

BLOG CHILENO DE DERECHO COMPARADO**Con veinte años de retraso, la Cenicienta llegó al baile**

ERNESTO VARGAS WEIL*

“El Derecho Comparado está en boga”, afirmaba hace casi veinte años Ralf Michaels,¹ con ocasión de la conferencia que tuvo lugar en Nueva Orleans el año 2000 para festejar el centenario del Primer Congreso Internacional de Derecho Comparado. Hoy, dos décadas después, lo mismo podría decirse de Chile: tal como atestigua la reciente creación de la Red Chilena de Derecho Comparado,² finalmente, en nuestro país esta disciplina parece haber alcanzado un grado de densidad suficiente para comenzar a materializarse en forma institucional.

Razones para mirar más allá de los límites del derecho nacional y aventurarse en otros ordenamientos jurídicos y formas de pensar existen de sobra. Estas incluyen típicamente el interés académico por entender una determinada institución del Derecho y la necesidad práctica de resolver un caso concreto o redactar un proyecto de ley. Sin embargo, en un mundo globalizado, existe también una motivación más simple y vivencial: no quedarse fuera del baile. Como señalara J. H. Merryman, “los abogados somos profesionalmente provincianos. El Derecho Comparado es nuestro esfuerzo por ser cosmopolitas”.³

A pesar de su innegable atractivo intelectual, el Derecho Comparado ha carecido históricamente de un lugar bien establecido dentro de las Ciencias del Derecho. En el extremo, incluso se atribuye a André Tunc haber afirmado que “si hay algo indisputable es que el Derecho Comparado no existe”. Por exagerado que parezca, al menos hasta hace poco, este juicio sin duda habría encontrado un fuerte eco en la comunidad jurídica chilena. El impacto de este escepticismo no debe ser subestimado. Es un hecho sabido que los comparatistas de distintas latitudes han sido frecuentemente presos de una suerte de complejo de inferioridad que los lleva a dudar del estatus científico del Derecho Comparado: ¿es realmente una disciplina? ¿no será más bien sólo un método o, tal vez, una mera aproximación?

Uwe Kischel ha argumentado recientemente⁴ que la incertidumbre respecto de la naturaleza de esa disciplina deriva de que no es posible explicar qué es el Derecho Comparado sin dar cuenta de lo que éste hace; pero que, a su vez, es difícil tener una noción de lo que éste hace, sin saber lo que es. Por eso, tal vez la mejor manera de dar cuenta sobre el Derecho Comprado es mediante un breve panorama histórico de su desarrollo. Si bien, al

* Universidad de Chile, Chile (vargas@derecho.uchile.cl).

¹ MICHAELS (2002).

² <https://www.redchilenadederechocomparado.cl/>

³ MERRYMAN (1999).

⁴ KISCHEL (2019).

menos desde la aparición de los Estados Nacionales existen estudios que comparan diferentes ordenamientos domésticos, el nacimiento simbólico del moderno Derecho Comparado es situado en forma casi universal en el Congreso Internacional de Derecho Comparado que tuvo lugar en París en 1900. Este congreso estuvo inspirado por el espíritu optimista de los tiempos, incluyendo el ánimo de crear, nada más ni nada menos, que un derecho común para la humanidad.

Después de la Primera Guerra Mundial, el Derecho Comprado revivió en un ambiente más pesimista, pero también menos ingenuo. Liderados por Ernst Rabel, una segunda generación de comparatistas, vagamente inspirada por las ideas del funcionalismo⁵ que reinaba desde fines del siglo XIX en otras áreas del conocimiento, cambió el foco desde el lenguaje de textos jurídicos a los problemas prácticos que esos textos buscan solucionar.⁶ De esta forma, la atención en cómo diferentes sistemas jurídicos resuelven un mismo problema de la vida real proveyó al Derecho Comparado de un método para analizar instituciones jurídicas desarrolladas en contextos completamente diferentes, por la vía de identificar su “equivalencia funcional”. De la mano del Zweigert y Kötz,⁷ un siglo después y a pesar de las innumerables críticas, este sigue siendo el paradigma dominante en los estudios comparados.

