



Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía
del Derecho

ISSN: 1405-0218

editorial.isonomia@gmail.com

Instituto Tecnológico Autónomo de
México
México

Jacob, Robert

¿ES EL COMMON LAW EL MEJOR SISTEMA JURÍDICO EN EL MEJOR DE LOS
MUNDOS GLOBALIZADOS POSIBLES? LIBRES REFLEXIONES SOBRE LOS
DESARROLLOS DE LA TEORÍA DEL DERECHO Y SUS DESAFÍOS ACTUALES

Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 44, abril, 2016, pp. 11-37

Instituto Tecnológico Autónomo de México
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=363645477006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

¿ES EL COMMON LAW EL MEJOR SISTEMA JURÍDICO EN EL MEJOR DE LOS MUNDOS GLOBALIZADOS POSIBLES?

LIBRES REFLEXIONES SOBRE LOS DESARROLLOS DE LA TEORÍA DEL DERECHO Y SUS DESAFÍOS ACTUALES

Is Common Law the Best Legal System in the Best Possible
Globalized World?
Free Reflections on Legal Theory Developments and the
Challenges it Currently Faces

Robert Jacob*

Resumen

Desde una perspectiva histórica se intenta aportar elementos que clarifiquen la problemática sobre la mundialización y la confrontación de las culturas jurídicas. Así, por una parte, se ofrece una interrogación acerca de la manera en que se practica la teoría del derecho en el mundo anglosajón y en el continental europeo, lo cual conduce a poner en cuestión su pretensión de universalidad. Por otra parte se analiza y discute el estatus y la pertinencia de ciertas teorías del derecho, como la del *legal origins theory*, que afirman la superioridad del *common law* sobre el

Robert Jacob, Université de Liège, Faculté de droit et de science politique. Correspondencia: Quartier Agora, Place des Orateurs, 3 (Sart-Tilman), B-4000, Liège, Bélgica. r.jacob@ulg.ac.be

* El presente texto corresponde a la última de cuatro conferencias pronunciadas en francés por el profesor Robert Jacob en el marco del seminario “La gracia de los jueces”, dictado en el ITAM entre los días 20 y 23 de octubre de 2014 y consagrado en buena parte a la exposición de su libro publicado el mismo año con el mismo título. La transcripción ha intentado respetar en lo posible el estilo hablado, y ha sido enteramente revisada por su autor. La traducción al castellano estuvo a cargo de Mónica S. Nasí, y releída por Germán Sucar, a cargo también de la edición. Al principio de la conferencia, el autor observó: “En esta sesión adoptaré un tono diferente al que caracterizó las sesiones precedentes, porque quisiera salir del marco de la exposición de mis investigaciones, al que me he limitado hasta el presente, para abrir el campo de mis reflexiones, necesariamente libres y provisorias. Se trata sobre todo de intercambiar ideas, hipótesis y reflexiones mucho más que de presentar el resultado de trabajos científicos plenamente acabados”.

resto de las culturas jurídicas. Se destaca además la necesidad de introducir la dimensión sociológica para la comprensión del fenómeno jurídico.

Palabras clave

globalización, historia del derecho, teoría del derecho, cultura jurídica, derecho comparado, derecho continental, derecho anglosajón, teoría del origen legal

Abstract

Departing from a historical viewpoint, the article provides elements intending to clarify the problems associated to globalization and the confrontation between different legal cultures. Thus, on the one hand, there is an inquiry about the ways of doing legal theory in the Anglo world and in continental Europe, casting doubts on their pretense of universality. On the other hand, the article analyzes and discusses the status and pertinence of several legal theories, such as the legal origins theory, which affirm the superiority of the common law over the rest of legal cultures. The need to adopt a sociological perspective for the understanding of legal phenomena is further underlined.

