

HERRAMIENTAS PARA UN ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO. A PROPÓSITO DE LOS FLUJOS JURÍDICOS Y LA (IM)PREVISIÓN DE SUS EFECTOS*

Pablo Moreno Cruz**

1. Premisa: el objeto de la comparación jurídica

La comparación jurídica tiene como objeto la descripción y el análisis del derecho como fenómeno lingüístico y social. Se trata, entonces, de un objeto que el derecho comparado comparte parcialmente con otras áreas del saber jurídico-científico: la teoría del derecho, la historia del derecho, la sociología descriptiva del derecho, entre otras.

En términos algo más precisos, y tal vez como indicio de una (al menos parcial) autonomía epistemológica, esa actividad descriptiva y de análisis, desde la perspectiva de la ciencia jurídica comparada, se ocupa fundamentalmente de la descripción y el análisis de los flujos de información normativa¹ entre las realidades jurídicas lejanas y cercanas; una descripción y un análisis que arrojan la identificación de diferencias y similitudes entre los diferentes sistemas normativos y, entonces, la posibilidad de formulaciones de modelos explicativos (simplificados) de cartografía global².

* Algunas apartes de este escrito son el resultado de una revisión y modificación de algunas reflexiones incluidas en Moreno Cruz (2017b).

** Docente e investigador en comparación jurídica, Universidad Externado de Colombia. Docente de *Diritto delle Americhe*, Università degli Studi di Ferrara. Docente de Teoría de la Comparación Jurídica, master in *Global Rule of Law and Constitutional Democracy*, Università degli Studi di Genova - Universidad de Girona. Doctor en Comparación Jurídica e Histórica - Jurídica, Università degli Studi di Ferrara. pablo.moreno@uexternado.edu.co pablo.moreno@unife.it

- 1 Al emplear la expresión «información normativa», me estoy adhiriendo a la definición de tradición formulada por Glenn (2008-2009, p. 431): «the study of tradition is therefore the study of the content and flow of large bodies of normative information over time and over space». Asumo, entonces, el carácter no estático, no autónomo, no purista de las realidades jurídicas. Por cierto, aunque consciente del debate al respecto, en este escrito usaré como sinónimos las expresiones «escenarios jurídicos», «sistemas jurídicos», «realidades jurídicas», «tradiciones jurídicas», «cultura jurídica», siempre bajo el entendido de que todos denotan un conjunto de información normativa cambiante; cambios o mutaciones que se verifican como resultado de continuos actos de imitación (véase *infra* § 3).
- 2 En relación con el ejercicio de cartografía de los derechos globales, desde ya es necesario hacer una importante precisión. La adscripción de un derecho a una específica familia de sistemas es, en el mejor de los casos, un ejercicio inevitable de simplificación. Sin embargo, en realidad es, al mismo tiempo, un ejercicio de construcción de centros y de periferias: las perspectivas etnocéntricas han caracterizado y siguen caracterizando la sistemología comparada, así como las perspectivas dirigidas a consolidar aparentes fracturas y unificaciones. Sobre el punto, sin duda, el libro sobre la geopolítica del derecho de Monateri resulta fundamental. En efecto, Monateri (2013, p. 4) precisa que «la comparación de las leyes se está mostrando como una disciplina clave y un arma potente en la geopolítica del derecho: esta disciplina es la disciplina mediante la cual continuamente es escrita, y re-escrita, la identidad y la diferencia. La comparación traza un surco entre aquello que es primitivo y aquello que es moderno, entre aquello que es exótico y aquello que es normal, entre aquello que es atrasado y aquello que es desarrollado, con evidentes nexos con las estrategias de dominio cultural. Esta estrategia de escritura y re-escritura de las identidades y de las diferencias parece, entonces, central precisamente cuando el sistema jurídico parece, tendencialmente, que se está convirtiendo en mundial, y a los confines políticos verdaderos se supra-ponen otros confines

Así, no basta acercarse al análisis de los usos de los juristas locales³ para poder capturar el derecho, ni bastan las generalizaciones, por mayor grado de abstracción que estas comporten. En efecto, el análisis comparado se extiende a la identificación de todos aquellos fenómenos que conectan o no los sistemas mediante, primero, el flujo de información y, posteriormente, las respectivas e inevitables mutaciones como obra (producto) de las fuentes formales e informales del derecho.

Los retos, en ese sentido, no son banales. Y esto no necesariamente (o, al menos, no solo) debido a la actual debilitación de la soberanía estatal, inversamente proporcional a la vitalización de otros centros de interés con capacidad productora de normas jurídicas; centros de interés (también, pero no solo, de orden internacional) que desbordan (o escapan a) los confines estatales y reconfiguran la estructura de las fuentes del derecho, las normas de competencia para su producción y sus criterios de validez. Se trata, más bien, de retos típicos (aunque en algunos aspectos doblemente complejos) con los que debe confrontarse cualquier pretensión descriptiva del fenómeno jurídico.

En efecto, el análisis comparado, antes que nada, debe medirse no solo con el lenguaje del actor jurídico (como intérprete, en sentido amplio, del lenguaje del derecho) de los escenarios normativos objetos de análisis, sino también con la constatación (entonces empírica) de la (in)eficacia de las respectivas normas fruto del acto interpretativo de los usuarios del derecho. Un ejercicio que resulta altamente complejo, si se toma en consideración la indeterminación del lenguaje del derecho, la pluralidad y maleabilidad de las jerarquías de las fuentes de producción normativa, siempre difuminadas en variados centros de interés que inciden ideológicamente en el acto de adscripción de los significados. Pero si a ello se suma la necesidad de efectuar un análisis que toma en consideración no tanto (o, al menos, no solo) la fotografía de los sistemas jurídicos, sino, precisamente, su mutabilidad como consecuencia de la recepción de flujos de información normativa, el análisis descriptivo se debe enfrentar, también, con la reconstrucción histórica de un pasado móvil, varias veces narrado y (aunque no siempre) ideológicamente reconstruido.

Sin embargo, aunque este escenario de complejidad ha impuesto a la ciencia comparada una serie de exigencias de orden epistemológico, aquí no serán analizadas, salvo de forma tangencial, las respuestas metodológicas a estas exigencias. En efecto, aunque se harán algunas precisiones para recrear las dificultades inevitables que condicionan el acto descriptivo de la comparación jurídica (§ 2), el objetivo central de este escrito está dirigido al análisis de dos aspectos relativos al objeto de la comparación jurídica. Se hará esto mediante la formulación de respuestas (parciales) a dos preguntas clásicas de la teoría comparada del derecho: (i) ¿cuáles son las razones de los flujos jurídicos? y (ii) ¿es posible prever el resultado de los flujos jurídi-

de excelencia, superioridad, eficiencia de las reglas, etc.». Esta preocupación no ha escapado, obviamente, a la literatura sobre el llamado «Sur Global» que ha mostrado la necesidad (también epistemológica) de formular una nueva cartografía de los derechos —una contracartografía— que escape de la perspectiva etnocéntrica del llamado «Norte Global». Sobre el punto, también para ulterior bibliografía, véase: Rodríguez-Garavito (2015). Lo dicho hasta ahora, solo para precisar que en este escrito el empleo de locuciones como *civil law*, *common law*, «tradición jurídica occidental», etc., así como la adscripción que se hará en este escrito de algunas realidades jurídicas a una específica familia de sistemas, no debe ser leída como la inobservancia de los respectivos matices, ni como una adhesión *in toto* a los criterios de categorización empleados para elaborar las cartografías globales dominantes en la literatura comparada.

3 Aun que se trata, sin duda, del insumo fundamental para cualquier estudio de derecho comparado (véase *infra* § 2).

cos? En términos más precisos, en relación con la primera pregunta, se harán algunas reflexiones sobre el concepto de flujo jurídico, con las que se tratará de evidenciar la complejidad intrínseca que gobierna su identificación y su comprensión teórica, haciendo un énfasis especial en los flujos jurídicos que se generan como consecuencia de la adscripción de la propiedad «prestigio» al dato jurídico objeto de circulación (§ 3), cuando el metacriterio normativo que gobierna la adscripción de tal propiedad es aquel de la eficiencia (§ 4). En relación con la segunda pregunta, a partir del análisis del proyecto Doing Business promovido por el Banco Mundial se reflexionará sobre las políticas normativas dirigidas a inducir cambios legales (*legal changes*) desde un centro de producción normativo no estatal y no necesariamente vinculante (§ 5). Se trata de un proyecto del Banco Mundial que, en realidad, sugiere la posibilidad de prever los efectos de los flujos jurídicos (§ 6), al tiempo que sugiere una jerarquía entre los sistemas de *common law* y los sistemas del *civil law*; proceso de jerarquización cuyo análisis permitirá hacer algunas reflexiones conclusivas tomando en consideración la distinción entre ambas familias de sistemas (§ 7).

