinger Publishing, 2011).

29 De “Ur-” y “recht”. El prefijo alemán *Ur* significa (cuando va antes de un sustantivo) *proto-*, *primera forma*, *forma original* o, incluso, *arquetipo*. Ver al respecto, DUDEN-Sprachberatung, *Deutsch Wörterbuch* (Bibliographisches Institut GmbH, 2013). Disponible en: <http://www.duden.de/suchen/dudenonline/ur>

siendo considerados vigentes. La comparación genealógica ha permitido encontrar las “familias”, su derivación y desarrollo morfológico y gramatical, etc. Se esperaba que en el derecho se pudiera hacer un mapa genealógico de igual solidez, tanto en términos de las características generales de las normas como de instituciones jurídicas particulares (como las sucesiones o la familia). Aunque ese proyecto de la lingüística comparada conserva hoy vigencia, no ocurrió lo mismo en el campo del derecho.

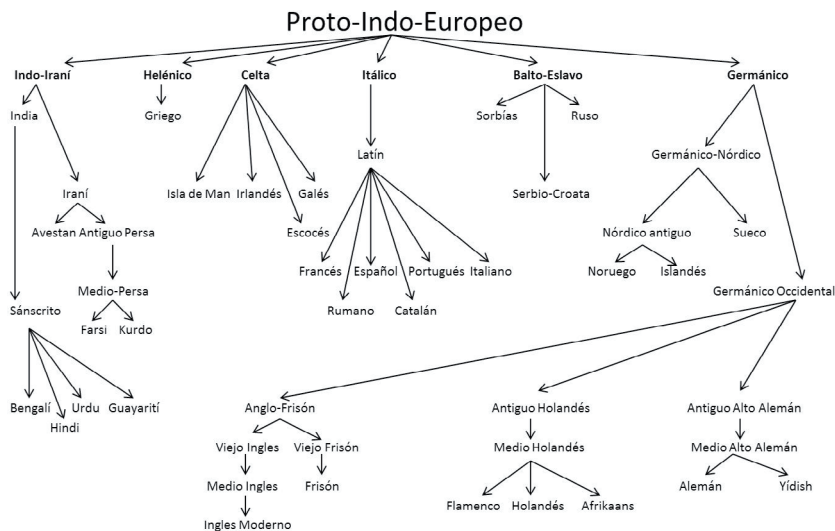


Gráfico 1
Mapa genealógico del desarrollo de
las lenguas contemporáneas

Fuente: esta versión particular fue elaborada por Jack Lynch, pero es común en la enseñanza de la lingüística (jlynch@andromeda.rutgers.edu). Traducción personal.

Pero muchos de los que acudieron a París se separaban de esta orientación científicista e historicista y les criticaban a sus cultores un cierto espíritu de exclusivismo. Pensaban que el derecho comparado debía ser práctico o “dogmático”. Esta otra concepción orientativa del derecho comparado también

fue denominada *Weltrecht* (por oposición al *Urrecht*): “derecho mundial” o “derecho de este mundo”, si se quiere, volcado directamente sobre el presente, preocupado por el acercamiento y alineación de los derechos existentes hacia respuestas progresistas a los múltiples y apremiantes problemas sociales del presente histórico³⁰.

Para Lambert, en síntesis, de las ponencias presentadas al Congreso:

*[...] unas [...] asignan al derecho comparado un fin exclusivamente científico y especulativo; las otras —que forman un segundo grupo correspondiente a [...] la dirección dogmática— le atribuyen un rol práctico, un fin de acción, y ven en el derecho comparado uno de los instrumentos o de los órganos de creación, de revelación o de aplicación del derecho. En el primer grupo, el derecho comparado es visto como una de las ramas de la ciencia social; como constituyendo, al igual que la ciencia del lenguaje o la ciencia de las religiones, una ciencia en el sentido técnico y elevado de la palabra, una **ciencia del derecho**; en el segundo grupo, es considerado como uno de los elementos del derecho positivo, elemento más flexible y menos accesible que los derechos internos pero viviendo y actuando como ellos; es concebido como una de las formas de esta rama del conocimiento humano que se le llama, en términos quizás impropios, **ciencia jurídica**³¹.*

30 Este cambio de percepción del derecho comparado, de uno historicista a uno más dogmático o práctico, fue paralelo al cambio general en Europa, y luego temporalmente en América Latina, de una teoría del derecho clásica a una más moderna y positivista (que se relaciona mejor con el empirismo y que reconoce la importancia de las ciencias sociales en la ciencia jurídica). A finales del siglo XIX, hubo un cambio en el análisis jurídico que pretendía dejar atrás las teorías clásicas del derecho (que eran formalistas y todavía se basaban en las reglas y principios del derecho romano que habían sido reagrupados en el Código Civil Francés) para empezar a crear teorías más acordes a la realidad social de la época, es decir, más conscientes de la industrialización y de la llamada “cuestión social”. El Congreso celebrado en París en 1900 no fue ajeno a este cambio. Sobre este cambio de la iusteoria a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, ver: Diego López-Medina, *Teoría Impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, 235-250 (Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Legis, Bogotá, 2004).

31 Édouard Lambert, *Conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé. Le droit comparé et l'enseignement du droit. Congrès international de droit comparé*, 32 (Procès-verbaux des séances et documents, Paris, 1905).

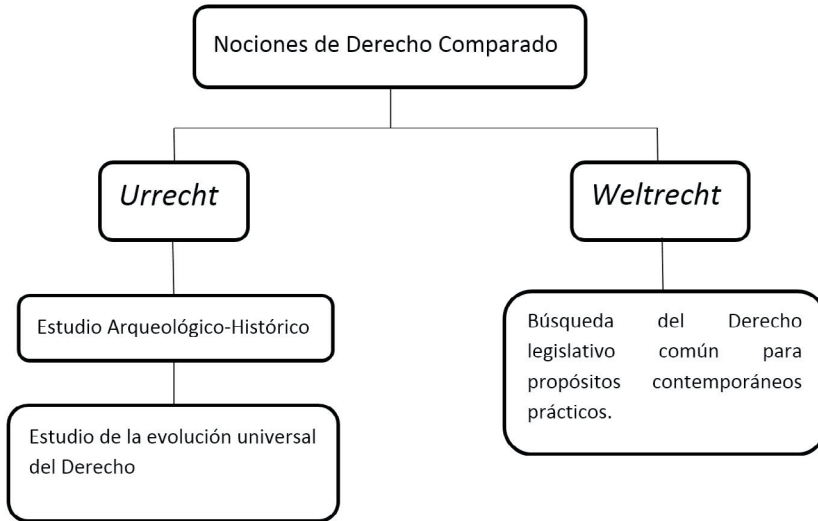


Gráfico 2
Nociones de derecho comparado

Fuente: Édouard Lambert, *Conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé. Le droit comparé et l'enseignement du droit. Congrès international de droit comparé* (Procès-verbaux des séances et documents, Paris, 1905). Traducción libre realizada por el autor