Keywords

globalization, legal history, legal theory, legal culture, comparative law, civil law, common law, legal origins theory

Me sitúo en la perspectiva de la mundialización. Hoy hay un choque entre las culturas jurídicas a nivel mundial. Quizá mis investigaciones como historiador del derecho y de la justicia sean susceptibles de aportar elementos que esclarezcan las problemáticas que pueden ser engendradas por puntos de contacto potencialmente conflictivos. Inicialmente había pensado en tratar dos temas: la “hegemonía del *common law*” por una parte, e “hispanidad y sacro judicial” por otra; dos vastas áreas culturales entonces, la del *common law* y lo que se llama el mundo hispánico. Pero no creo poder abordar en una sola sesión temas tan amplios. Por esta razón, me limitaré al primero de los dos temas. Lo haré privilegiando su abordaje mediante la teoría del derecho, ya que es la disciplina de los que me han invitado a dictar este seminario. En un primer momento, me preguntaré sobre la manera muy diferente en que se concibe y se practica la teoría del derecho en el mundo angloamericano por un lado, y en Europa continental

por el otro. En una segunda parte, me interrogaré más particularmente sobre la pertinencia de ciertas afirmaciones acerca de la superioridad de una cultura jurídica sobre otra, en este caso de los sistemas de *common law* sobre los derechos de tradición romanista, afirmaciones que se dan hoy cada vez más a menudo. No se trata ni de una mirada de conjunto ni de una investigación profunda, sino sólo de reflexiones, de comentarios a los propósitos de ciertos autores, relacionados a veces por asociaciones de ideas igualmente libres: las sugeridas a un historiador comparatista por debates iniciados en campos teóricos que no son *a priori* los suyos.

I. ¿Es pensable una teoría universal del derecho?

Todos mis lectores que enseñan Teoría del derecho me han planteado la misma reflexión: “Cuando lo leemos nos preguntamos si es posible una teoría universal del derecho, pues cada cual está determinado por los estudios que ha hecho, por el idioma que habla, por el derecho con el que está familiarizado”. La teoría del derecho pretende ser general y universal, porque el derecho pretende ser un fenómeno universal, pero al fin, ¿es posible? ¿Los teóricos del derecho no están todos determinados por sus experiencias, sus referencias? ¿No habría que ser más modestos y reducir el objeto de la teoría a tal o cual derecho en particular? Y por otra parte, ¿podemos imaginar que un sistema jurídico particular esté investido, en desmedro de todos los demás, de una vocación por la universalidad?

El tema de la atribución al *common law* de tal vocación me pareció el telón de fondo de mis relaciones con mis colegas chinos; ya les hablé a ustedes del rol que desempeñaron estas relaciones en la fase final de elaboración de mis trabajos. Mi libro (Jacob, 2014a) ha sido objeto de una primera edición en idioma chino, incluso antes de ser publicado en francés. La universidad Jiao Tong de Shanghái, que lo publicó, se volvió célebre por la famosa “clasificación de Shanghái” de las universidades, hecha a medida para ubicar siempre a las de Ivy League en el primer puesto. Es sin duda la más americanizada de China. Esto es, entre otras cosas, por lo que creí entender que la invitación que me ha-

bía llegado era una especie de reacción contra la omnipresencia de la cultura estadounidense, en la que se ve inmersa la facultad de Derecho. Omnipresencia que por otra parte hay que comprender. Los chinos recién se abrieron al mundo a partir de la década de 1980. Antes, el país estaba encerrado en sí mismo. Miran hacia Occidente y lo primero que ven son los Estados Unidos, el primer idioma que aprenden es el inglés. Hacia el derecho también dirigen una mirada curiosa, pues les es extraño, o al menos según las formas que adoptó en las culturas occidentales. Lo que los occidentales consideran derecho, ellos lo perciben como una suerte de prolongación de la economía. Hay que “hacer negocios”, hay que integrarse a un mundo que es ante todo una gran economía. Ahora bien, los occidentales parecen haberlo comprendido: el derecho es para ellos un regulador esencial de la economía. Por ende, deben interesarse en él. En ese momento, encuentran evidentemente la corriente *Law and Economics*, que se formó sobre todo en los Estados Unidos precisamente al mismo tiempo, en la década de 1980, cuya importancia creció ininterrumpidamente desde entonces y que no corría el riesgo de desmentir sus primeras impresiones. Y se encuentran también con los autores clásicos de la Teoría del derecho en lengua inglesa, es decir principalmente con aquellos cuyos nombres supongo que todos ustedes conocen: Dworkin, Rawls, Hart, Hayek, etc. Sin duda conocen menos el de Berman, un teórico del derecho estadounidense que escribió una historia del derecho muy curiosa, *Law and Revolution* (Berman, 1983). Berman era un especialista del derecho de los países socialistas quien, tardíamente, se volcó hacia la historia del derecho del Medioevo para buscar allí la clave del nacimiento de las culturas jurídicas occidentales. Su perspectiva incluye ciertas ideas interesantes pero, como no era medievalista, está plagado de errores y aproximaciones, muy propios para desconcertar a los historiadores de carrera. Sin embargo, su libro está escrito en inglés, pretende hacer una síntesis de la historia jurídica y, aunque en Europa su influencia sea prácticamente nula, se transforma en una especie de Biblia para los que deben descubrir rápidamente una historia jurídica que desconocen por completo.