2. Usos locales y comparación jurídica

La complejidad que debe resolver un comparatista está condicionada por tres factores (dificultades) concretas e inevitables, bajo el presupuesto de que la investigación comparada se confronta, en primera medida, con los usos de los actores jurídicos locales: (i) la eventual distinción entre la perspectiva del jurista local y el operar concreto de las fuentes del derecho, que se manifiesta muchas veces en la identificación, por parte del observador, de semejanzas y diferencias simplemente aparentes; (ii) la mutabilidad (no siempre evidente) de los datos importados como resultado de trasplantes o flujos jurídicos; (iii) la captura de la interpretación en cadena que de las fuentes del derecho receptoras hagan los actores jurídicos internos en su (consecuente e inevitable) producción continua de nuevos textos sujetos a su vez a interpretación; todo ello condicionado tanto por los criterios de interpretación empleados como por las ideologías y las respectivas concepciones de lo justo, así como por la memoria de (lo que se cree o efectivamente es) su propio pasado.

En efecto, cualquier ejercicio dirigido a capturar las diferencias y las similitudes entre diferentes realidades jurídicas locales comporta afrontar dificultades epistemológicas que se manifiestan casi necesariamente —sea que se trate de análisis microcomparados, sea que se trate, en cambio, de los esfuerzos propios de la macrocomparación jurídica— en el contexto de análisis de realidades jurídicas ampliamente lejanas, como también respecto de aquellas cercanas cuya eventual vecindad territorial, lingüística, dogmática, normativa (en cuanto a los enunciados), entre otras, tiende a nublar las distinciones y a sobrevalorar las similitudes que subyacen al actuar concreto de todas las fuentes locales del derecho.

Las propuestas metodológicas elaboradas por el derecho comparado no han hecho nada diferente que tratar de precisar⁴ el recorrido adecuado para identificar la configuración y las características de los sistemas jurídicos, con el objetivo de lograr capturar, tras el velo de las fuentes formales del derecho, las propiedades de cada realidad jurídica en su efectivo operar⁵;

4 Para un análisis de la metodología de la comparación en atención a las dificultades que esta comporta, véase: Samuel (2014). Para una perspectiva más reconstructiva, también véase: Siems (2014); Örucü (2006) y Örucü (2015).

5 Se habla, a este propósito, de la «regla operacional». Véase, originalmente, sobre el punto: Sacco (1991).

remontándose algunas veces, incluso, a diferentes criterios y referentes que, en estricto sentido, no son considerados por algunos como estrictamente jurídicos⁶.

Las propuestas metodológicas, por cierto, cada vez más sofisticadas, reivindican la autonomía epistemológica de la ciencia comparada bajo el presupuesto de una distinción fundamental: el actor jurídico «municipal» está tan condicionado por las propias reglas tácitas y expresas del ordenamiento jurídico local que se encuentra, en ocasiones, en serias dificultades para poder capturar, aprehender, su propio derecho, incluso cuando su perspectiva es eminentemente teórico-descriptiva.

Por el contrario, como ya precisé, el comparatista (también respecto de su propio ordenamiento jurídico) tiene la pretensión de acercarse a su objeto de estudio para, fundamentalmente, describirlo⁷. Y precisamente por ello ocupa un punto de observación diferente: se trata de un observador externo que analiza (o, al menos, debería analizar) la *law in action*, sospechando de las afirmaciones hechas por los juristas locales y suponiendo (pero no dándolo por cierto, no necesariamente) que, tal vez, las fuentes del derecho formales y no formales operan, al menos en parte, de manera diferente a como consideran (a como dicen) los actores jurídicos internos⁸.

Además, frente a la consideración de más de un ordenamiento jurídico objeto de descripción, por más vecindad que pueda en principio suponerse, ciertos comparatistas presumen (creo con razón) que los actos (por cierto, inevitables) de imitación mutua o unilateral que puedan identificarse no necesariamente (o, de hecho, nunca) implican una fiel reproducción, en el escenario receptor, del dato jurídico importado⁹. Tal vez, por el contrario, diferentes factores internos —desde las propias configuraciones de la jerarquía de las fuentes del derecho, hasta profundos e indescifrables factores culturales— condicionan necesariamente cualquier flujo jurídico de modo tal que la identificación de similitudes totales entre escenario receptor y escenario exportador es del todo, en el mejor de los casos, una rareza.

Similitudes aparentes son siempre identificables. Por ejemplo, puede identificarse una similitud en el empleo de un término, en la redacción de un determinado enunciado normativo, en la estructura declarada de las fuentes del derecho, en el contenido lingüístico de algunas decisiones jurisprudenciales, en la adopción (pero no necesariamente en la interpretación y, entonces, no necesariamente en la aplicación) de específicos instrumentos normativos foráneos vinculantes y de *soft law*. Sin embargo, estas similitudes solo aparentes pueden disolverse

6 Una ruptura relevante, con un análisis específico del concepto de «tradición» fue propuesta en su momento por Glenn (2014). Véase también, entre otras perspectivas innovadoras, la propuesta de Monateri (2013), enfocada en un estudio atento sobre la distinción insuperable entre los «sistemas jurisdiccionales» y los «sistemas de ley» a la luz de la geografía crítica, la teoría literaria y, entre otras cosas, la filosofía de Giorgio Agamben.

7 No obstante, en la actualidad, así como, en realidad, desde el famoso Congreso de París del año 1900, varias tendencias del derecho comparado adscriben a la comparación jurídica funciones prescriptivas, es decir, la función de indicar cómo «debería ser» el derecho o, en otras palabras, la llamada «mejor solución» o el «mejor derecho» (véase *infra* § 4, 5, 6). En cuanto a la función descriptiva los discursos, no son unánimes. En efecto, por ejemplo, mediante ulteriores descripciones se busca indicar los falsos actos descriptivos y los errores en varios presupuestos metodológicos: véase, como clásico: Frankenberg (1985).

8 Ya con esta perspectiva, textos clásicos del derecho comparado como, por ejemplo: Zweigert y Kötz (1987, pp. 31, 36).

9 Se trata de una presunción (recurrente, aunque no unánime) en la literatura comparada. Para una defensa radical sobre este punto, en el marco de un clásico debate con Watson —véase, por ejemplo: Watson (1993)—, se puede consultar a Legrand (1997), Legrand (2001). En una versión menos radical, véase: Legrand (2003).

parcial, e incluso totalmente, cuando, en su conjunto, se toma en consideración el actuar de las demás fuentes del derecho, siempre en perenne competencia¹⁰ y sujetas todas ellas a los criterios interpretativos y a las ideologías de los actores jurídicos locales (legislador, juez, árbitro, funcionario público, doctrinante, profesor universitario y abogado, entre otros).

De otro lado, también en relación con ordenamientos vecinos (por ejemplo, territorialmente), muchas diferencias resultan ser solo parciales. Es cierto que, por ejemplo, puede identificarse un uso distinto de un término o el recurso a fuentes del derecho diferentes para afrontar un mismo problema. Sin embargo, estas diferencias pueden diluirse en nuevas semejanzas (parciales) entre los ordenamientos, si se toma en consideración el operar de todas las fuentes y (desde una perspectiva funcionalista) la solución que se adopte frente a un específico problema. Dicho de otro modo, las diferencias en la redacción de los enunciados y en el empleo de un tipo específico de fuente del derecho no necesariamente implican resultados finales totalmente disímiles.

En términos generales, la identificación de las diferencias y similitudes entre realidades jurídicas, según las perspectivas metodológicas más tradicionales (sin negar contundentes críticas a estos enfoques), se concentra, por ejemplo, en la determinación de la estructura de los sistemas normativos de referencia¹¹ o en la identificación, con perspectiva factualista¹², de la forma, el mecanismo (la institución) mediante el cual cada realidad jurídica afronta específicos problemas relacionados con el mismo tópico (es decir, la identificación de los respectivos equivalentes funcionales¹³). En ambos casos —pero también, e, incluso, más aún cuando el análisis asume como presupuesto epistemológico la captura del dinamismo de los sistemas y, entonces, cuando la perspectiva histórica (e incluso antropológica) asume relevancia crucial—, el insumo inicial es siempre el análisis de los usos de los actores jurídicos; ojalá, de los usos de los actores jurídicos de cualquier centro de interés que tenga la capacidad de adscribir significados a la letra de la ley¹⁴ de los escenarios objeto de comparación.

En otros términos, el rastreo de los flujos de información y sus mutaciones, así como la identificación y categorización de las diferencias y similitudes entre sistemas, se activa mediante la captura de los usos de los juristas, que precede tanto el necesario análisis teórico-crítico

10 Sobre la competencia entre fuentes del derecho (llamada también competencia entre formantes), véase, por ejemplo: Monateri (2003).

11 Se está haciendo referencia específicamente a los métodos estructuralistas. Sobre el método estructuralista, véase, recientemente, por ejemplo: Samuel (2014, pp. 96-107).

12 El método que parte de la formulación de preguntas (problemas factuales) en la forma de casos hipotéticos conduce casi de manera inevitable a la metodología empleada por Rudolf B. Schlesinger durante los famosos seminarios en la universidad de Cornell; metodología que quedó plasmada en (entre otros) Schlesinger (1968). Se trata de un enfoque metodológico (re)adoptado a partir de los años noventa del siglo XX en el proyecto sobre el Common Core of European Private Law. Un proyecto que, por cierto, no ha estado libre de críticas muy interesantes: véase, por ejemplo: Frankenberg (2012).