Este mapeo general de los productos del comparatismo decimonónico es integral y potente. Pero los nuevos juristas no son neutrales entre las orientaciones divergentes: aunque están dispuestos a hacerles algún reconocimiento a los logros de los arqueólogos e historiadores, la nueva generación está imbuida por el positivismo moderno que no puede aceptar los presupuestos filosóficos del historicismo romántico. Su epistemología de base está ya mucho más cercana al positivismo de Auguste Comte que a las viejas ciencias filosóficas de Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Para ellos, el *Urrecht* tiene dos falencias centrales: en primer lugar, abandona indebidamente la preocupación por el derecho positivo del presente; renuncia a aprehender y modificar la actualidad de las relaciones humanas. Sus preocupaciones de anticuario han construido una respetable erudición histórica que, sin embargo, ya ha generado cierto hartazgo entre las nuevas

generaciones; y, en segundo lugar, esta tendencia es excesivamente evolucionista y determinista. En palabras de Lambert:

Los escritores, que hasta aquí se han dedicado al estudio del derecho comparado entendido de esta forma, han sido dominados y dirigidos en sus investigaciones por la preocupación de trazar la trayectoria de la evolución de las sociedades humanas. Se han inspirado de la idea de que existía una serie de estados sucesivos, una serie de formas de organización social o jurídica que todas las sociedades, a pesar de ser diversas, vivían con más o menos rapidez. La comparación de la historia de diversos pueblos y de mentalidades de poblados aún salvajes ha sido llevada a cabo por ellos con el fin de restituir, gracias a este acercamiento, la serie de fases de la evolución social que la historia aislada de un pueblo no revela sino de manera fragmentaria. Esta creencia en el encadenamiento regulado, uniforme en sus grandes líneas e inevitable de la evolución del derecho, la cual ha provocado la aparición de esta literatura del derecho comparado, es a la que hice alusión hace un momento [...] El Sr. [Gabriel] Tarde se manifiesta en contra de la hipótesis de la existencia de una curva única para la evolución jurídica de las sociedades. Según él, no hay solo una evolución natural del derecho sino varias. El recorrido de la vida social puede describir trayectorias bien diferentes. El rol del comparatista consiste en descubrir los tipos y subtipos bajo los cuales pueden clasificarse estas formas diversas de la evolución; en elaborar una clasificación científica de estos tipos jurídicos, de los entrelazamientos, de las familias del derecho comparable a la clasificación botánica o zoológica³².

Con todos estos argumentos, pues, Lambert marginaliza a los estudios del *Urrecht* de la corriente central de lo que debe llegar a ser el derecho comparado moderno. Con esto, queda por examinar los productos del derecho comparado entendido como ciencia jurídica o *Weltrecht*. En esta orientación, Lambert identifica tres grupos generales:

32 ¿Coincide Lambert completamente con la opinión de Tarde? Mi lectura del texto es que sí, a pesar de que el mismo Lambert, polifacético, hubiese sido un profesor de derecho romano que intentó varios de estos estudios de “evolución histórico-jurídica”. Édouard Lambert, *La tradición romana sobre sucesiones de formas del testamento ante la historia comparada* (*La tradition romaine sur la succession des formes du testament devant l'histoire comparative*, 1901) (Enrique García-Herreros, trad., Revista de la Legislación, Madrid, 1903).

1. En primer lugar, está el grupo de aquellos que utilizan el derecho comparado como plataforma para emprender reformas legales en las que se adopte una cierta política legislativa nacional extraída de la comparación. En esta función, el derecho comparado sirve para mejorar el derecho interno mediante la revisión de “experiencias comparadas” que puedan brindar un mejor tratamiento o regulación de un determinado problema. Para hacer esto, el investigador revisa los derechos extranjeros, se forma la idea de una mejor política pública en el tema y la adopta mediante un “trasplante normativo” explícito que le ayude a realizar esa política en su propio sistema jurídico. Al mismo tiempo, la investigación comparada sirve para comprobar experimentalmente las consecuencias de la aplicación de normas, incluyendo cuestiones de técnica legislativa: si conviene, por ejemplo, regular un tema mediante reglas precisas o principios (“standards” era la palabra de moda en aquella época) más abiertos. Esta función del derecho comparado también reflexiona sobre los factores que generan el éxito o el fracaso de la circulación o trasplante de normas, porque se sabe que es posible que ellos sean inocuos (si no solucionan el problema) o incluso contraproducentes (si lo agravan). Conviene hacer notar que esta forma de entender el derecho es específicamente moderna, y que aquí los comparatistas muestran por qué son promotores caracterizados de una nueva sensibilidad jurídica: el derecho ya no es cuestión meramente de la investigación histórica o positiva; se abre el espacio de la “política legislativa” o de la “política del derecho” cuyas normas pueden ser diseñadas de tal manera que incorporen “políticas públicas” pensadas hacia el futuro y diseñadas con las herramientas de las por entonces nascentes ciencias sociales, economía, estadística, etc. Este enfoque centrado en la *lex ferenda* se diferencia del estudio del derecho que solo reconoce una preocupación por la *lex lata*. Esta nueva sensibilidad lleva, por tanto, a plantear una nueva relación entre los conceptos de “creación” y “aplicación-interpretación” del derecho, lo que permite que esta última función (que se asumía exclusivamente “reconstructiva” del pasado) adopte matices

“creativos” al realizar, hacia el futuro, una “política legislativa”. Por todas estas razones, Lambert cita con enorme aprecio a los juristas “progresistas” de la época, entre los que se destacaban claramente Eugen Huber³³, que lideraba un proceso de modernización del derecho civil en Suiza, y Anton Menger³⁴, que en el Imperio Austro-Húngaro abogaba por la resolución de la cuestión social mediante una política del derecho que terminaría denominándose “socialismo austríaco”:

*La primera variedad busca la acción del derecho comparado en una influencia ejercida sobre el trabajo legislativo en cada país, lo ve como elemento principal de aquello que hemos llamado en varias ponencias la “política jurídica” o la “política legislativa”, expresión puesta de moda por el llamativo libro del profesor M. Anton Menger sobre la misión social del derecho³⁵ y que ha tenido gran éxito en tan corto tiempo. Esta expresión no solo tiene hoy una gran aceptación en Francia, sino que apareció al mismo tiempo en el currículo oficial de la Universidad de Berna. Esta Universidad que tiene la fortuna de tener entre sus maestros al eminente jurisconsulto que preparó y que sigue dirigiendo la obra de unificación del derecho civil suizo³⁶, aprovechó para organizar la enseñanza de la **Gesetzgebungspolitik**, de la política legislativa. Es principalmente, aunque no exclusivamente, al desarrollo de esta concepción a lo que se consagra la ponencia de mi colega M. Jossierand. M. Jossierand constata que la comparación de otras legislaciones tiene como objetivo darle a conocer al legislador de cada país una información más real que la de los movimientos de opinión para realizar sus reformas. El estudio del derecho comparado le revelará al legislador la*

33 Eugen Huber (1849-1923) fue un jurista suizo y profesor de la Universidad de Basilea y la Universidad de Halle, donde daba clases de historia del derecho, derecho privado y comercial y filosofía del derecho. Se le reconoce por la redacción del Código Civil Suizo de 1907 (*Schweizerische Zivilgesetzbuch ZGB*), labor que le fue encomendada por el gobierno de la época luego de que elaboró un riguroso tratado de recopilación de las leyes de los cantones de Suiza.