La experiencia china no se da aisladamente. Por todas partes en Asia, y sin duda en numerosos países emergentes, hay facultades de

derecho que nacen, se forman muy pronto y fundan su enseñanza sobre estas bases, las cuales supuestamente dan cuenta de todo.

Ahora bien, todos estos autores están impregnados de la práctica jurídica de sus países. Si abrimos sus libros, vemos que todos los materiales que utilizan vienen sin excepción de la historia del derecho inglés o estadounidense. No se hace teoría del derecho sobre la nada; necesariamente hay que alimentar el razonamiento con ejemplos, con referencias a leyes, a sentencias, a casos, etc. Es decir que dichos materiales son muy determinados y están muy localizados desde el punto de vista cultural. Pero más allá de la determinación cultural de los materiales utilizados, existen también lo que yo llamaría las referencias implícitas, es decir la manera en que nos representamos las cosas independientemente de los términos en los que se las enuncia. Cuando un francés emplea el adjetivo “légal” quiere decir lo que es conforme a la ley, entendiendo la ley como una norma establecida en abstracto, independientemente de los casos concretos en los que se aplica. Cuando un anglosajón emplea el adjetivo “legal” no entiende en absoluto lo mismo, ni siquiera ve necesariamente una norma jurídica predeterminada en relación con los procesos juzgados o por juzgar. A menudo, hay que traducir “legal” [ingl.] no como (seguramente no como) “légal” y ni siquiera como “jurídico”; a menudo la traducción correcta, en francés o en otra lengua latina es “judiciaire” [“judicial” en esp.]. Es “legal” [ingl.] lo que es conforme a lo que deciden comúnmente los tribunales, no sólo lo que han decidido en el pasado, sino también lo que deciden en el presente y lo que podemos suponer que decidirán en el futuro, ya que el “law” es un campo en movimiento perpetuo.

Así, los materiales utilizados y las referencias implícitas constituyen lo que llamaré *el bagaje cultural del teórico del derecho*, que no puede ser universal pues no conocemos todo, no se es jurista sin más como se es físico, biólogo o sociólogo, se es jurista de un orden jurídico determinado. Ahora bien, me parece que hay una contradicción entre el estatuto epistemológico de la teoría del derecho —pues esos autores (Dworkin, Hart, Hayek, etc.) pretenden hacer teoría del derecho—, y lo que es precisamente su bagaje cultural. ¿Por qué? Porque la teoría del derecho nació antes que ellos e independientemente de ellos. Es una disciplina que se formó no en los Estados Unidos ni en Inglaterra sino