13 En este punto, se hace referencia a la metodología funcionalista en el derecho comparado, atribuida —en realidad, siguiendo el rastro de Ernst Rabel (véase: Gerber (2001)— a Zweigert y Kötz (1987). Metodología reformulada y moderada en diferentes trabajos posteriores por varios autores como, por ejemplo: Michaels (2006). Véase también: Graziadei (2003).

14 Sobre la relevancia de los centros de interés, incluso aquellos inestables o aquellos hostiles al ordenamiento jurídico, en el acto de análisis de los usos locales, véase: Somma (2014). Para una propuesta sobre la relación entre sistemas normativos de violencia (entonces, centros de interés hostiles al ordenamiento) y el derecho, véase la propuesta de Lemaitre (2015).

de dichos usos como la necesaria revisión de las narrativas mediante las cuales las respectivas culturas jurídicas han construido y representado su propio pasado, al igual que el necesario ejercicio (empírico) de constatación de la eficacia de los preceptos.

3. Prestigio, jerarquías y flujos jurídicos

Los flujos jurídicos¹⁵ —entendidos como el producto de (y la actividad que conduce a) la recepción por parte de un sistema normativo de una información (en sentido amplio) jurídica proveniente de otro sistema— generan necesariamente un desequilibrio. Además, más allá de que tal desequilibrio —que casi sin duda produce un cambio legal— finalmente logre superarse, este proceso de estabilización comporta, a su vez, necesariamente (al menos para algunos), un acto de mutación del dato jurídico importado¹⁶.

En relación con el fenómeno de los flujos jurídicos, y de los consecuentes cambios legales en el escenario receptor, el comparatista generalmente se ocupa de identificar dichos flujos y (los posibles) cambios legales, al tiempo que la teoría comparada se ocupa, principalmente, de buscar una respuesta a dos preguntas fundamentales: (i) ¿cuáles son las razones de los flujos jurídicos? y (ii) ¿hasta qué punto es posible prever los efectos de la recepción del flujo jurídico?

Sobre las razones de los flujos jurídicos que la teoría del derecho comparado ha identificado¹⁷, una en particular resulta aquí relevante por tratarse de una condición necesaria (aunque no siempre suficiente) para que se verifique un flujo jurídico: el prestigio¹⁸.

Entiendo «prestigio» como una propiedad que, en razón de específicos criterios (véase: *infra* § 4), se predica (o se autopredica) de una información jurídica: (por ejemplo) de un sistema jurídico, de un actor jurídico, de un sistema económico, de un concepto normativo, de un conjunto de enunciados normativos producidos por un legislador o por los jueces, de una universidad, de una teoría del derecho, etc. La adscripción de tal propiedad es el resultado de la construcción de una jerarquía entre realidades normativas —una estratificación no necesariamente aceptada por toda la cultura jurídica receptora o productora del dato jurídico—. Dicha jerarquización es empleada como justificación del flujo jurídico de información normativa desde el centro de producción del dato considerado como superior (es decir, prestigioso) hacia un centro de recepción considerado como inferior en la jerarquía axiológica.

Nótese, entonces, que el prestigio resulta siendo siempre una propiedad del todo normativa, valorativa, que justifica flujos jurídicos mediante una jerarquización entre los sistemas. Además, nótese que, bajo esta definición de prestigio, la incidencia del centro de producción en el acto de adscripción de la propiedad «prestigio» puede ser determinante.

La adscripción de la propiedad «prestigio» supone siempre la proclamación de la identificación de un (supuesto) mejor derecho¹⁹, un derecho «digno» de imitación, a la luz de

15 Prevalentemente se empleará la locución «flujo jurídico», propuesta por Lupoi (2006), en cambio de (la más famosa) *transplant*, propuesta por Watson (1993); o *cross-fertilization*; o «circulación de modelos jurídicos», esta última propuesta por Sacco (1991); o, entre muchos otros neologismos, *transposition*, propuesta por Örüü (2002); o *legal transfer*, propuesta por Nelken (2003).

16 Además de las obras ya citadas, véase, entre tantas otras, recientemente: Somma (2014).

17 Para una posible versión sobre las razones de los flujos jurídicos, véase: Graziadei (2006).

18 Aquí busco especificar, tal vez reformular, la definición de «prestigio» a partir del sentido tradicional: Sacco (1992).

19 En el derecho comparado, la expresión «mejor derecho» normalmente conduce a las primeras formulaciones del funcionalismo: el derecho comparado serviría para identificar la mejor solución posible a un problema específico;

valoraciones —muchas veces intuitivas— construidas con base en una serie de criterios normativos ulteriores que gobiernan la construcción de la jerarquía axiológica. De este modo, la adscripción de la propiedad «prestigio» parece ser un requisito necesario, aunque no siempre suficiente, para que se verifique el flujo normativo: (por ejemplo) sin prestigio y, entonces, sin una previa jerarquización, no podría, por ejemplo, verificarse una imposición colonialista, ni (como se verá en seguida) una imposición de imitación para garantizar lo que se considera sea el desarrollo integral de un país.

4. Metacriterios de jerarquización: el caso de la eficiencia

La adscripción de la propiedad «prestigio» no puede entonces operar por sí sola. Es necesaria una justificación ulterior, un metacriterio que gobierne la construcción de la jerarquía axiológica. Así —siendo el prestigio solo una propiedad derivada—, los metacriterios operan como patrones de valoración de los escenarios normativos productores y destinatarios del flujo. En términos más precisos, el objetivo o beneficio que se pretende obtener²⁰ mediante el flujo jurídico es el criterio determinante para la construcción de una jerarquía entre el sistema que posee esa información normativa objeto del flujo y el sistema receptor que, en cambio, no la posee; es decir, el criterio²¹ que sirve para distinguir entre (aquello que el patrocinador del flujo considera) un mejor derecho y, entonces, un derecho prestigioso, y aquel que, en cambio, no lo es.

Uno de los metacriterios conforme a los cuales se adscribe la propiedad «prestigio» a una información normativa, es decir, mediante el cual se configura esa jerarquía axiológica entre derechos, es aquel de considerar como mejor derecho el más eficiente.

La adscripción de la propiedad «prestigio» a (y entonces, la estratificación de) un dato normativo frente a otro, particularmente cuando el prestigio se adscribe debido a su mayor eficiencia en términos comparativos, difícilmente puede ser considerada como el resultado de un proceso unidireccional en cabeza del receptor. Por el contrario, debe ser entendida como la

problemas que, según la misma metodología, se presentaría de forma similar en todos los escenarios (*praesumptio similitudinis*). Sobre el punto, además de la literatura ya citada, véase: Samuel (2014). En este aparte, la locución «mejor derecho» no se refiere (o, al menos, no se refiere necesariamente) a una perspectiva metodológica del derecho comparado (es decir, a una actividad realizada por los comparatistas), sino, en sentido menos técnico, a una percepción, a una idea, a una intuición de cualquier actor jurídico que alimenta la pretensión de generar el flujo jurídico: en concreto, la identificación de un dato jurídico cuyo flujo conduciría al mejor derecho (porque es considerado como más justo, o porque es considerado como más eficiente, etc.) frente a una deficiencia que es individualizada (o creada, o sugerida) por parte del patrocinador del flujo. Claro, dentro de estas intuiciones están también aquellas patrocinadas por las doctrinas del derecho comparado que sugieren, en línea con el método funcionalista, la posibilidad de identificar, mediante la comparación jurídica en sentido estricto, la mejor solución (véase: *infra* § 5).

20 Este objetivo puede ser muy complejo (reformas económicas dirigidas a fomentar una específica concepción de capitalismo, reformas legislativas para garantizar la tutela de derechos fundamentales, adopción de normativa en el marco de una específica concepción de justicia transicional, fomento de reformas dirigidas a patrocinar específicas ideologías, etc.) o tener motivos menos relevantes (dar a conocer un profesor amigo, adornar una decisión jurisprudencial, etc.). Los objetivos, además, no necesariamente son excluyentes entre sí.

21 Aunque Graziadei (2009, p. 739) considera que el análisis del prestigio de todas formas se inscribe en un marco más amplio de análisis relativo a la cuestión de la ideología, en realidad creo que la distinción entre prestigio e ideología es relevante porque el prestigio no es el criterio de jerarquización, sino el resultado inevitable de la construcción de la jerarquía. Una cosa es la jerarquización ético-normativa entre sistemas (que, en último análisis, termina operando por razones ideológicas) y otra su efecto inmediato (la adscripción de la propiedad «prestigio»).

combinación de acciones de diferente género, ejecutadas tanto por el productor del flujo como por el receptor «entusiasmado».

De hecho, como se verá más adelante (véase: *infra* § 5), precisamente en atención a la exaltación de la propiedad «eficiencia», es posible identificar actos de construcción del prestigio en cabeza exclusivamente (o al menos casi exclusivamente) del centro de producción del dato jurídico exportado —específicamente por parte de élites profesionales, incluyendo, en ocasiones, a algunos comparatistas, dentro de un Estado o una institución supra o extra estatal—. En otros términos, se tratará de la autoproclamación del prestigio de una o algunas fuentes del derecho que posteriormente son distribuidas (ofrecidas o «impuestas» delicadamente) en otros sistemas normativos receptores mediante, también, un ejercicio de propaganda²².