34 Anton Menger (1841-1906) fue un jurista austriaco reconocido como uno de los principales representantes del llamado “socialismo jurídico”. Fue profesor de derecho procesal civil por varios años en la Universidad de Viena y autor de textos como *La responsabilidad social de la jurisprudencia (Über die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft, 1895)*, *El derecho civil y los pobres (Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Klassen, 1890)* y *El derecho al producto íntegro del trabajo: el Estado democrático del trabajo (Das Recht auf den vollen Arbeitsvertrag in geschichtlicher Darstellung, 1891)*.

35 Aquí Lambert se está refiriendo al libro de Anton Menger, *El derecho civil y los pobres (Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Klassen, 1890)* (Editorial Comares, Madrid, 1998).

36 Se refiere aquí a Eugen Huber y su importancia señalada en la renovación del derecho.

*existencia de un cierto número de corrientes jurídicas 'que él puede recorrer rápidamente, pero a las cuales no se puede resistir impunemente'*³⁷.

2. En segundo lugar, el derecho comparado puede “fecundar” la interpretación del derecho nacional (sin necesidad de que se realice un “trasplante” formal). En esta función o uso del derecho comparado, las normas de un país siguen siendo las mismas, pero la “experiencia comparada” “fecunda” su interpretación al reorientarlas o redirigirlas hacia mejores resultados normativos. Este expediente fue particularmente útil en el derecho civil francés de la época, pues los nuevos juristas aceptaban la frecuentísima presencia de indeterminaciones, vacíos y contradicciones en el ya viejo *Code Napoléon* y que se clarificaron y llenaron (muchas al menos) mediante uso del derecho comparado (y en especial con el apoyo del novísimo Código Alemán de 1900). En estos casos no hay un trasplante normativo explícito, sino que la doctrina o la jurisprudencia acogen nuevas tesis inspiradas en la comparación y las usan para la reinterpretación, más o menos agresiva, de textos legales nacionales que no han sido modificados. En este uso, el trasplante no es legislativo, sino doctrinal y/o jurisprudencial.

3. La tercera función del *Weltrecht* constituye para Lambert y para el cosmopolitismo de los novecentistas, el objetivo más propio del derecho comparado: el derecho comparado debe ser en realidad una ciencia jurídica que muestre que las diferencias entre sistemas jurídicos (siempre que cohabiten en el mismo *milieu*) son puramente superficiales y aparentes y que hay procesos de acercamiento y convergencia (*rapprochement*) entre estas legislaciones aparentemente dispersas, hasta el punto en que se puede encontrar el fondo común de las mismas al que Saleilles denomina *droit commun de la humanité* o Lambert *droit commun législatif*. En esta tendencia “universalista” hay, por supuesto, matices: para el maximalismo de Raoul de la Grasserie, el fin

37 Édouard Lambert, *Conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé. Le droit comparé et l'enseignement du droit. Congrès international de droit comparé*, 36 (Procès-verbaux des séances et documents, Paris, 1905).

sería la plena unificación de las legislaciones comercial y civil del mundo “civilizado”. Para la mayoría de los autores, empero, esta tendencia hacia la convergencia debía ser más modesta, no directamente dirigida hacia la unificación del derecho mundial, sino más bien hacia una armonización paulatina y orgánica iluminada y liderada por la ciencia comparada: esta sería la verdadera tarea del “derecho común legislativo” o, en otra expresión muy usada, del “derecho civil comparado”. Esta labor solo sería fructífera, para la generación del *novecento*, en aquellos campos en que haya divergencias meramente accidentales, históricas, espurias y no se podría, en cambio, en aquellos otros campos donde esté la recia presencia del espíritu nacional. Las divergencias son superficiales y contingentes, sobre todo, en el derecho obligacional, patrimonial y de los negocios; en cambio, en derecho de familia y sucesiones, por ejemplo, los derechos nacionales están más enraizados con la “cultura” y por tanto, según este argumento, se prestarían menos para las aproximaciones vehiculadas por los comparatistas. Las nuevas codificaciones recientemente culminadas, los proyectos de código en marcha y las reinterpretaciones de viejos códigos serían todos ejercicios permeados por el mismo ejercicio de derecho civil comparado: por estas diversas vías, las soluciones estaban dando muestras de converger; los legisladores, jueces y doctrinantes nacionales estaban demostrando que había un proyecto transnacional de derecho y que ello debería llevar, en el mediano plazo, a establecer la existencia de un nuevo derecho común en Europa y, con el tiempo, en los países que por cultura y civilización fueran entrando en su esfera de trabajo mancomunado. De esta forma, los cosmopolitas del *novecento* estaban reinaugurando el proyecto de un derecho universal, sobre bases específicamente modernas.

Este ideal, por supuesto, tenía objeciones importantes: una de ellas decía, con razón, que el universalismo europeo (encarnado en el derecho romano y canónico) había sido recientemente derrotado (en Europa, a lo largo del siglo XIX) por el proyecto de construcción de los derechos nacionales. Los derechos nacionales, por tanto, iban en contravía de un derecho común inter-

nacional que era originalmente cristiano y romanista en su base. Pero los novecentistas no querían regresar al derecho romano ni mucho menos al canónico; querían mostrar cómo los derechos nacionales, dispersos en apariencia, tenían líneas comunes de desarrollo hacia el futuro que eran claramente sugeridas por la ciencia jurídica, si esta se dedicaba con compromiso y método al estudio del derecho comparado.

Estas tres misiones prácticas del *Weltrecht* (trasplante, reinterpretación, *rapprochement*) no estaban desarticuladas entre ellas. Lambert las explica conjuntamente en el siguiente párrafo:

Las dos primeras variedades de la concepción que ve al derecho comparado como una rama de la ciencia jurídica, en el sentido usual de la palabra, se nos presentan desde entonces como complementos, como aspectos particulares de la tercera. El uso del derecho comparado en materia de política legislativa y su empleo para interpretar los derechos positivos internos son para nosotros las principales aplicaciones y los principales medios de acción del derecho común legislativo cuyo desprendimiento constituye la función verdaderamente específica del derecho comparado como instrumento de acción sobre el recorrido del derecho³⁸.

Según esta opinión, las tendencias convergentes en el derecho cosmopolita se manifestaban en el continuo uso de trasplantes, por un lado, y de reinterpretaciones de los materiales jurídicos locales, por el otro. Estos fenómenos son precisamente los que generan la potencial emergencia de un derecho común, de un verdadero derecho positivo transnacional que, por sus vías de formación y contagio, pueda ser considerado como “derecho comparado”. Así, en Lambert, el derecho comparado era, al mismo tiempo, “proceso” (el que lleva al *rapprochement*) y “resultado” (el que consolida un *droit commun*), como corresponde naturalmente, por demás, a épocas de gran optimismo universalista. Estas esperanzas habrían de volverse trizas, apenas unos años después, con el inicio de las grandes guerras mundiales durante las cuales el universalismo y el cosmopolitismo pasaron

38 Édouard Lambert, *Conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé. Le droit comparé et l'enseignement du droit. Congrès international de droit comparé*, 46 (Procès-verbaux des séances et documents, Paris, 1905).

a ser considerados como ingenuas e irrealizables utopías bajo el influjo de los nuevos mapas geopolíticos de confrontación y desconfianza que se perpetuarían hasta el final de la Guerra Fría (1989)³⁹.