en Europa continental, y que tiene una tradición bastante larga pues-to que continúa la tradición de la filosofía del derecho. ¿Hasta dónde hay que remontarse? Quizás hasta la Antigüedad o el Medioevo. En todo caso muy probablemente hasta los iusnaturalistas, hasta los teóricos del derecho natural de los siglos XVII y XVIII. Y luego hay una continuidad: la Escuela Histórica Alemana de Savigny, los libros de Ihering sobre el espíritu de las leyes del derecho romano, y de ahí descendemos hasta Kelsen o hasta Radbruch en el siglo XX, en Italia hasta las corrientes de Norberto Bobbio, de Santi Romano, etc. Todos estos intelectuales sin excepción, desde hace pues cuatro siglos, han hecho la teoría de un sistema de normas que concebían abstractas y constituidas con anterioridad a todo acto de aplicación. Pensaron a partir de órdenes jurídicos, derecho romano, derecho canónico, derechos de sus propios Estados, que ya eran sistemáticos. Ahora bien, cuando Dworkin o Hart se ponen a trabajar, su bagaje cultural no va en el mismo sentido. Siempre los lleva a concebir el derecho como un mundo de procedimientos. Acabo de poner el ejemplo del adjetivo “legal” [ingl.] que remite al proceso, a la acción de los tribunales, pero podría decir lo mismo de expresiones como “rule of law” o “due process of law”. A menudo se traduce “rule of law” como “État de droit” [“Estado de derecho”], pero en realidad “due process of law” y “rule of law” se refieren a la sumisión de todo sujeto y de toda autoridad a una instancia judicial reguladora, a procedimientos contradictoriamente organizados y en perfecta lealtad procesal. Es eso en lo que piensa intuitivamente el sujeto inglés o estadounidense, y no en una constitución escrita, en un armazón normativo y administrativo, una jerarquía de normas connotadas por fórmulas como “État de Droit”, “Straatsrecht”, etcétera.

La constatación que hago ahora remite a lo que les decía al comienzo de mi seminario. Es decir, que hay en definitiva dos maneras de abordar el derecho: una manera a partir de las normas y otra a partir de los modos de resolución de los conflictos. Les decía que el modo de abordaje dominante en la historia del derecho, así como en la teoría del derecho, es en general a partir de las normas —el derecho es concebido como un *corpus* de normas materiales—, mientras que yo había elegido un abordaje histórico a partir de la resolución de los conflictos. En cierta forma, esto me acercaba a los *common lawyers*. Su percepción de

las cosas tiene más que ver con los modos de resolución de conflictos —no con cualquier modo sino con los modos típicos del *common law* de resolución de conflictos— que con un *corpus* normativo preestablecido. De allí su dificultad para ubicarse en un terreno, el de la historia del derecho, trabajado por intelectuales que siempre pensaron la teoría como la de los sistemas normativos.

Esta es una dificultad de la que un autor como Hart es particularmente consciente. En las primeras páginas de su libro *El concepto de derecho* encara, como todos los teóricos del derecho, un trabajo de alcance general y universal —se trata del concepto del derecho, no del concepto del derecho inglés o del derecho estadounidense, pero inmediatamente encuentra la oposición previsible de otros juristas célebres ingleses y estadounidenses como Austin, Holmes o Llewellyn, que expresaron un franco escepticismo respecto de la posibilidad de hacer una teoría del derecho como sistema de normas. Ya en la primera página Hart escribe: “El juicio según el cual una regla es una regla de derecho válida difiere de la predicción del comportamiento de las autoridades” (Hart, 1961, p. VII).¹ Creo que un europeo continental jamás habría sentido la necesidad de tomar esta precaución. “El juicio según el cual una regla es una regla de derecho válida” remite al problema de la *Geltung* kelseniana. Presuponiendo que el derecho es un sistema de normas, el problema de Kelsen consiste en definir lo que es dicho sistema y en determinar en qué condiciones una norma jurídica es válida en su interior. ¿Qué tendría que ver esta problemática con la predicción del comportamiento de las autoridades? Kelsen nunca habría pensado en hacerse esta pregunta. Los que la hacen son autores como Holmes o Llewellyn, quienes creen que todo armazón normativo es intrínsecamente ajeno a la práctica y, por ende, a la realidad del derecho. Para ellos, el conocimiento del derecho es la famosa fórmula de Holmes, que remite en efecto a la predicción de lo que van a decidir las autoridades —entiéndase: las autoridades judiciales. El saber jurídico es una especie de adivinación, de anticipación probabilística sobre decisiones aún desconocidas. No es un trabajo de reflexión sobre un conjunto fi-