Este ejercicio estratégico que busca inducir flujos jurídicos puede estar también acompañado por la radicalización en la identificación de diferencias y similitudes entre los diferentes sistemas jurídicos, con el objetivo de sugerir flujos jurídicos (normativo-institucionales, principalmente) que se consideran como la mejor solución, la más eficiente, para, por ejemplo, (i) alcanzar (lo que según el patrocinador del flujo sería) el desarrollo de una región o de un país, y, a su vez, (ii) anular diferencias que se consideran que son (o, al menos, son presentadas como) la causa del defecto o la ineficiencia que se quiere superar mediante el flujo jurídico que se patrocina.

En efecto, en esta estrategia de construcción del prestigio de un dato normativo (y, entonces, del prestigio de los productores de ese dato normativo), la identificación y radicalización de las diferencias no busca insinuar la imposibilidad de diálogo entre ambos sistemas. Por el contrario, se trata de una estrategia que, si bien enfatiza diferencias, en realidad las presenta como contingencias históricas que no comprometen la posibilidad de superarlas mediante modificaciones, principalmente, de orden institucional.

De este modo, mientras las diferencias fungen como justificación de la estratificación y, entonces, como detonante de la adscripción de la propiedad «prestigio» —a su vez adscrito en razón de un metacriterio normativo como la eficiencia—, el posible flujo jurídico funge, o mejor, debería fungir, como detonante de la eliminación de las diferencias para consolidar un escenario normativo institucional precisamente más eficiente.

Nótese que este tipo de estrategias caracterizan en gran medida la normativa proveniente del escenario normativo internacional (vinculante y no vinculante), cuya vocación unificadora es consecuente con su pretensión universalista; más aún cuando dichas normativas son construidas y elaboradas a la luz de teorías precisamente presentadas como válidas en cualquier escenario normativo, independientemente de las características, incluso culturales, del receptor del flujo²³.

22 Sobre el punto véase, recientemente: Monateri (2012, pp. 23-24).

23 Es importante precisar que existen diferentes metacriterios. Piénsese, por ejemplo, en las argumentaciones que se construyen para configurar una jerarquía axiológica entre ordenamientos jurídicos en razón, por ejemplo, de la adopción, o no, de normativas para reconocer y asegurar la justicia-bilidad de los derechos humanos auspiciada, también y principalmente, en el escenario normativo internacional. El prestigio de esta normativa, en cuanto es considerada como el mejor derecho para responder ante las eventuales vulneraciones de ciertos valores que se consideran supremos, construye un aura de supremacía a favor de los ordenamientos jurídicos que la adoptan y, en consecuencia, un prestigio de determinados datos jurídicos que induce a su flujo jurídico hacia los escenarios carentes de dicho reconocimiento y de los respectivos mecanismos de justiciabilidad.

5. El proyecto *Doing Business*

Este tipo de flujos jurídicos caracterizados por la construcción de un prestigio a favor de la circulación de modelos jurídicos «certificados» como más eficientes son una constante. De hecho, los ya famosos informes *Doing Business*²⁴, elaborados anualmente por el Banco Mundial desde el año 2004, son un claro ejemplo: jerarquización entre los diferentes ordenamientos jurídicos en razón de la presencia o no de obstáculos a la iniciativa empresarial considerada, esta última, como el factor que conduciría necesariamente al crecimiento económico entendido como motor del desarrollo integral²⁵.

En concreto, se trata de informes que toman en consideración una serie de variables referidas a la eficiencia de la regulación y de las instituciones, para determinar una jerarquía constatable (o, al menos, que se considera que puede ser constatada) desde un punto de vista empírico. Esto, incluso en su última versión —del año 2017, con datos del año 2016—, titulada *Doing Business 2017. Equal opportunity for all*; un informe que evalúa la economía de 130 países y que desde el año 2015 modificó la metodología para establecer el respectivo *ranking*: un método a partir de una «distancia de la frontera» o distancia del grado mayor de eficiencia conseguido en cada variable desde el año 2005.

Actualmente se analizan 11 variables, todas referidas a las empresas: (i) apertura de un negocio, (ii) manejo de permisos de construcción, (iii) obtención de electricidad, (iv) registro de propiedades, (v) obtención de crédito, (vi) protección de los inversionistas minoritarios, (vii) pago de impuestos, (viii) comercio transfronterizo, (ix) cumplimiento de contratos, (x) resolución de la insolvencia, (xi) mercado del trabajo (World Bank, 2017).

Del resultado del análisis de estas variables se desprenden dos aspectos relevantes en materia de flujos jurídicos y, antes, en la construcción del prestigio.

En primer lugar, se trata de una jerarquización entre los diferentes ordenamientos jurídicos en razón de su vocación para tutelar los derechos subjetivos de los empresarios y su tendencia hacia una restricción en el ámbito del intervencionismo del Estado en las relaciones comerciales. En atención a este criterio jerárquico (para generar crecimiento económico y, después, desarrollo integral, es más eficiente facilitar la actividad empresarial), resultan más prestigiosos, en cuanto superiores en la jerarquía, aquellos ordenamientos jurídicos que, por ejemplo, facilitan la constitución de una empresa; limitan la carga tributaria; aseguran el cumplimiento (la justiciabilidad) de los contratos; toman en consideración los créditos a favor de los empresarios ante una crisis de insolvencia de un deudor; facilitan el acceso al crédito, a los permisos de construcción y a la energía; aumentan la responsabilidad de los administradores delegados en las empresas en beneficio de los pequeños inversionistas; y facilitan el comercio transfronterizo.

Nótese, entonces, que la jerarquía entre los diferentes ordenamientos (por cierto, construida mediante la adopción de una perspectiva del todo antihistoricista²⁶) permite al Banco mundial identificar condiciones normativas que, a su parecer, son más eficientes y, entonces, más prestigiosas. En otras palabras, permite al Banco Mundial identificar (en su sentir) un mejor derecho.

24 www.doingbusiness.org

25 Sobre la forma en la que el desarrollo integral se redujo al crecimiento económico, véase, también para ulterior bibliografía: Somma (2014, pp. 135 ss.).

26 Monateri (2013, pp. 28 ss.).

En efecto, la consolidación del prestigio de ciertas normativas patrocinadas por el Banco Mundial le permite a este sugerir reformas, flujos jurídicos, en los ordenamientos que quieran ascender en el *ranking*. De hecho, el último informe, así como todos los anteriores, resalta con entusiasmo, ya desde un principio, cómo varios ordenamientos escalaron su posición jerárquica gracias a específicas reformas dirigidas todas a consolidar ese escenario favorable a la actividad empresarial —por cierto, según la línea ya diseñada desde los tiempos del Consenso de Washington y «morigerada» políticamente durante los años sucesivos—. Según el *Doing Business 2017*, más de 2900 reformas, desde el año 2004, han facilitado la actividad empresarial, y ello ha tenido una incidencia favorable el *ranking*.

En segundo lugar, si bien con menos nitidez que en años anteriores (aunque también como indicio de una aparente homologación a nivel global), el informe sigue coronando a los ordenamientos adscritos a la familia del *common law* como los ordenamientos más eficientes. De este modo, en línea con los postulados de la teoría de los orígenes legales (*legal origins*)²⁷, auspiciada principalmente por el movimiento de *law & finance*, se genera una jerarquía de orden geopolítico en la que la geografía de los ordenamientos jurídicos del planeta resulta jerarquizada en atención a las fuentes del derecho, a las técnicas de interpretación y a la organización judicial, la cúspide resulta preponderantemente gobernada por el *common law* (en sustancia, considerado como menos estatalista y con jueces autónomos) sobre una familia romanista desprestigiada (estalista y con jueces-funcionarios).

Más allá de las críticas (incluso evidentes) de orden descriptivo y normativo al enfoque de los *legal origins*²⁸, lo cierto es que este movimiento encuentra clara confirmación en los informes *Doing Business* e induce a la construcción del prestigio de específicas normativas provenientes de un grupo de ordenamientos jurídicos, fomentando, de este modo, la consolidación de centros de exportación y recepción de datos jurídicos.

En efecto, si se toma en consideración que muchos de los países del *common law* gobiernan la cúspide del *ranking* elaborado por el Banco Mundial y, a su vez, esta institución patrocina reformas jurídicas específicas para garantizar el desarrollo económico, la (al menos) insinuación de un acto de imitación de la normativa de países como Nueva Zelanda (puesto 1), Singapur (puesto 2), Hong Kong, SAR, China (puesto 4), Reino Unido (puesto 7) y Estados Unidos (puesto 8) es evidente precisamente porque, bajo el metacriterio normativo de la eficiencia y en atención a específicas concepciones político-normativas sobre el desarrollo, estos ordenamientos contendrían intrínsecamente (en cuanto así son presentadas) el mejor derecho²⁹. Más aún cuando,

27 Entre otros véase: La Porta *et al.* (1998); Beck y Levine (2008); La Porta, R. *et al.* (2008).

28 Es conocida la respuesta por parte de los franceses: Association Henri Capitant (2006). Para una crítica no tan radical, aunque certera, véase: Bakardjieva Engelbrekt (2009). Además, también al interior del mismo Banco Mundial se produjo en el año 2008 un informe independiente que, en algunos de sus apartes, resaltó algunos problemas en los informes: «*Doing Business: The World Bank Independent Evaluation Group*» (2008).