Así, la conclusión de Lambert empuja a descartar el derecho comparado como ciencia social, como *Urrecht*, e invita a concentrarse en el *Weltrecht* y en el derecho común legislativo: “El derecho comparado como ciencia social y teniendo como fin el conocimiento de las leyes de la vida jurídica, abarca todas las legislaciones vivas o muertas, tanto las que se unen a los tipos inferiores de civilización, como las que se unen a los tipos superiores. El derecho comparado como elemento del derecho positivo, debe, so pena de improductividad, ordenar su acción y limitarla a un cierto número de derechos vivos y relacionados por un lazo de parentesco. La materia prima sobre la cual se ejerce su trabajo varía según los tiempos y según los lugares⁴⁰”. Esta conclusión lleva a considerar que el derecho comparado en el sentido dogmático o del *Weltrecht* solo opera en materias de derecho privado y solo con relación a derechos vivos (por oposición a los muertos) con lazos de parentesco. Estas anotaciones de Lambert abren la reflexión esencial que debe hacer el derecho comparado sobre cuáles son los países que deben ser “objetivo” de sus investigaciones (o, en una diciente expresión inglesa, de cuáles deben ser los *target countries*). Para el *Urrecht*, el *target*, la diana, debe ser la experiencia más variada y diversa de todos los rincones del globo para probar, precisamente, la universalidad de las reglas invariables de desarrollo del fenómeno jurídico, como corresponde a una ciencia de esas pretensiones (que hoy son muy difíciles de defender); pero con relación al *Weltrecht*,

39 Sobre la reaparición del nacionalismo en la primera mitad del siglo XX: Eric Hobsbawm, *The Apogee of Nationalism 1918-1950*, Capítulo V, en *Nations and Nationalism since 1780. Programme, Myth, Reality*, 131-162 (Press Syndicate of the University of Cambridge, Cambridge, United Kingdom, 2004).

40 Édouard Lambert, *Conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé. Le droit comparé et l'enseignement du droit. Congrès international de droit comparé, 47* (Procès-verbaux des séances et documents, Paris, 1905).

la generación del *novecento* funda y constituye, por decirlo así, el “moderno espacio jurídico transnacional”.

Se trata de un nuevo espacio transnacional de difusión y diálogo de derecho, ya no constituido por el viejo *ius commune europeum*, sino donde la legislación, la jurisprudencia y, especialmente, la doctrina de los modernos derechos nacionales, empiezan a circular, a fecundarse mutuamente. Este espacio se formó de manera difusa e inconsciente a lo largo del siglo XIX para encontrar ya una formulación explícita y clara en el universalismo de comienzos del siglo XX. Este espacio jurídico transnacional permitió la irrigación de la alta ciencia jurídica alemana (la *Rechtsdogmatik*) hacia Francia e Italia y las reelaboraciones, aportes y extensiones que juristas, principalmente de estas nacionalidades, hicieron al diálogo transnacional⁴¹; la construcción de “ciencias jurídicas” genuinamente transnacionales mediante la abstracción de las “teorías generales” del derecho civil, del derecho administrativo, del derecho procesal, etc., buscaba el “fondo común” de estas ramas del derecho más allá de las diferencias legislativas o institucionales locales, para lograr así la producción de libros de derecho que, por primera vez, tendrían una genuina lecturabilidad transnacional⁴²; permitió la llegada de las consideraciones de política jurídica que,

41 Por ejemplo, el cambio que se dio en el derecho procesal con la creación de una teoría del general del proceso y una dogmática del derecho procesal. Esta dogmática, con un primer origen alemán, fue trasplantada a América Latina por medio de la obra de autores italianos como Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti y Piero Calamandrei. Ver: Mónica Vásquez, *La ciencia útil. Una reconstrucción de las conciencias jurídicas procesales en Colombia y América Latina*, 293 (tesis doctoral, Universidad de los Andes, Bogotá, noviembre de 2012).

42 Se puede revisar el capítulo III de mi libro *Teoría impura del derecho*, en que pretendo explicar los trasplantes teóricos y posteriores transformaciones locales de las teorías formalistas de reglas (escuela de la exégesis) y principios (jurisprudencia de conceptos). Diego López-Medina, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana* (Legis, Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2004). Ejemplos de viajes transnacionales de teorías generales del derecho, por ejemplo, en el campo del derecho penal, son: Claus Roxin, *Derecho penal: parte general. Tomo I. Fundamentos y estructura de la teoría del delito* (Diego Manuel Luzón-Peña, trad., Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2014). Günther Jakobs, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad* (Thomson Civitas, Madrid, 2004). Günther Jakobs, *Imputación objetiva en el derecho penal* (Manuel Cancio-Meliá, trad., Grijley, Lima, 2008). Francisco Muñoz-Conde, *Derecho penal: parte general* (Tirant lo Blanch, México, 2012).

provenientes especialmente del mundo germanoparlante, buscaban aplicar los datos de la ciencia positiva y de la legislación contemporánea a la resolución de la “cuestión social” y otras urgencias políticas apremiantes del momento; y finalmente, y este es el punto más importante para nuestros propósitos, el “espacio jurídico transnacional moderno” se convirtió también en el sitio ideal en el que se desarrollaron en gran parte los derechos de otros estados semiperiféricos y periféricos que se insertaron como actores subalternos en este entramado para extraer respuestas aplicables a sus países de esta “ciencia transnacional” que empezaban a crear con gran destreza, y en diálogo entre ellos, los cosmopolitas europeos del *novecento*.

Es la época en que juristas de Brasil, Turquía, Japón, Egipto, Argentina y México (por solo dar ejemplos de la semiperiferia emergente en esa época) apartan su mirada de la tradición jurídica nacional y empiezan ahora a leer a Friedrich Karl von Savigny, Bernhard Windscheid, Marcel Ferdinand Planiol, Louis Josserand y François Gény (en derecho civil), al mismo Raymond Saleilles y Édouard Lambert (en derecho comparado), a Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti y Piero Calamandrei (en procesal), a Leon Duguit y Hans Kelsen (en derecho público), a Francesco Carrara, Franz von Liszt, Enrico Ferri y a Hans Welzel (en derecho penal)⁴³. En estos diálogos europeos de comienzos del siglo XX se crea el espacio jurídico transnacional en que todavía se mueve hoy la reflexión dogmática latinoamericana y que permite que nuestras leyes nacionales, en apariencia tan locales, sean leídas a la luz de los escritos de los semidioses doctrinales del derecho penal del presente, Claus Roxin y Günther Jakobs, o del derecho constitucional, Robert Alexy, por solo mencionar algunos de los productores de doctrina más contemporáneos que circulan por los canales de ese mismo espacio jurídico transnacional.

43 Esta lista, como es apenas obvio, es arbitraria y apenas demostrativa de los autores dominantes que han circulado por el espacio transnacional. Con todo, basta para ilustrar el argumento del texto.