¹ Se ha traducido aquí al castellano directamente de la cita de la versión francesa del inglés. El texto original en inglés es el siguiente: “Thus I have considered... how the statement that a rule is a valid rule of law differs from a prediction of the behaviour of officials [...]”.

nito de normas conocidas; el problema no consiste en saber cuáles son jurídicas y cuáles no lo son; es una suposición sobre el movimiento de las decisiones de justicia. A mi entender, el esfuerzo de Hart es un poco desesperado. Su empresa consiste en emprender una teoría del derecho “a imagen de Kelsen”, es decir como alguien que tiene en mente la herencia romanista, pero teniendo presente al mismo tiempo los materiales y los referentes explícitos e implícitos que son en realidad los de Holmes y los de Llewelyn. Holmes y Llewelyn en el fondo están más cerca del espíritu del *common law* que Hart. Hay en este último una distorsión, una especie de contradicción entre el estatuto epistemológico de la teoría, su vocación de producir un conjunto de conceptos universales, y los materiales que alimentan esa reflexión teórica.

Ahora bien, podemos observar una contradicción del mismo orden, pero esta vez en sentido inverso, en unos autores alemanes que se interesaron por el derecho angloamericano. La teoría, sobre todo estadounidense, del derecho ha sido marcada por ciertos autores alemanes que abandonaron Alemania o Austria entre 1930 y 1940 porque huían del nazismo; que por consiguiente vivieron y trabajaron en Inglaterra y en los Estados Unidos, que adoptaron el inglés como lengua de escritura, pero que tenían en todo la formación típica del jurista alemán nutrida de la historiografía alemana del derecho. Me estoy refiriendo a dos autores, Kantorowicz y Hayek.

El primer capítulo del libro *Los dos cuerpos del rey*, de Kantorowicz (1957), está consagrado al análisis de cierto número de *cases* de *common law*, casos juzgados de los siglos XVI y XVII, especialmente el célebre *Calvin's Case* de 1608 –al cual Kantorowicz, quien lo menciona sólo de paso, no le da el lugar que ocupa en la historia del *common law*. Al leerlo y releerlo, tuve la impresión de que no entiende bien el alcance de las decisiones inglesas de esa época, porque su referente implícito es una dogmática del derecho, dogmática religiosa y dogmática jurídica que él proyecta sobre esas decisiones judiciales inglesas. Las incorpora a una construcción intelectual que elabora a partir de la teología, pero que es totalmente extraña al espíritu del derecho inglés. Les dije que iba a hacer algo muy libre. Es por eso que no discutiré página por página el texto de Kantorowicz, relacionándolo con los textos de los *cases* que comenta. Pero cada vez que tuve esta experiencia,

me dije que no entró lo suficiente en el espíritu del *common law* como para captar realmente el alcance de las decisiones judiciales. No son decisiones judiciales como un alemán puede concebir lo que es una decisión judicial: son “judgements” o “reports”, es decir opiniones personales de jueces cuyo alcance es mucho más reducido de lo que cree. En el *Calvin’s Case*, entre otros, esto es muy evidente. La expresión “Los dos cuerpos del rey” remite a la distinción entre el cuerpo físico y el cuerpo político. Kantorowicz comienza su libro con los casos juzgados ingleses, pero no ve allí más que una introducción a la teología de los dos cuerpos, que es su verdadero objeto. La teoría no le parece importante sino en tanto permite objetivar en la persona del rey un cuerpo político separado del individuo físico, y por consiguiente conceptualizar la soberanía en lo abstracto. Ahora bien, si leen el *Calvin’s Case*, se darán cuenta de que en realidad el informe de Coke apunta, muy por el contrario, a utilizar la distinción entre los dos cuerpos para resaltar el cuerpo físico en detrimento del cuerpo político, puesto que el vínculo que da a Calvin el beneficio del *common law* es la relación que se establece entre el sujeto de derecho y el cuerpo físico del rey (Brailon, 2010; Jacob, 2014b). Hay una suerte de malentendido sorprendente cuando se considera desde el punto de vista interno la cadena de las decisiones inglesas que incluyen una referencia a la imagen de los dos cuerpos, pero es un malentendido que nace del hecho que la lectura del texto es realizada con un prejuicio determinado por la cultura jurídica del autor, que no es precisamente la de los *common lawyers*.