29 La influencia de una cierta corriente del funcionalismo en este enfoque comparado del *Doing Business* es clara: (i) presunción de similitud en los problemas relativos a las empresas y el desarrollo económico, (ii) equivalencia funcional de las soluciones dirigidas a obtener el objetivo prefigurado: la eficiencia, (iii) las preguntas dirigidas a los países (en el informe de este año se «compara la regulación económica para las empresas locales de 190 economías») son tendencialmente factuales y, finalmente, (iv) se pretende identificar las mejores soluciones, el mejor derecho, precisamente en atención a la jerarquía (sin duda normativa) que se construye entre los diferentes países. Sin embargo, es preciso indicar, si bien brevemente, que la (supuesta) identificación del «mejor» derecho no es la identificación, obviamente, de un hecho constatable sujeto a juicios de verdad o falsedad; es, en cambio, un juicio del todo normativo sobre la bondad o maldad de una específica prescripción. De este modo, la actividad

de forma contemporánea, se patrocinan teorías supuestamente «descriptivas» que así lo confirmarían.

Estos dos aspectos, es decir, la construcción de la jerarquía y la sugerencia de los flujos jurídicos provenientes del *common law* abrigan necesariamente una pretensión unificadora³⁰, al menos en relación con la normativa que regula la actividad empresarial desde la activación de las negociaciones hasta los eventuales conflictos.

De este modo, el proyecto Doing Business se muestra como uno de los ejemplos³¹ en los que diferentes fuentes del derecho de matriz no estatal (formales y no formales), en este caso *soft law*, entran a condicionar cambios legales mediante el incentivo de flujos jurídicos, de la mano de una construcción de jerarquías axiológicas entre sistemas y, entonces, mediante la adscripción de la propiedad «prestigio» bajo el prisma (el metacriterio) de la eficiencia a la luz de las doctrinas de la nueva economía comparada.

6. ¿Prever los efectos de los flujos jurídicos?

Hasta el momento se ha hecho una referencia parcial a la primera pregunta que, en materia de flujos jurídicos, ocupa a la teoría de la comparación: ¿cuáles son las razones de los flujos jurídicos?

comparada que pretenda la identificación de un mejor derecho, de una mejor solución, implica necesariamente un compromiso ideológico no declarado por el comparatista. No obstante, alguna literatura comparada insiste en la necesidad de incluir, dentro de las funciones de la comparación jurídica, aquella de la identificación del mejor derecho: véase, por ejemplo: Markesinis (2003).

30 El recorrido es bastante complejo. Dos estrategias (aparentemente) descriptivas casi contrastantes: una antihistoricista (variables numéricas ampliamente desconectadas de variables culturales no cuantificables) y otra historicista (orígenes legales) que se autoafirman y que combinadas «justificarían» una propuesta normativa dirigida a la homologación entre los sistemas jurídicos y, entonces, a la eliminación de las diferencias identificadas. Esta homologación (esta pretensión de unificación normativa) no ha sido ajena a los análisis críticos frente a la pretensión de construcción de una especie de *global rule of law*. En efecto, Monateri (2013) precisa que se estaría progresivamente consolidando un «derecho sin confines de la *governance* mundial, más que una *rule of law* planetaria» como respuesta de la banca multilateral a un fenómeno específico, es decir, la distinción evidente entre los diferentes sistemas jurídicos que contrasta con un «orden jurídico “sin confines” del sistema de la OMC-Fondo Monetario-Banco Mundial que convierte en problemática la convivencia de varios sistemas entre ellos incompatibles», en el ámbito de la reglamentación uniforme del derecho mundial del comercio (p. 27). Sobre el mismo punto véase: Ferrarese (2010, cap. VI, referido a la «*governance* contractual») [Nota al pie tomada de Moreno Cruz (2017b)].

31 Este mecanismo mediante el cual se «sugieren» flujos jurídicos para consolidar cambios legales en consonancia con una jerarquía axiológica entre derechos, también puede ser identificado en la forma como Europa está afrontando la crisis de la deuda soberana y su restructuración en manos del Fondo Monetario Internacional y el Mecanismo Europeo de Estabilidad. En efecto, como precisa Somma (2014, pp. 144-146) y Somma (2016), la forma como se ha afrontado esta crisis muestra una continuidad de las políticas que gobiernan la banca multilateral y que responden, igualmente, a la consolidación en Europa del pasaje del capitalismo renano al capitalismo neoamericano y, entonces, a un énfasis en las políticas de matriz neoliberal. En específico, la imposición de flujos jurídicos en la forma de reformas jurídicas locales —relativas a la restricción del gasto social, la liberalización del mercado del trabajo y un incremento de los ingresos mediante políticas de privatizaciones y liberalizaciones— como condición necesaria que impone el Fondo Monetario Internacional y, en la actualidad, también, el Mecanismo de Estabilidad Europea, para acceder a créditos que sirven para subvertir situaciones de endeudamiento en los países europeos que no logran estar dentro de los parámetros-límites establecidos en el pacto de estabilidad.

En relación con la segunda pregunta, es decir, ¿hasta qué punto es posible prever los efectos de la recepción del flujo jurídico?, algunas breves reflexiones resultan pertinentes.

En primer lugar, esta pregunta es fundamental desde el punto de vista de la justificación de los flujos jurídicos. En efecto, si, como ya se indicó, los flujos jurídicos gobernados por el prestigio se activan en cuanto el receptor o el productor del dato jurídico consideran que se trata del mejor derecho, pareciera ser que la previsión de los efectos del flujo jurídico debería ser un elemento imprescindible del razonamiento mediante el cual se activa el flujo.

Sin embargo, existen varias evidencias y varias premisas teóricas que conducen a pensar que no es posible, al menos no del todo, determinar con claridad cuáles serán los efectos de un determinado flujo jurídico y, tanto menos, esperar que los efectos se produzcan de forma idéntica en ambos escenarios (centro de producción y ordenamiento receptor).

Esto se debe a que, en realidad, muchas veces el resultado que se pretende obtener mediante el flujo jurídico no corresponde (es decir, no es generado) en el escenario productor por el dato jurídico «escogido» para el flujo (siendo este el caso de los llamados flujos de tendencia)³².

De hecho, pareciera ser que para algunos (en una visión tal vez algo extrema, aunque en cierta medida plausible) resultaría casi imposible, en sentido estricto, entender en profundidad (con certeza) las razones que activan, generan, determinados resultados normativos en cualquier escenario jurídico. En consecuencia, dado que resultaría casi imposible para cualquier observador (interno o externo) lograr capturar los datos jurídicos relacionados con un determinado efecto identificado en el real operar de las fuentes del derecho de un centro de producción, la misma sugerencia del flujo estaría «viciada» en cuanto no se puede saber con certeza si el dato jurídico «escogido» para la circulación efectivamente produjo (y produce) en el centro de producción el efecto que se espera produzca en el escenario receptor³³.

En segundo lugar, porque —aun cuando se acepte, en gracia de discusión, que efectivamente el dato jurídico que fue «escogido» como flujo jurídico sí corresponde, en el centro de producción, con los efectos que se pretenden obtener mediante el flujo— otros factores condicionarán necesariamente el real operar del dato jurídico importado, imposibilitando una posible previsión de sus efectos. En concreto, por ejemplo: (i) la competencia que se generará entre las fuentes del derecho del centro de recepción una vez que se active el desequilibrio y la recomposición del sistema como consecuencia del flujo jurídico; (ii) los condicionamientos propios de la cultura jurídica receptora, tales como las técnicas interpretativas preponderantes en el centro de recepción, las ideologías sobre las fuentes del derecho y las concepciones de justicia³⁴.

32 El «flujo de tendencia» es entendido por Lupoi (2006) como aquel flujo que se activa cuando se considera que la adopción de uno o varios enunciados normativos por parte de las fuentes formales del derecho conducirá a un resultado «identificado» en el centro de producción, sin percatarse de que dicho resultado, sobre todo, se verifica en el escenario productor como consecuencia de otros datos jurídicos: de una «línea de tendencia» que, aunque sujeta también a posibles flujos jurídicos, está referida más a una serie de «valores y datos político-institucionales» y no a enunciados normativos formales.

33 Sin embargo, véase: Nelken (2003).

34 No solo eso. Los factores culturales pueden llegar a ser tan profundos que su identificación requiere de análisis complejos irreducibles a variantes numéricas. En efecto —además de la fuerza abrasadora del concepto de tradición reformulado por Glenn (2014) y su vocación para superar a la cultura como concepto exhaustivo desde un punto de vista explicativo (también véase: Glenn, 2004)—, los comparatistas han hablado de «estilo» del sistema —por ejemplo: Zweigert y Kötz (1987) y, para una lectura del todo innovadora del concepto de estilo: Monateri

En términos breves, pareciera ser que prever en su totalidad los resultados del flujo y, más aún, esperar que los efectos del flujo jurídico sean idénticos a los que el dato jurídico objeto de circulación genera en el centro de producción, es poco probable. No así, para entendernos, la generación de posibles similitudes parciales entre el centro de producción y el sistema receptor cuando se activa el acto de imitación.

No obstante estas dificultades, lo cierto es que aun hoy muchos consideran posible (también algunos comparatistas), (i) no solo la identificación de (lo que ya he caracterizado como) un mejor derecho y (ii) la identificación de los datos normativos que generan el resultado esperado en el centro de producción, sino también (iii) la previsión de los resultados que el flujo jurídico desencadenará en el centro de recepción.