Para los novecentistas, el método de derecho comparado está dominado por su obsesión por la convergencia universalista: en el sentido del *Urrecht*, pues todavía tienen que rendirle el último homenaje a una ciencia moribunda, el derecho comparado es “la ciencia destinada a revelar las leyes de la evolución del derecho” y tiene un método propio. Para Adhémar Esmein, este método consiste en la determinación de las leyes originales de la humanidad y su clasificación en grupos. Luego, cada derecho nacional puede ser clasificado genealógicamente en estos grupos. Esmein propone así las familias de derecho latino, anglosajón, eslavo y musulmán. Pero, se pregunta Lambert, ¿podrá este método ser aplicado al derecho comparado como método de derecho positivo? En el Congreso de 1900, Lambert no encuentra ponencias dirigidas a desarrollar el método del derecho comparado “como parte del derecho positivo”, “como método de revelación del derecho común legislativo”, por lo que tendrá que hacer esfuerzos personales para pincelar, al menos, algunas orientaciones. Para los propósitos prácticos del *Weltrecht*, el método del *Urrecht* debe ser rechazado. Para Lambert, solo es posible la comparación fructífera entre legislaciones en el mismo grado de evolución, es decir, dentro de los grupos latino, germánico y solo de manera secundaria con el grupo anglosajón. Los otros grupos (el eslavo, y quizá el musulmán y el judío) no tienen interés para la ciencia jurídica del derecho comparado porque están excesivamente coloreados de religión (grupos musulmán y judío) o porque han sido formados en *milieux* completamente distintos a “los nuestros”.

La comparación más útil, en su opinión, puede establecerse entre los grupos “latino” y “germánico” con lo que revela claramente la formación del moderno espacio jurídico transnacional europeo, cuyo propósito inicial consistió en realizar un *rapprochement* entre el derecho obligacional y contractual de Alemania y de Francia, como cabezas de familia. En este “espacio jurídico europeo” se insertó América Latina de manera temprana y con relativa comodidad.

Esta geografía jurídica de los novecentistas suscita enormes cuestiones con relación a la utilidad comparada del llamado *common law*. A las demás familias les deja dos opciones: o son irrelevantes para el *Weltrecht* (como el derecho islámico y los otros de base religiosa o comunitaria-tradicional) o se incorporan como miembros subordinados del espacio jurídico europeo (como ocurrió en la modernización política del derecho de Turquía, Japón, Egipto y de gran parte de América Latina). Pero frente a la evidente importancia geopolítica y económica de la Gran Bretaña (y de Estados Unidos, cuyo innegable peso neoimperial apenas se empezaba a desplegar en el mundo del derecho⁴⁴) ¿puede el derecho inglés y escocés ser activamente utilizado en esta naciente comunidad de integración “a pesar de su espíritu particularista y de sus tendencias conservadoras”? Para Lambert, este es uno de los puntos “más delicados del método”. A pesar de esto, él se decanta por sostener que el grupo anglosajón debe ser tenido en cuenta por el comparatista moderno, pero solo “a título accesorio”. Indudablemente, hay puntos comunes entre el derecho continental europeo y el derecho anglo, pero tales contactos son inmensamente menos numerosos que los existentes entre los grupos latino y germánico. Para Esmein, es peligroso “abusar de la transposición”; peor aún resultaría tratar de “forzar” las categorías del derecho inglés a los marcos del derecho legislativo europeo. Tal acercamiento intercultural solo se daría poco a poco y en la medida en que la tendencia hacia la legislación se acentúe en Inglaterra como la atestigua para la época la expedición del *Land Transfer Act* de 1897. Esta opinión resultó ser exacta: el espacio jurídico transnacional de la primera mitad del XX se constituyó con la participación exclusiva de las potencias jurídicas continentales europeas; solo con el tiempo y más bien en la segunda mitad del siglo, este es-

44 Lambert empieza a reconocer el fenómeno y a dedicarle tiempo específico de estudio y reflexión al derecho de Estados Unidos. Es uno de los primeros franceses en hacer un estudio jurídico-político sobre el efecto del gobierno de los jueces en las transformaciones políticas de Estados Unidos. Al respecto: Édouard Lambert, *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos (Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis, 1921)* (Tecnos, Madrid, 2010).

pacio jurídico pudo abrirse y recibir efectivamente algunos de los desarrollos del derecho anglo, pero esta vez proveniente de la ya claramente dominante federación estadounidense, y no de su antigua metrópoli.

Estas dinámicas generales pueden resumirse gráficamente de la siguiente manera:

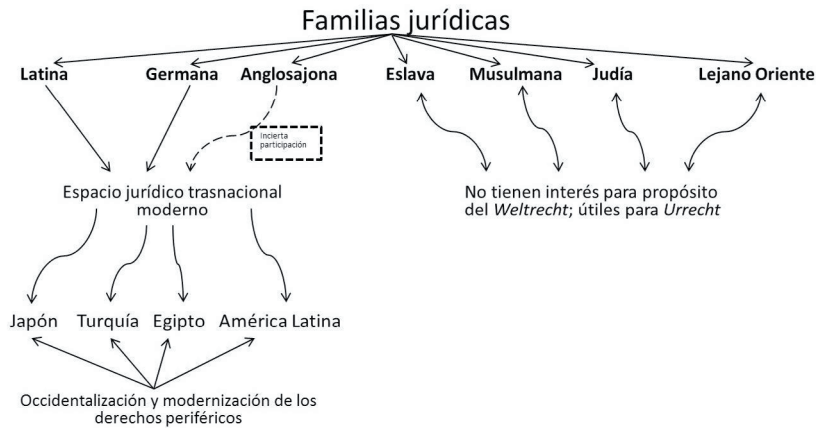


Gráfico 3
Comunicación entre las familias jurídicas según los novecentistas

Fuente: elaboración propia

V. EL MÉTODO DE LOS NOVECENTISTAS

Así, la precaución metodológica exige fundamentalmente separar las dos ciencias del derecho comparado para evitar confusiones en sus fines últimos. Para el derecho comparado-derecho positivo, los derechos a escoger son los más similares entre sí; para el derecho comparado-historia del derecho, se deben escoger los más alejados entre ellos. Así se resuelve el **primer paso** del método: la selección de derechos que se compararán. El **segundo**

paso exige el estudio a profundidad de cada grupo así escogido. Aquí se separan de nuevo los métodos del “comparatista jurista” de los del “comparatista historiador”. Para el primero, los detalles, la reglamentación y el estudio minucioso son necesarios; para el segundo, las grandes líneas estructurales de los derechos para establecer el estadio de su desarrollo serán suficientes. El comparatista-jurista debe ser muy cuidadoso, sin embargo, con las fuentes del derecho: no debe buscarse exclusivamente en los códigos o en las leyes vigentes (Saleilles), porque especialmente las que no han sido reformadas, tienden a dar reportes falsos del “derecho viviente” en una sociedad: así, no debe buscarse únicamente la “estructura teórica o formal” del derecho sino debe encontrarse un derecho vivo, en movimiento simultáneo a la sociedad (tesis luego refinada por René David), esto es, el movimiento o tendencia que traigan, por ejemplo, la jurisprudencia y la doctrina como fuentes vivas y abiertas al cambio jurídico. En Francia, por ejemplo, el comparatista que solo tuviera en cuenta el *Code Civile* sin la jurisprudencia contemporánea pensaría que el derecho francés está desmarcado de las tendencias del derecho comparado moderno. Por eso, el comparatista sofisticado entiende que la “interpretación jurisprudencial” transforma poco a poco la legislación y “la acomodan a las variaciones del contexto económico y político”. El jurista no puede investigar exclusivamente en los códigos y leyes extranjeras, porque allí encontrará un derecho viejo y marchito. Debe buscar en la jurisprudencia el “derecho efectivamente vigente en los tribunales de cada país”⁴⁵.