Podría decirse otro tanto de Hayek, un autor que quizás les sea más familiar que Kantorowicz. Como sabemos, es el gran teórico del neoliberalismo. Por eso, se ha transformado hoy en el pensador del mundo tal como va, lo cual significa que es ineludible. Ya sea que lo sigamos o que nos opongamos a sus teorías, siempre nos veremos en la obligación de definirnos en relación con él. Su esquema de pensamiento parece una transposición al campo de la teoría del derecho del pensamiento de los economistas clásicos, particularmente de Adam Smith. El mundo debe ir unificándose en la Gran Sociedad de Adam Smith. Es una sociedad de competencia entre empresas. Se hace que las empresas entren en competición pero, según Hayek, la Gran Sociedad es también una sociedad de competencia entre las culturas jurídicas. Y en esas cul-

turas jurídicas, Hayek ve una oposición entre dos tipos, lo que él llama los *constructivismos* en oposición al *laissez-faire*, que es lo que prefiere. El constructivismo tiene que ver explícitamente con los pensamientos provenientes de las Luces y luego con el marxismo, pero la noción termina extendiéndose en general a todas las culturas jurídicas de tradición europea continental, de espíritu romanista; las que tradicionalmente construyen sistemas y llegan a construirlos políticamente, mediante la norma jurídica concebida como la expresión exclusiva de un voluntarismo político. Del lado del espontaneísmo, por el contrario, se ve surgir el *common law*, como paradigma del derecho que se elabora fuera del pensamiento político y, por consiguiente, necesariamente mejor. Sin embargo, Hayek prefiere reducir esta oposición a la existente entre el derecho escrito, y por ello establecido y sistemático, y el derecho consuetudinario. Hayek revaloriza la idea de costumbre, a su entender injustamente despreciada por las teorías clásicas. La competencia entre las culturas jurídicas deviene entonces una competencia entre los derechos escritos y los derechos consuetudinarios (derechos que serían incluso en realidad todos consuetudinarios, si se considerara que las construcciones sistemáticas no son sino los ropajes de culturas en el fondo todas consuetudinarias). Pero al leerlo, nos percatamos de que la referencia implícita que habita su pensamiento, la distinción entre lo escrito y lo consuetudinario, reproduce la distinción entre lo escrito y lo consuetudinario tal como ha sido pensada por la tradición romanista, a la cual debe su propia formación. Esquemáticamente, encontramos en esta concepción de la costumbre una capa antigua que data de la escolástica medieval, la cual define la costumbre como la combinación de dos elementos, uno material (la reproducción en una sociedad de cadenas de actos semejantes), y el otro moral (la *opinio iuris* o si se quiere el sentimiento de obligatoriedad que supuestamente habita los sujetos de la norma consuetudinaria) —así quedó por otra parte como la definición clásica de la costumbre en los manuales de derecho—, capa a la que se le sobreimpone otra moderna, el historicismo de la escuela histórica alemana de Savigny, que ve en ella la forma primera y espontánea de todo derecho. Pero en todos los casos, la costumbre no es pensada sino en referencia a la ley escrita, en la concep-

ción romanista de la ley. Es un *Ersatz*² de ley, que muy bien se puede desacreditar en nombre de la superioridad del espíritu de sistema (lo que terminó por ser la corriente dominante de los pandectistas alemanes) o revalorizar, como lo hicieron los germanistas de la misma escuela histórica alemana del siglo XIX y de la primera parte del siglo XX. Esta última tendencia, Hayek la prolonga en un terreno totalmente distinto. Faltaría saber si esa concepción de la costumbre puede aplicarse al *common law*. ¿Se trata de un derecho consuetudinario, así entendido? No me convence en absoluto. Pienso que cuando se dice que el *common law* es un derecho consuetudinario hay más o menos, desde Blackstone y su teoría del juez oráculo, tantas opiniones como autores que han escrito sobre el carácter consuetudinario del *common law*—idea que por otra parte sumerge a los *common lawyers* en un abismo de perplejidad.