No sorprende este enfoque al interior de un debate (y de intuiciones) ajeno a la comparación jurídica; de hecho, como ya se indicó, la mayoría de los flujos jurídicos que se generan por prestigio están acompañados por unas creencias dirigidas a patrocinar la imitación de información normativa jurídica ajena bajo el entendido de que esa información jurídica es (comprendida como) un mejor derecho a la luz de ciertos metacriterios que gobiernan la configuración de la respectiva jerarquía axiológica.

Sorprende, en cambio, que esta perspectiva tenga amplio espacio en el área de la reflexión teórico-comparada, no obstante existan evidencias contundentes de que, al menos, es probablemente errado considerar la circulación de datos jurídicos como un acto neutral en el que no existirían factores externos (principalmente culturales, sociales, políticos y económicos) que podrían condicionar su efectiva recepción y, obviamente, su operar concreto en el centro de recepción.

En efecto, en el ejemplo aquí analizado sobre el proyecto Doing Business se considera, también en atención a la doctrina de los *legal origins*, que es posible lograr el cambio legal esperado con el flujo mediante una actividad dirigida exclusivamente a las reformas de orden normativo-institucional. Esto explica la vocación uniformadora del proyecto, al menos en relación con la regulación y las instituciones que, en cada ordenamiento, condicionan la actividad empresarial.

Esta concepción sobre la previsibilidad de los efectos de los flujos jurídicos —imperante también en relación con otros varios flujos jurídicos provenientes del escenario internacional e incorporados por medio de tratados bilaterales y multilaterales, o sugeridos mediante *soft law*— puede ser expresada haciendo referencia a un principio conocido como «la indiferencia o la neutralidad del derecho»: los cambios legales esperados podrían ser producidos, y diseñados, mediante flujos jurídicos, sin tomar en consideración las características políticas, sociales y culturales del escenario receptor³⁵.

7. Conclusión. A propósito de la distinción entre *common law* y *civil law*

El aurea de prestigio que circunda el derecho de matriz angloamericana, especialmente el estadounidense —también a raíz de una hegemónica consolidación de la perspectiva económica

(2013)—, de «criptotipo» —Sacco (1991)—, de «conciencia jurídica» —por ejemplo: Kennedy (1980)— y, entre otros, de «mentalidad jurídica» —Legrand (1996)—. Todos estos son conceptos que buscan referir (y, al mismo tiempo, convertirse en instrumentos epistemológicos para capturar) esas propiedades, incluso no expresas, que condicionan irremediamente el derecho en su real operar.

35 Véase: Ajani (2009).

propia de la nueva economía comparada y, entonces, una prevalencia del modelo capitalista neoliberal o neoamericano³⁶—, es (aunque no solo) el resultado de la combinación entre la ya mencionada teoría de los orígenes legales y las recomendaciones de reformas normativas sugeridas por el proyecto Doing Business y su explícita construcción de jerarquías a la luz de metacriterios normativos, principalmente aquel de la eficiencia. Una hegemonía construida según la idea (bastante discutible) de la posibilidad de obtener, (i) mediante la búsqueda del crecimiento económico, el desarrollo integral de las economías para asegurar el bienestar social, (ii) asumiendo como cierta la transparencia de los factores culturales y sociales propios de los sistemas receptores de los flujos jurídicos y, entonces, la posibilidad de prever sus efectos.

En la construcción y representación de la llamada tradición jurídica occidental, y el tradicional contraste interno entre *common law* y *civil law*, la tendencia a la hegemonía del derecho del *common law* no es tan reciente; aunque, actualmente, parece algo contundente. Claro, esta hegemonía —que se manifiesta, al menos desde una perspectiva superficial, con una clara tendencia hacia una pretensión de uniformidad de enunciados normativos, también aquellos que regulan la configuración de las instituciones— no deriva, no podría derivar, en una uniforme aplicación del derecho en los países receptores de las reformas (a raíz de previos flujos jurídicos) —salvo que se adopte una perspectiva que considere que el derecho es impermeable frente a los factores sociales y culturales locales—.

Esta tendencia uniformadora en la producción de enunciados normativos (no cierta en su interpretación ni en la eficacia de las respectivas normas) está acompañada por una serie de constantes que parecen indicar una reconfiguración del acto de producción del derecho. Si se piensa en la fuente jurisprudencial (no siendo el único caso: sucede con el arbitraje, sucede con el *soft law*, sucede con la legislación y sucede con algunas normativas a nivel internacional y regional), es posible identificar una tendencia hegemónica que parece reconfigurar las reconstrucciones de los sistemas adscritos al *civil law*.

En efecto, y solo por abordar de manera muy breve uno de los tantos matices sobre la reconfiguración de la jurisprudencia en el panorama de las fuentes del derecho a nivel global³⁷, esto resulta evidente a partir del análisis de la jurisprudencia de matriz constitucional caracterizada por un intenso uso del lenguaje de los derechos fundamentales; uso condicionado por (al menos) cuatro factores específicos: (i) la formulación escrita de catálogos de derechos fundamentales en la mayoría de las constituciones, por cierto rígidas y dotadas de control de constitucionalidad; (ii) la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados; (iii) los mecanismos internacionales de garantía y justiciabilidad de los derechos fundamentales; y (iv) el uso por parte de los jueces locales de la jurisprudencia foránea.

En este tipo de jurisprudencia, más aún en el evento del empleo de remedios procesales *ad hoc* —me refiero a mecanismos de amparo constitucional, pensando, por ejemplo, en el escenario latinoamericano y, particularmente, en la jurisprudencia relativa a la justiciabilidad de derechos sociales³⁸—, el juez se convierte en protagonista *ex post* en la producción del dere-

36 Sobre el punto, véase: Somma (2014).

37 De todas formas, para una perspectiva general, véase, por ejemplo: Kapiszewski, Silverstein y Kagan (2013).

38 Para una perspectiva (también) empírica sobre este punto, al menos en relación con las llamadas sentencias estructurales en Colombia, véase: Rodríguez-Garavito y Rodríguez-Franco (2015).

cho³⁹, sirviéndose, a su vez, de «diálogos» con otros jueces⁴⁰; un diálogo que desborda los confines trazados por las soberanías estatales, debilita (y, entonces, reconfigura) la fuerza coercitiva de las fuentes del derecho más tradicionales y flexibiliza y reformula las reglas de competencia en la producción del derecho por parte de los jueces⁴¹.

A estos fenómenos se suma la (re)propuesta de la eficacia del precedente judicial en clave (a veces, solo supuestamente) innovadora que ha sido leída —en el contexto de una construcción generalizada del prestigio del derecho del *common law*— como una insuperable tendencia hacia la disolución de las fronteras entre los sistemas del *common law* y los sistemas del *civil law* en razón de una innegable modificación, en los últimos, de la jerarquía de las fuentes del derecho a favor de un gobierno (sin confines⁴²) de los jueces.

A pesar de ello, esta conclusión no parece del todo acertada. En efecto, y más allá de la forma (a veces simplista) en la que se han tendido a reforzar lugares comunes en relación con las experiencias del precedente judicial en ambos sistemas⁴³ y la forma, algo parcializada y en parte no histórica, en la que se dibuja el rol de la jurisprudencia en ambas familias de sistemas, lo cierto es que existen diferentes perspectivas teóricas que, en ese proceso de uniformidad aparente, ven con dificultad el fundamento de una posible homologación entre ambos sistemas⁴⁴.

Es patrimonio de la comparación jurídica estructuralista (difusionista) la «disociación entre formantes»⁴⁵ (es decir, entre fuentes del derecho⁴⁶): el real operar del derecho, en oposición a la simple declamación del jurista local, solo puede ser capturado mediante un análisis disociado y no previamente jerarquizado de todas las fuentes del derecho del escenario jurídico objeto de análisis. No basta, para decirlo de manera simple, que en dos escenarios se emplee, incluso a nivel de las fuentes formales del derecho, la locución «precedente judicial» y se sitúe (normativa o empíricamente) en la cúspide de la jerarquía de las fuentes a la jurisprudencia, para poder deducir similitudes radicales entre *common law* y *civil law*. Por el contrario, el

39 Para un análisis concreto sobre este fenómeno en la Corte Constitucional colombiana, véase: Moreno Cruz (2016) y Moreno Cruz (2017a).

40 Entre toda la literatura sobre el argumento véase, por ejemplo: Ferrarese (2006, cap. IV) y el clásico Slaughter (2003).

41 «We could say that the global world has become a sort of immense judge-made world of law. Where law consists not so much of statutes and other forms of written laws, but rather of judicial or quasi-judicial decisions» Ferrarese (2009, p. 120). Véase también: Ferrarese (2010, cap. V).

42 Para un análisis de la actualidad jurídica en el escenario global a la luz de la disolución de los confines, véase: Ferrarese (2006); sin embargo, para algunas precisiones y reconsideraciones en atención a la relación espacio-territorio y al flujo de información jurídica, véase: Ferrarese (2012, cap. VII), a partir de una formulación del derecho global mediante el concepto (foucaultiano) de «dislocación».