Pero esta comprobación no será suficiente: de aquí se desprende un **tercer paso** del método comparado. El comparatista debe ahora entender el “espíritu y razón de ser de cada solución” en el marco global del derecho extranjero. Para ello encontrará dos grandes posibilidades: en algunos países (como Alemania), la solución dada a tal o cual problema será “la consecuencia

45 Édouard Lambert, *Conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé. Le droit comparé et l'enseignement du droit. Congrès international de droit comparé*, 36-39 (Procès-verbaux des séances et documents, Paris, 1905).

necesaria de la construcción de una institución general”. Con todo, el intérprete deberá despejar (“*dégager*”) esta solución de las concepciones generales sólidamente enraizadas en su país de origen para permitir la “transposición” de la solución.

De hecho, será más fácil armonizar soluciones que provienen no de una sólida doctrina conceptual nacional, sino de soluciones políticas (no dogmáticas) del legislador en las que simplemente considera, de manera más o menos arbitraria, la “conveniencia de la práctica”. Es más difícil armonizar el derecho cuando proviene de concepciones dogmáticas fuertes. La solución tiene que ser contextualizada en su *milieu* económico o natural. Con esto, Lambert revela una opinión que luego demostró ser falsa en el desarrollo de la cultura jurídica contemporánea: pensó que la dogmática era más difícil de trasplantar que la política y que si la dogmática se trasplantaba, debía hacerse con salvaguardias importantes que garantizaran la “indigenización” del producto. Pero esta observación terminó siendo falsa, en especial en las zonas más periféricas: la dogmática viaja mejor que la política porque el formalismo tiene la mala costumbre de despojar o de invisibilizar la “política” implícita en la “dogmática”; y en segundo lugar, y de nuevo desde América Latina, las labores de aclimatación o indigenización de la doctrina son tan costosas que nuestros autores ha resuelto, en la mayoría de los casos, hacer copias sin mayor esfuerzo de adaptación.

Estas consideraciones permiten pasar al **cuarto paso** del método de Lambert: así reconstruido el derecho extranjero incumbe al comparatista encontrar el elemento de la “*unité*” o al menos de “*rapprochement*”. Y se constatará que, cuando no hay igualdad en la solución, hay igualdad al menos en la tendencia. Habrá diferencia entre las reglas de los códigos nuevos y la de los viejos, pero la jurisprudencia en estos últimos países estará en proceso de renovación de la regla vieja de manera que tienda hacia la configuración de la nueva. La regla nueva constituirá el derecho común legislativo; así mismo, el estudio de la jurisprudencia podrá mostrar, a pesar de divergencias en el estilo y

las reglas, importantes cercanías en las soluciones encontradas. Así también se halla el derecho común legislativo.

La evaluación de las soluciones constituye el **quinto paso** del método: luego de seguir las recomendaciones de Lambert, se pueden formar muchos más grupos de derechos (más allá de las “familias”), pero agrupados por la tendencia de la solución propuesta. Luego se puede averiguar si esas tendencias proceden de divergencias estructurales (culturales, constitucionales, etc.) o si tales divergencias son accidentales. En el primer caso no podrá construirse un derecho común legislativo o, si acaso, el mismo solo será reconocible dentro del grupo. Si, finalmente, no hay divergencias estructurales o permanentes, el jurista deberá evaluar cuál es la solución superior al problema planteado. Y aquí pide economía, estadística, en fin, una comprobación empírica de resultados para establecer la superioridad de la decisión con la contribución de ciencias sociales empíricas. A esta solución, finalmente, se le declarará parte del derecho común legislativo. Es evidente, de otro lado, que el derecho común legislativo no será completo, no podrá cubrir el campo extensísimo del derecho civil, por ejemplo; este derecho comparado tendrá, en consecuencia, lagunas permanentes y provisionales. Pero la esperanza, en todo caso, es que los temas más apremiantes, los más urgentes, los socialmente más relevantes sí resulten cubiertos por los resultados de la convergencia comparativa. Adicionalmente, la extracción o clarificación de los elementos del “derecho común legislativo” no podrán generar una unificación de los derechos nacionales. Pero lo mismo que el *droit commun coutumier* de los franceses o el *droit commun allemand*, el “derecho común legislativo” irá disipando las diferencias entre derechos positivos para lograr un lento *rapprochement* en el camino hacia este derecho ideal. Así se resume el ideal, casi utópico, de la construcción de un *droit commun de la humanité* que hoy no parecen compartir ni los más acérrimos defensores de la globalización regulatoria.

CONCLUSIÓN: EL LEGADO DEL NOVECENTO AL DERECHO COMPARADO DE HOY

La globalización jurídica contemporánea tiene un marco institucional y teórico bien diferente del que contemplaron Lambert y sus colegas. Con todo, su generación dio testimonio y proveyó parte del aparataje conceptual sobre el que se construyó el moderno espacio jurídico transnacional europeo. Este espacio moderno sustituyó el espacio común medieval construido alrededor del *ius romanum*. El nuevo comparatismo cosmopolita del siglo XX apuntaba a un nuevo *ius commune*, pero con bases y métodos notoriamente diferentes y propios de las ciencias jurídicas del siglo XX. En ese lugar, nació el derecho comparado moderno y su espacio general de actividades; a ese mismo espacio se conectarían fuertemente los derechos latinoamericanos a lo largo del siglo XX. Hoy, los derechos latinoamericanos continúan siendo “soberanías abiertas” en términos jurídicos y políticos por su participación activa en el espacio del derecho comparado.

El método comparativo de la generación del *novecento* postuló dos propósitos centrales que podríamos calificar como valiosos: es científico y funcional, ya que descubre las mejores soluciones; y, en segundo lugar, es integrativo y convergente, ya que tiene fe en la integración de soluciones entre distintos países. Pero este método de los novecentistas es todavía ingenuo y profundamente eurocéntrico: como no tienen los recursos para imaginar cómo sería el diálogo por fuera de la Europa civilizada, se apresuran a sentenciar que los derechos del resto del mundo (incluido el *common law*, cuya importancia no captan más allá de la experiencia colonial británica) son irrelevantes. La combinación de todas estas características muestra que esta metodología es excesivamente universalista y que su universalismo, sin embargo, todavía está confinado a los límites de la Europa centro-occidental. Este espacio transnacional europeo, sin embargo, va a ser un actor fundamental en los mapas de derecho comparado, en especial si se le mira desde América Latina donde se hizo uso intensivo (hasta hoy) de sus productos. La Europa jurídica es, en gran par-

te, el resultado de este espacio jurídico transnacional. Con esta Europa jurídica de 1900, los países latinoamericanos (y otros, en proceso de modernización y occidentalización jurídica) se aliaron para construir un espacio jurídico transnacional común: no una soberanía jurídica unificada, sino más bien un espacio de difusión del derecho en el que se asumía, de entrada, que había una armonía cultural e ideológica de base. Este espacio jurídico común todavía constituye, hoy, el escenario básico donde se desarrolla la mayor parte del intercambio comparativo hacia y desde América Latina. Como es obvio, para comparatistas posteriores, el universalismo eurocéntrico de los novecentistas es ingenuo y excesivo. El inglés Hermann Gutteridge critica ya con claridad en los años treinta estos desmanes y se queja, como es obvio, de la exclusión que se ha hecho del *common law*. Desde la América Latina contemporánea, de otro lado, resulta criticable la incorporación pasiva y subordinada a los diálogos de este espacio común que tiende a ser unilateral y jerarquizante⁴⁶. En fin, para la conciencia poscolonial y posmoderna, el espacio jurídico transnacional es excesivamente estrecho, así hoy todavía sirva como marco de referencia para la mayor parte de proyectos de exportación e implementación de derecho en los canales del comparatismo global. Pero la crítica y la reconstrucción de las dinámicas de poder dentro del espacio jurídico transnacional apenas ha comenzado y hoy es incierto si originarán diálogos más abiertos y horizontales entre sus participantes.