Durante la segunda posguerra, el Derecho Comparado vivió un proceso de consolidación en los países industrializados de Occidente. En Europa, donde ya estaba bien instalado, éste se vio especialmente impulsado por el proceso de unificación y armonización del Derecho Privado,⁸ mientras que, en Estados Unidos, el análisis comparado ganó visibilidad académica gracias a la creación del *American Journal of Comparative Law*.⁹ Desde entonces, el horizonte del Derecho Comparado no ha dejado de expandirse. A partir de la década de 1970, surgieron una variedad de nuevas corrientes. Por un lado, proliferaron diferentes enfoques que Mathias Siems ha agrupado como aproximaciones “postmodernas”,¹⁰ las que se caracterizan por cuestionar la neutralidad científica y el eurocentrismo del método funcional, al tiempo de abogar por un mayor énfasis en la complejidad, diversidad y dependencia cultural del derecho. Por otro lado, también se desarrollaron corrientes cuyo objeto central de estudio son las interacciones evolutivas entre diferentes sistemas jurídicos; notablemente, la Teoría de los Trasplantes Jurídicos de Alan Watson¹¹ y el trabajo sobre usos y mal usos del Derecho Comparado de Otto Kahn-Freund.¹²

⁵ MICHAELS (2019).

⁶ GERBER (2001).

⁷ ZWEIGERT y KÖTZ (1998).

⁸ ZIMMERMANN (2006).

⁹ REIMANN (2002).

¹⁰ SIEMS (2018).

¹¹ WATSON (1974).

¹² KAHN-FREUND (1974).

Finalmente, desde fines del siglo XX, motivado por las transiciones democráticas en Europa Central y Oriental, Sudáfrica¹³ y, más recientemente, la Primavera Árabe,¹⁴ el Derecho Comparado ha superado sus tradicionales prejuicios contra la naturaleza política del Derecho Público, para dar lugar al desarrollo de una verdadera “ingeniería constitucional”,¹⁵ cuyo objetivo es la búsqueda del mejor arreglo constitucional para un determinado contexto histórico. Según Mark Tushnet,¹⁶ en este proceso, el Derecho Constitucional Comparado se ha consolidado como un área de estudio auto-sustentada, que ya no depende de la ocurrencia de eventos externos para su desarrollo.

A pesar de sus 120 años de evolución, el Derecho Comparado sigue arrastrando importantes falencias, incluyendo una persistente debilidad metodológica, una marcada incapacidad de mirar más allá de Europa y Estados Unidos e importantes problemas para comunicarse fuera de su propio círculo. Nuestra región ilustra bien los éxitos y fracasos del Derecho Comparado. Desde comienzos del siglo XIX y durante todo el siglo XX las repúblicas de Latinoamérica fueron enormemente receptivas a la influencia jurídica, primero, de Europa continental y, luego, de Estados Unidos. En esta línea, y desde una perspectiva comparada, Jan Kleinheisterkamp ha destacado¹⁷ el alto grado de autoridad que la cultura jurídica latinoamericana otorga al derecho extranjero y López-Medina incluso ha señalado¹⁸ que los latinoamericanos sufrimos un cierto “complejo de Cenicienta” que nos hace especialmente receptivos al derecho extranjero. Más aún, el punto ha sido extremado recientemente por Rodrigo Momberg al declarar que nuestra región es “un producto histórico del Derecho Comparado”.¹⁹

No obstante, o tal vez por lo mismo, América Latina ha tenido tradicionalmente un lugar secundario dentro del panorama global del Derecho Comparado. En esencia, el derecho de la región tiende a ser visto como un mero afiliado de la familia jurídica romano-latina, encabezada por el Derecho Francés, con pocos elementos propios que aportar. La marginalidad de Latinoamérica dentro del Derecho Comparado se ha visto acentuada por la existencia de importantes problemas metodológicos en la forma en que el derecho extranjero ha sido recibido en los ordenamientos jurídicos nacionales de esta parte del mundo. Por ejemplo, el mismo Kleinheisterkamp reporta que la interacción de los sistemas jurídicos latinoamericanos con el derecho extranjero ha dependido demasiadas veces de cuestiones aleatorias, como el manejo idiomático, contactos en el extranjero y biblioteca personal del redactor de una ley, y que las fuentes comparadas son con frecuencia citadas sin suficiente reflexión, distorsionando el derecho doméstico.

Sin embargo, esos días parecen estar quedando atrás: desde principios del siglo XXI el estudio comparado del derecho parece estar consolidándose como disciplina académica en

¹³ TUSHNET (2019).

¹⁴ CLAES (2012).