43 Sobre estos lugares comunes, véase: Moreno Cruz (2014).

44 No cierto con base en los argumentos de la teoría de los orígenes legales que, en realidad, como ya fue precisado, aunque radicaliza las diferencias, termina por sugerir la posibilidad de enmendarlas mediante, precisamente, la adopción de las propiedades del *common law* por parte de los sistemas del *civil law* (véase: *supra* § 5).

45 Sacco (1991) y Sacco (1993).

46 Claro, bajo el entendido de que las fuentes del derecho, como ya he precisado, lejos están de reducirse a las fuentes formales del derecho. Más aún, lejos están de reducirse a las expresiones capturadas en enunciados. Valdría la pena, entonces, entender «formante» también como (re)formulado por Monateri (2013): «aquello que condiciona y determina la adopción de una determinada forma o estilo más allá de los meros hechos y, entonces, de las normas redactadas en textos; de hecho, [el formante] constituye la reserva de sentido originaria que deriva de la concreta manifestación histórica de un determinado *nomos*, como fundamento del orden histórico» (p. 49).

discurso es más complejo, no solo en razón de las competencias entre las fuentes del derecho locales, sino porque tal análisis se debe remontar, incluso, y por ejemplo, a la forma en que la propia cultura jurídica reconstruye, recuerda, su propio pasado, es decir, la representación actual (y el gobierno y gestión por parte de los actores jurídicos) de la propia memoria, independientemente de su veracidad historiográfica⁴⁷.

Con específica referencia a la cuestión de la reconstrucción del propio pasado (y el condicionamiento por parte de este) y, entonces, la forma en la que el derecho, en el presente, recuerda y al mismo tiempo se (re)propone a sí mismo, es decir, su «estilo»⁴⁸, la distinción entre *common law* y *civil law* ha sido teorizada recientemente en el sentido de una distinción difícilmente superable.

En pocas palabras, y siguiendo con la referencia a las decisiones de la justicia constitucional, en ciertas decisiones jurisprudenciales de algunos sistemas adscritos al *civil law*, cuando las mismas operan (como muy a menudo ocurre) fuera de los confines de la interpretación (en sentido estricto) de los enunciados normativos, los jueces tienden a presentar de todas formas sus decisiones como excepcionales (en realidad, una normal-excepcionalidad) y, aun así, coherentes con una estructura de las fuentes aceptada en la cultura jurídica.

Se trata de un condicionamiento cultural (evidente en los respectivos razonamientos) que se explica en razón del estilo del sistema: el condicionamiento generado por la herencia del recuerdo del propio pasado; recuerdo que inevitablemente se (re)presenta cada vez como una especie de muro de contención. Un recuerdo que parece generar resistencia específicamente cuando la decisión es proferida fuera de los confines trazados por el poder soberano (legislativo), es decir, por fuera de aquella pretensión «hiperbólica»⁴⁹ típica de la ideología del positivismo jurídico, en su versión más ingenua⁵⁰, caracterizada por la pretensión de externalizar⁵¹ y

47 Precisa Monateri (2013): «quisiera ser claro en este punto. Aquí no es importante que estos “recuerdos” sean verdaderos. Es decir, no está en cuestión el hecho que los actuales sistemas de justicia del continente *deriven* del derecho romano, ni que las actuales cortes estadounidenses conserven algún aspecto de los elementos de las antiguas cortes reales de Westminster. No se trata aquí, obviamente, de un problema historiográfico, sino de “figuras del recuerdo” como bien ha resaltado Jan y Aleida Assmann, o bien de “figuras” que operan en cuanto son mantenidas como recuerdos independientemente de su verdad historiográfica» (p. 37).

48 Entendido en los términos de Monateri (2013): «El estilo de un sistema jurídico es, entonces, el modo en que el derecho en ese sistema se produce a sí mismo» (p. 47).

49 Es Monateri (2013) quien usa la expresión «hipérbole soberana» para denotar un acto de exageración (en el sentido de agrandamiento) dirigido a una especie de perfección política mediante la captura *ex ante* (por medio de la escritura) de la ley y de su excedencia, su residuo, en un único cuerpo (p. 102).

50 Para un exhaustivo análisis sobre el positivismo, específicamente en atención a la distinción entre positivismo ideológico y positivismo metodológico, véase, recientemente, también para ulteriores referencias bibliográficas: Chiassoni (2016).

51 Uso esta expresión para, en realidad, referir a la distinción formulada por Costantini (2007) y Costantini (2012, pp. 235-236) entre «encarnación» y «excarnación» del derecho. Una distinción, creo fundamental, para trazar la diferencia, en sus orígenes, entre *civil law* y *common law*: «the law can be *in*-carnated in a physical body, or conversely it can be excarnated in a book, in a canon, in the form of a juridical inscription». En el primer caso, «the history of civil law is structured on the central role attributed to the material pages of justinian's *Corpus Iuris*. The book of the law, with its theological ascendancy, was intended to be complete, exhaustive and incorruptible even by interpretative attempts». En el segundo caso, «the history of English common law is marked by undisputable pre-eminence of the common lawyers, encroached in their exclusive brotherhood: they declared what Law was and therefore they were sacralised as the oracles of the Law»; un fenómeno que asegura «several types of monopolies: a monopoly on the final administration and dispensation of remedies, so as to assign a sovereign power to the community of sergeants at law; a monopoly on the sapiential heritage and on the construction of genealogies, so as to make the *corpus* of common lawyers a physical depository of memories and traditions».

capturar *ex ante* y en un texto cerrado y definitivo el acto de producción del derecho.

Este tipo de decisiones fracturan el acto hiperbólico, pero, al mismo tiempo, se confrontan con su (re)creación y, por ello, las decisiones jurisprudenciales como las aquí caracterizadas son percibidas, contemporáneamente, de dos formas excluyentes: (i) como el resultado de una ambigua, intermitente e inestable invasión de la esfera de competencia tradicionalmente adscrita a otros poderes públicos; (ii) pero, al mismo tiempo, como un resultado inevitable, condicionado por una reconfiguración del panorama normativo en atención a fuentes del derecho cuya interpretación local y foránea impone ese acto excepcional de derrota, *ex post*, de las normas habitualmente identificadas en el acto de (en sentido estricto) interpretación de los enunciados producidos por los parlamentos.

Esta especie de contradicción interna del acto decisorio en los jueces del *civil law* parece contrastar con la forma en la que el recuerdo del propio pasado se representa en el acto decisorio del juez del *common law* o, mejor, de los sistemas jurisdiccionales. En pocas palabras, basta señalar que en los sistemas jurisdiccionales el acto decisorio, que puede ser caracterizado como una especie «ironía»⁵², es entendido, porque así es recordado, como una decisión que es, al mismo tiempo, precisamente en cuanto irónica, el fruto imperfecto de una especie de verbalización progresiva de un derecho no verbalizado y, entonces, nunca definitivamente capturado ni externalizado; un derecho siempre en «obra negra», un derecho que, sin pretensión de exhaustividad, se materializa lingüísticamente en la decisión judicial solo en atención al análisis del caso concreto y opera, a partir de ahí, no como captura definitiva del derecho, sino, para decirlo con Monateri (2013) como «*exemplum*»: «de este modo, aquello que los jueces dicen decidiendo el caso solo puede representar su *opinión* sobre que es la ley *en ese caso*. La razón del decidir, *la ratio decidendi*, no es dada por sus palabras, sino por los *hechos mismos* en presencia de los cuales esos jueces decidieron ese caso en ese modo» (p. 87).

Esta distinción entre *civil law* y *common law* (sumado a varias otras) es fundamental y debe ser tomada en serio, así sea solo para desvirtuarla, es decir, para acreditar que la «presentificación»⁵³ de tales recuerdos —que, de por sí, ya prescinden, para que operen sus efectos, de su estricta verdad historiográfica— pueden haber mutado en manos de sus respectivos administradores, al punto de diluirse en estilos análogos.

Por ahora, sin embargo, y como ya ha sido varias veces precisado en este escrito, no parece suficiente reducir la acreditación de semejanzas radicales entre el *common law* y el *civil law* a la constatación del empleo de términos similares, de criterios y teorías interpretativas en parte equivalentes ni a la constatación de flujos jurídicos entre ambos tipos de realidades. No parece tampoco suficiente acreditar la adscripción (por cierto, con acepciones diferentes) de la forma en la que actúan los jueces en ambos sistemas al llamado «activismo judicial» para deducir similitudes radicales y, así, diluir distinciones. Distinciones que, en realidad, muchas veces se

52 Nuevamente es Monateri (2013) quien, para enfatizar esa distinción de fondo en el estilo de los sistemas, describe la decisión judicial en los estados jurisdiccionales como «irónica»: «crear *a través de la representación*, un doble plano en el que la misma cosa es, al mismo tiempo, dos cosas diferentes y, según el contexto, se puede pasar de una a la otra salvando siempre la situación. La decisión del juez es una decisión, pero es *también* la declaración del contenido de una ley preexistente, a la cual, sin embargo, se tiene acceso solo a través de la declaración imperfecta del juez» (p. 89).