A la generación del *novecento* se le puede dar crédito por varias cosas: saldó cuentas con la antigua ciencia romántica de la comparación; ubicó al derecho comparado como una ciencia moderna del derecho, práctica, preocupada con el desarrollo progresista de las doctrinas jurídicas que respondieran al cambio social; contribuyó a construir el espacio jurídico europeo de la

46 Jorge L. Esquirol, *Las ficciones del derecho latinoamericano* (Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2014). Diego López-Medina, *The Latin American and Caribbean Legal Traditions. Repositioning Latin America and the Caribbean on the Contemporary Maps of Comparative Law*, en *The Cambridge Companion to Comparative Law*, 344-367 (Mauro Bussani & Ugo Mattei, eds., Cambridge University Press, Cambridge, 2012).

modernidad, que en cierto sentido continuaba, pero también reemplazaba, el *ius commune* tardomedieval. La llegada del espíritu cosmopolita al derecho creó un nuevo espacio transnacional en el que, a su vez, empezaron a participar las periferias y semiperiferias en sus propios procesos sociales de modernización, progreso y occidentalización. Para construir el nuevo espacio de diálogo, la generación del *novecento* innovó el método comparativo en derecho. Estas innovaciones estaban basadas en asumir y aceptar una conciencia aumentada de las divergencias entre derechos; y cómo, a partir de esas divergencias de base, se detectaban convergencias entre los derechos más vanguardistas que participaban en los diálogos del espacio transnacional. Finalmente, sin embargo, fueron incapaces de abrir el espacio transnacional que permaneció tercamente eurocéntrico; a pesar de ello, el espacio transnacional engolfó a muchas de las semiperiferias estratégicamente más importantes para la Europa occidental. Estas periferias, a su vez, aceptaron el movimiento de convergencia porque resultaba funcional a su propia modernización e inserción en la historia universal. La generación del *novecento* construyó así el moderno derecho comparado tanto como espacio y como disciplina: este es el “espacio” donde ocurren los trasplantes, la influencia y la circulación de modelos, normas e instituciones; al mismo tiempo es la disciplina que estudia y reflexiona sobre este proceso. Este espacio-disciplina posiblemente sea el principal motor de cambio jurídico por encima, incluso, de la política nacional de los países. Si esto es cierto, los derechos nacionales de “soberanías abiertas” no cambian por efecto de proyectos internos de política pública sino por procesos masivos de emulación y convergencia comparada. Si ello es cierto, pues, el derecho comparado no resulta nada desdeñable para las “soberanías abiertas” de América Latina.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Aragoneses, Alfons, *Un jurista del modernismo. Raymond Saleilles y los orígenes del derecho comparado* (Editorial Dykinson, Madrid, 2009). Disponible en: <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/5778>
- Aristóteles, *Constitución de los atenienses*. 330-332 AC. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=769>
- Barón de Montesquieu, Charles Louis de Secondat, *Cartas persas (Lettres persanes, 1721)* (Abate Marchena, trad., Alianza Editorial, Madrid, 2001).
- Barón de Montesquieu, Charles Louis de Secondat, *Del espíritu de las leyes (De l'esprit des lois, 1748)* (Alianza Editorial, Madrid, 2012).
- Bonnetcase, Julien, *Introducción al estudio del derecho (Introduction à l'étude du droit: Notions élémentaires, scientifiques, techniques, pédagogiques et bibliographiques, 1939)* (Editorial Temis, Bogotá, 2000).
- David, René, *Tratado de derecho civil comparado. Introducción al estudio de los derechos extranjeros y al método comparado (Traité élémentaire de droit civil comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative, 1950)* (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953).
- Esquirol, Jorge L., *Las ficciones del derecho latinoamericano* (Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2014).
- Frieden, Jeffrey A., *Global Capitalism: Its Fall and Rise in the Twentieth Century* (W.W. Norton & Company, New York, 2006).
- Gray, Walter D., *Interpreting American Democracy in France: the Career of Édouard Laboulaye 1811-1883* (University of Delaware Press, Newark, 1994).
- Hobsbawm, Eric, *Nations and Nationalism since 1780. Programme, Myth, Reality* (Press Syndicate of the University of Cambridge, Cambridge, United Kingdom, 2004).
- Jakobs, Günther, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad* (Thomson Civitas, Madrid, 2004).
- Jakobs, Günther, *Imputación objetiva en el derecho penal* (Manuel Cancio-Meliá, trad., Grijley, Lima, 2008).
- Krawietz, Birgit & Reifeld, Helmut, *Islam and the Rule of Law. Between Sharia and Secularization* (Konrad Adenauer Stiftung, Sankt Augustin/Berlin, 2008). Disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_13008-544-2-30.pdf
- Laboulaye, Édouard-René Lefebvre de, *Paris in America (Paris en Amérique, 1863)* (BiblioBazaar, New York, 2010).
- Lambert, Édouard, *Conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé. Le droit comparé et l'enseignement du droit. Congrès international de droit comparé, 1905* (Procès-verbaux des séances et documents, Paris, 1905).
- Lambert, Édouard, *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social*

- en los Estados Unidos (Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis, 1921)* (Tecnos, Madrid, 2010).
- Lambert, Édouard, *La tradición romana sobre sucesiones de formas del testamento ante la historia comparada (La tradition romaine sur la succession des formes du testament devant l'histoire comparative, 1901)* (Enrique García-Herreros, trad., Revista de la Legislación, Madrid, 1903).
- López-Medina, Diego, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana* (Legis, Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2004).
- Maine, H. James Sumner, *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas, 1861* (Breinigsville, Pennsylvania, Kessinger Publishing, 2011).
- Menger, Anton, *El derecho civil y los pobres (Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Klassen, 1890)* (Editorial Comares, Madrid, 1998).
- Monroy-Cabra, Marco Gerardo, *Introducción al derecho* (Editorial Temis S.A., Bogotá, 2015).
- Muñoz-Conde, Francisco, *Derecho penal: parte general* (Tirant lo Blanch, México, 2012).
- Quinio, Alexis Le, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques: le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles* (Institut Universitaire Varenne, Collection des Thèses, Clermont Ferrand, 2011).
- Rojas-Piñeres, Ezequiel Fernando, *Introducción al derecho* (Grupo Editorial Leyer S.A., Bogotá, 1997).
- Roxin, Claus, *Derecho penal: parte general. Tomo I. Fundamentos y estructura de la teoría del delito* (Diego Manuel Luzón-Peña, trad., Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2014).
- Sassen, Saskia, *The Global City: New York, London, Tokyo* (Princeton University Press, New Jersey, 1991).
- Sluga, Glenda, *Internationalism in the Age of Nationalism* (University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2013).
- Stern, Jacques, *La codificación: una controversia programática basada en sus obras* (Editorial Aguilar, Madrid, 1970).
- Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América (Democracy in America, 1840)* (Eduardo Nolla, trad., Trotta, Madrid, 2010).
- Watson, Alan, *Legal Transplant: An Approach to Comparative Law* (University of Georgia Press, Athens, 1993).