¹⁵ FRANKENBERG (2012).

¹⁶ TUSHNET (2018).

¹⁷ KLEINHEISTERKAMP (2019).

¹⁸ LÓPEZ-MEDINA (2012).

¹⁹ MOMBERG URIBE (2014).

la región, teniendo en el desarrollo de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLADC) su manifestación más tangible. En este escenario, uno de los principales desafíos para el Derecho Comparado es entrar en diálogo con las diferentes comunidades nacionales de Latinoamérica, incluyendo legisladores, jueces, abogados de ejercicio y estudiantes de derecho. Habida cuenta del rol central que varios académicos chilenos han tenido en el desarrollo de los PLADC,²⁰ el surgimiento de un incipiente interés por la metodología de Derecho Comparado,²¹ el gran número de estudiantes de nuestro país que cursan todos los años programas de magíster y doctorado en diferentes universidades del mundo, y la apertura a la globalización que el país ha experimentado durante los últimos 30 años, Chile se encuentra en una posición privilegiada para generar ese diálogo. En este contexto y siguiendo algunos exitosos modelos del Reino Unido²² (otro caso de trasplante legal), este blog surge como una iniciativa de la Red Chilena de Derecho Comparado para facilitar el contacto entre todos aquellos interesados en el desarrollo, promoción y difusión de esta disciplina en Chile y el resto de América Latina: la invitación a postear está abierta.

²⁰ DE LA MAZA *et al.* (2017).

²¹ FERRANTE (2016).

²² <https://ukconstitutionallaw.org/blog-how-to-use-it/>

BIBLIOGRAPHY CITED

- CLAES, Monica (2012). "Constitutional Law", en SMITH, Jan M. (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law* (Edward Elgar Publishing).
- DE LA MAZA, Iñigo *et al.* (2017). *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos* (Boletín Oficial del Estado).
- FERRANTE, Alfredo (2016). "Entre derecho comparado y derecho extranjero. Una aproximación a la comparación jurídica", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, N° 2, pp. 601-618.
- FRANKENBERG, Günter (2012). "Comparative Constitutional Law", en BUSSANI, Mauro y MATTEI, Ugo (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law* (Cambridge University Press).
- GERBER, David J. (2001). "Sculpting the Agenda of Comparative Law: Ernst Rabel and the Façade of Language", en *Rethinking the Masters of Comparative Law* (Hart Publishing).
- KAHN-FREUND, Otto (1974). "On Uses and Misuses of Comparative Law", *The Modern Law Review*, Vol. 37, N° 1, pp. 1-27.
- KISCHEL, UWE (2019). *Comparative Law* (Oxford University Press).
- KLEINHEISTERKAMP, Jan (2019). "Development of Comparative Law in Latin America", en REIMANN, Mathias y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford University Press, 2° ed.).
- LÓPEZ-MEDINA, Diego (2012). "The Latin American and Caribbean legal traditions", in BUSSANI, Mauro & MATTEI, Ugo (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law* (Cambridge University Press).
- MERRYMAN, John Henry (1999). *The Loneliness of the Comparative Lawyer and Other Essays in Foreign and Comparative Law* (Kluwer Law International).
- MICHAELS, Ralf (2002). "Im Westen nichts Neues?", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Bd. 66, pp. 97-115.
- MICHAELS, Ralf (2019). "The Functional Method of Comparative Law", in REIMANN, Mathias & ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford University Press, 2° ed.).
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2014). "Harmonization of Contract Law in Latin America: Past and Present Initiatives", *Uniform Law Review*, Vol. 19, N° 3, pp. 411-428.
- REIMANN, Mathias (2002). "The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 50, N° 4, pp. 671-700.
- SIEMS, Mathias (2013). *Comparative Law* (Cambridge University Press, 2nd ed.).
- TUSHNET, Mark (2012). *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar Publishing, 2nd ed.).

- TUSHNET, Mark (2019). “Comparative Constitutional Law”, en REIMANN, Mathias y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford University Press, 2° ed.).
- WATSON, Alan (1974). *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (University Press of Virginia).
- ZIMMERMANN, Reinhard (2006). “Comparative Law and the Europeanization of Private Law”, en REIMANN, Mathias y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford University Press).
- ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein (1998). *An Introduction to Comparative Law* (Oxford University Press, 3° ed., tr. Tony Weir).