53 Uso aquí, aunque no un significado algo diferente (en cuanto no asumo una perspectiva ontológica) un término acuñado por Costantini (2012, p. 232).

esconden en factores normativos no verbalizados que condicionan la cultura jurídica, pero que solo pueden ser rastreados mediante un análisis más detenido del dinamismo de los sistemas jurídicos y, entonces, de la administración del propio recuerdo por parte de los actores jurídicos en la invención o formulación de sus propias tradiciones jurídicas.

REFERENCIAS

- Ajani, G. (2009). Legal Change and economic performance: an assessment. En A. Bakardjieba, y J. Nergelius (Eds.), *New Directions in Comparative Law* (pp. 3-18). Cheltenham-Northampton: Edward Elgar.
- Association Henri Capitant. (2006). *Les droits de tradition civiliste en question: à propos des Rapports «Doing Business»*. París: Société de Législation Comparée.
- Bakardjieva Engelbrekt, A. (2009). Toward an institutional approach to comparative economic law. En A. Bakardjieva, y J. Nergelius (Eds.), *New Directions in Comparative Law* (pp. 213-251). Cheltenham-Northampton: Edward Elgar.
- Beck, T., y Levine, R. (2008). Legal Institutions and Financial Development. En M. Shirley y C. Menard (Eds.), *Handbook of New Institutional Economy* (pp. 251-278). Heidelberg: Springer.
- Chiassoni, P. L. (2016). *El discreto placer del positivismo jurídico*. P. Moreno Cruz (Ed.) (María Moreno Cruz, trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Costantini, C. (2007). *La legge e il tempio. Storia comparata della giustizia inglese*. Roma: Carocci.
- Costantini, C. (2012) The iconicity of space: comparative law and the geopolitics of jurisdictions. En P. G. Monateri (Ed.), *Methods of Comparative Law* (pp. 230-240). Cheltenham-Northampton: Edward Elgar.
- Ferrarse, M. R. (2006). *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*. Roma-Bari: Laterza.
- Ferrarse, M. R. (2009). Transjudicial Dialogue and Constitutionalism: A Risk or an Opportunity for Democracy. *Sociologia del diritto*, 2, 113-139.
- Ferrarse, M. R. (2010). *La governance tra politica e diritto*. Bologna: Il Mulino.
- Ferrarse, M. R. (2012). *Prima lezione di diritto globale*. Roma-Bari: Laterza.
- Frankenberg, G. (1985). Critical Comparisons: Re-thinking Comparative law. *Harvard International Law journal*, 26, 411-455.
- Frankenberg, G. (2012). How to do Projects with Comparative Law: notes of an expedition to the Common Core. En P. G. Monateri (Ed.), *Methods of Comparative Law* (pp. 120-143). Cheltenham-Northampton: Edward Elgar.
- Gerber, D. (2001). Sculpting the Agenda of Comparative Law: Ernst Rabel and the Facade of Language. En A. Riles (Ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law* (pp. 190-208). Oxford-Portland: Hart Publishing.

- Glenn, P. (2004). Legal Culture and Legal Tradition. En M. Van Hoecke (Eds.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law* (pp. 7-20). Oxford-Portland: Hart Publishing.
- Glenn, P. (2008-2009). A concept of legal tradition. *Queen's Law Journal*, 34, 427-445.
- Glenn, P. (2014). *Legal Traditions of the World* (5.^a ed.). Oxford: Oxford University press.
- Graziadei, M. (2003). The functionalist heritage. En P. Legrand, y R. Munday (Eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (pp. 100-130). Cambridge: Cambridge University Press.
- Graziadei, M. (2006). Comparative Law and the Study of transplants and Receptions. En M. Reimann y R. Zimmermann (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (pp. 441-475). Oxford: Oxford University press, 2006.
- Graziadei, M. (2009). Legal Transplant and the Frontiers of Legal knowledge. *Theoretical Inquiries of Law*, 10(2), 723-743.
- Kapiszewski, D., Silverstein, G., y Kagan, R. (Eds.). (2013). *Consequential Courts: Judicial Roles in Global Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kennedy, D. (1980). Toward and Historical Understanding of Legal Conscious: The Case of Classical Legal Thought in America: 1850-1940. *Law and Sociology*, 3, 3-24.
- La Porta, R.; López de Silanes, F.; Shleifer, A. y Vishny, R. (1998). Law and Finance. *Journal of Political Economy*, 106(6), 1113-1155.
- La Porta, R., Florencio López de Silanes, F., y Shleifer, A. (2008). The Economic Consequences of Legal Origins. *Journal of Economic Literature*, 46(2), 285-332.
- Legrand, P. (1996). European Legal Systems are not Converging. *International and Comparative Legal Quarterly*, 45(1), 52-81.
- Legrand, P. (1997). The Impossibility of Legal Transplants. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4, 111-124.
- Legrand, P. (2001). What «legal transplant»? En D. Nelken, y J. Feest (Eds.), *Adapting Legal Cultures* (pp. 55-70). Oxford-Portland: Hart Publishing.
- Legrand, P. (2003). The same and the different. En P. Legrand, y R. Munday (Eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (pp. 240-301). Cambridge: Cambridge University Press.
- Lemaitre, J. (2015). ¿Constitution or barbarism? How to rethink law in “lawless” spaces. En Rodríguez-Garavito, César (Ed.) (2015). *Law and Society in Latin America. A new Map*. (pp. 43-62). New York : Routledge.
- Lupoi, M. (2006). *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Markesinis, B. (2003). *Comparative Law in the Courtroom and Classroom. The Story of the Last Thirty-Five Years*. Oxford-Portland: Hart Publishing.

- Michaels, R. (2006). The functional Methods of Comparative Law. En M., Reimann, y R. Zimmermann (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (pp. 339-382). Oxford: Oxford University press.
- Monateri, P. G. (2003). The «Weak Law»: Contamination and legal Cultures. *Transnational Law and Contemporary Problems*, 13, 575-592.
- Monateri, P. G. (2012). Methods in Comparative Law: An Intellectual Overview. En P. G. Monateri (Ed.), *Methods of Comparative Law* (pp. 1-15). Cheltenham-Northampton: Edward Elgar.
- Monateri, P. G. (2013). *La geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politico*. Roma-Bari: Laterza.
- Moreno Cruz, P. (2014). Una (pequeña) caja de herramientas para el estudio de los sistemas de relevancia (más, o menos) vinculante del precedente judicial. (Re)visitando lugares comunes. En J. L. Benavides (Ed.), *El sistema de precedentes jurisprudenciales en el derecho administrativo colombiano* (pp. 53-105). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Moreno Cruz, P. (2016). Libertà contrattuale e azione di amparo in Colombia. Il caso dell'inapplicabilità delle clausole contrattuali. En M. Grondona (Ed.), *Libertà, persona, impresa, territorio* (pp. 47-63). Roma: Aracne.
- Moreno Cruz, P. (2017a). Freedom of contract and constitutional values. Some exceptional cases from The colombian Constitutional Court. En P. G. Monateri (Ed.), *Contract Law* (pp. 216-241). Cheltenham-Northampton: Edward Elgar.
- Moreno Cruz, P. (2017b). Comparar las comparaciones jurídicas: observaciones al margen de la Introducción al derecho comparado de Alessandro Somma. *Revista de derecho privado*, (34), 491-512.
- Nelken, D. (2003). Comparative and transferability. En P. Legrand, R. Munday (Eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (pp. 437-466). Cambridge: Cambridge University Press.
- Örücü, E. (2002). Law as Transposition. *International and Comparative Law Quarterly*, 51, 205-223.
- Örücü, E. (2006). Methodological Aspects of Comparative Law. *European Journal Law Reform*, 8, 29-42.
- Örücü, E. (2015). Something old, something new in Comparative Law. *Journal of International and Comparative Law*, 2, 323-336.
- Rodríguez-Garavito, C. (Ed.) (2015). *Law and Society in Latin America. A new Map*. New York: Routledge.

- Rodríguez-Garavito, C., y Rodríguez-Franco, D. (Eds.). (2015). *Radical Deprivation on Trial. The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in the Global South*. New York : Cambridge University Press.
- Sacco, R. (1991). Legal Formants: A Dynamic Approach to comparative Law (Installment II of II). *American Journal of Comparative Law*, 38, 1-34.
- Sacco, R. (1993). *Introduzione al diritto comparato*. Torino: Utet.
- Samuel, G. (2014). *An Introduction to Comparative Law. Theory and Method*. Oxford: Hart Publishing.
- Schlesinger, R. B. (Ed.). (1968). *The Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems*. New York-London: Dobbs Ferry.
- Siems, M. (2014). *Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Slaughter, A-M. (2003). A Global Community of Courts. *Harvard International Law Review*, 44, 191-219.
- Somma, A. (2014). *Introduzione al diritto comparato*, Roma-Bari: Laterza (E. Conde Naranjo, trad. esp., 2015, *Introducción al derecho comparado*). Madrid: Universidad Carlos III.
- Somma, A. (2016). Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito. *Contratto e impresa*, (1), 124-158.
- Watson, A. (1993). *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (2.^a ed.). Athènes-Georgia: University of Georgia Press.
- World Bank. 2017. *Doing Business 2017: Equal Opportunity for All*. Recuperado de <http://espanol.doingbusiness.org/es/methodology>
- Zweigert, K., y Kötz, H. (1987). *An Introduction to Comparative Law* (3.^a ed.). Oxford: Oxford University Press.