Contribución en obras colectivas

- Ambos, Kai & Böhm, María Laura, *La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo. Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa, capítulo II, en Desaparición forzada de personas: análisis comparado e internacional, 195-255* (Kai Ambos, coord., Deutsche Gesellschaft für Technische

- Zusammenarbeit (GTZ) GmbH, Proyecto Apoyo a la Fiscalía General de la Nación en el contexto de la Ley de Justicia y Paz — un ejemplo de justicia transicional, ProFis; Temis, Bogotá, 2009). Disponible en: https://www.unifr.ch/ddpl/derechopenal/obrasportales/op_20110207_02.pdf
- Gillespie, John, *Relocating Legal Scripts in Local Networks of Meaning*, en *Law and Development and the Global Discourses of Legal Transfers*, 29-55 (John Gillespie & Pip Nicholson, eds., Cambridge Studies in Law and Society, Cambridge University Press, Cambridge, 2012).
- Hoecke, Mark van, *Family Law Transfers from Europe to Africa: Lessons for the Good Methodology of Comparative Legal Research*, en *Law and Development and the Global Discourses of Legal Transfers*, 279-302 (John Gillespie & Pip Nicholson, eds., Cambridge Studies in Law and Society, Cambridge University Press, Cambridge, 2012).
- Kennedy, Duncan, *Political Ideology and Comparative Law*, en *The Cambridge Companion to Comparative Law*, 35-56 (Mauro Bussani & Ugo Mattei, eds., Cambridge University Press, Cambridge, 2012).
- López-Medina, Diego, *The Latin American and Caribbean Legal Traditions. Repositioning Latin America and the Caribbean on the Contemporary Maps of Comparative Law*, en *The Cambridge Companion to Comparative Law*, 344-367 (Mauro Bussani & Ugo Mattei, eds., Cambridge University Press, Cambridge, 2012).
- Petit, Carlos, *Absolutismo jurídico y derecho comparado. Método comparativo y sistema de fuentes en la obra de Édouard Lambert*, en *De la Ilustración al Liberalismo, Symposium en honor al profesor Paolo Grossi*, 121-138 (Paolo Cappellini, Centro de Estudios Constitucionales, CEC, Madrid, 1995).
- Petit, Carlos, *Lambert en la Tour Eiffel, o el derecho comparado de la belle époque*, en *La comparazione giuridica tra ottocento e novecento. In memoria di Mario Rotondi*, 53-98 (Antonio Padoa-Schioppa, ed., Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, Milano, 2001).
- Satkunasingam, Elsa, *Discordant Voices on the Status of Islam under Malaysian Constitution. Chapter 12*, en *Law and Development and the Global Discourses of Legal Transfers*, 333-355 (John Gillespie & Pip Nicholson, eds., Cambridge Studies in Law and Society, Cambridge University Press, Cambridge, 2012).

Revistas académicas

- Díaz-Cafferata, Santiago, *El derecho de acceso a la información pública: situación actual y propuestas para una ley*, 86 *Lecciones y Ensayos*, 151-185 (2009). Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/06-ensayo-diaz-cafferata.pdf>
- Garrity, Amy, *A Comparative Analysis of Surrogacy Law in the United States and Great Britain – A proposed Model Statute for Louisiana*, 60 *Louisiana Law Review*, 3, 809-832 (2000). Disponible en: <http://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5826&context=lalrev>

- Gutmann, Jerg & Voigt, Stefan, *The Rule of Law and Constitutionalism in Muslim Countries*, 162 *Public Choice*, 3-4, 351-380 (2015). Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2434793
- Hug, Walther, *The History of Comparative Law*, 45 *Harvard Law Review*, 6, 1027-1070 (April 1932).
- Jamin, Christophe, *Saleilles' and Lambert's Old Dream Revisited*, 50 *American Journal of Comparative Law*, 4, 701-718 (2002).
- Katz, Rebecca & Kornblat, Sarah, *Comparative Analysis of National Legislation in Support of the Revised International Health Regulations: Potential Models for Implementation in the United States*, 100 *American Journal of Public Health*, 12, 2347-2353 (2010).
- Kaufmann, Eric, *The Rise of Cosmopolitanism in the 20th Century West: A Comparative-Historical Perspective on the United States and European Union*, 17 *Global Society*, 4, 359-383 (2003). Disponible en: <http://eprints.bbk.ac.uk/449/1/Binder1.pdf>
- Langer, Maximo, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, 45 *Harvard International Law Journal*, 1 (2004). Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=707261
- Normand, Sylvio, *La culture juridique et l'acculturation du droit: Le Québec*, 1 *Revue Juridique de l'ISAIDAT*, 1, Società Italiana di Ricerca nel Diritto Comparato, SIRD, Reports to the XVIIIth International Congress of Comparative Law (2011). Disponible en: <http://isaidat.di.unito.it/index.php/isaidat/article/viewFile/56/66>
- Sanz-Clavijo, Alfonso, *Propuestas para la reforma del régimen de impatriados español desde una visión de derecho comparado*, 148 *Crónica Tributaria*, 195-213 (2013). Disponible en: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cron_trib/148_Sanz.pdf
- Zajtay, Imre, *Die Rezeption fremder Rechte und die Rechtsvergleichung*, 156 *Archiv für die civilistische Praxis*, 5, 361-381 (1958).

Tesis

- Vásquez, Mónica, *La ciencia útil. Una reconstrucción de las conciencias jurídicas procesales en Colombia y América Latina* (tesis doctoral, Universidad de los Andes, Bogotá, noviembre de 2012).

Proyectos de ley

- Colombia, Proyecto de Acto Legislativo 094 de 2011, Cámara, marco jurídico para la paz, 681 *Gaceta del Congreso*, 12 de septiembre de 2011. Disponible en: http://www.camara.gov.co/portal2011/proceso-y-tramite-legislativo/proyectos-de-ley?option=com_proyectosdeley&view=ver_proyectodeley&idpry=601,

http://www.icpcolombia.org/archivos/seguimiento/gaceta_681_2011_publicacion_camara.pdf

Colombia, Proyecto de Ley Estatutaria 01 de 2003, Cámara, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal, 339 *Gaceta del Congreso*, 20 de julio de 2003. Disponible en: http://www.icpcolombia.org/archivos/seguimiento/PL_01_03.pdf

Colombia, Proyecto de Ley Estatutaria 046 de 2010, Cámara, por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales, 488 *Gaceta del Congreso*, 3 de agosto de 2010. Disponible en: http://servoaspr.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=18&p_numero=046&p_consec=26330

Páginas web

DUDEN-Sprachberatung, *Deutsch Wörterbuch* (Bibliographisches Institut GmbH, 2013). Disponible en: <http://www.duden.de/suchen/dudenonline/ur>

Oxford English Press, *Oxford English Dictionary* (Oxford University Press, Oxford, 2015). Disponible en: <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/floruit>