Junto a Hayek y Kantorowicz podría agregar a Weber, podría agregar al propio Savigny. Muchos autores alemanes, cuando evocaron el *common law*, imaginaron una especie de “derecho germánico” que habría evolucionado en forma distinta a su propio derecho germánico, lo cual es otra forma de los mismos malentendidos. De hecho, las oposiciones entre lo romano y lo germánico, entre lo escrito y lo consuetudinario, no dan cuenta de la diferencia entre el *civil law* y el *common law*. En mi libro (2014a) he tratado de abrir otro enfoque, explorando la diferencia entre las dos culturas en su relación con lo sacro. Enfoque que, por supuesto, no excluye otros.

¿Cómo hacer la teoría del *common law* si el mismo *common law* pretende ser absolutamente no sistemático? La teoría, a mi entender, postula un espíritu de sistema. El que afirma ser teórico del derecho aspira a poner las ideas en orden, a producir ideas que sean coherentes, que sean conceptuales y que acudan en ayuda de los juristas en todos los aspectos de su vida de juristas, ya sea en los aspectos prácticos, de enseñanza u otros. ¿Cómo cumplir con este cometido respecto de un derecho que pretende ser no sistemático? De hecho, creo que hay que admitir la idea de que la teoría depende del objeto del que se hace la

² La palabra alemana “Ersatz” ha de entenderse aquí como “sustituto” (con un matiz peyorativo).

teoría, y lo que marca la diferencia entre las dos corrientes es el hecho de que en el caso de los juristas de Europa continental el objeto de referencia, del que hacen la teoría, es ya en sí mismo organizado, es ya en sí mismo sistemático.

En un estudio reciente, Anne-Françoise Debruche (con quien colaboro regularmente; nuestras preocupaciones son muy semejantes) plantea el mismo problema que acabo de presentar pero en un nivel de alguna manera inferior: ¿el derecho es una ciencia? (Debruche, 2015). La teoría del derecho es la filosofía o la teoría de una cosa, pero antes de hacer dicha teoría, hay que preguntarse si su objeto mismo tiene el carácter de un saber científico. Por supuesto, contestan algunos según la tradición de los romanistas. Si tomamos el ejemplo de Alemania, la idea de *Rechtswissenschaft*, ciencia del derecho, está absolutamente presente en todas partes. No hay una palabra en alemán para designar lo que los franceses designan como *jurisprudence* [“jurisprudencia”], como conjunto de las decisiones de los tribunales. En alemán se dice *Rechtswissenschaft*. Entro en una facultad, estudio la *Rechtswissenschaft*, los tribunales que dictan sentencias hacen *Rechtswissenschaft* y el legislador, muy científico también, hace igualmente *Rechtswissenschaft*. El mundo del derecho está totalmente inmerso en la ciencia. ¿De dónde viene esta ciencia? Viene de la *iurisprudentia* romana, que ya era a su manera una ciencia. ¿Qué quiere decir la palabra “iurisprudencia”? “Prudentia” designa, literalmente, el saber experto; no hay que traducirlo con el término francés “prudence” [“prudencia”]. Un general prudente no es un general pusilánime o atentista, es un general que ya ha librado muchas batallas y que toma sus decisiones a partir de lo que ya ha aprendido. Pero es un saber que está organizado y elaborado fuera del debate judicial propiamente dicho. Retomando el pensamiento de Aldo Schiavone, es una combinación de casuística y de espíritu de sistema. Casuística: el *casus* del derecho romano y el *case* del derecho angloamericano no son en absoluto lo mismo. El *casus* del jurisconsulto romano es un *casus* imaginario elaborado en el marco de la enseñanza o de la consulta. ¿Qué hacen los juristas romanos? O comentan las leyes y las obras de otros jurisconsultos (comentarios *ad Edictum*, *ad legem Falcidiam*, *ad Sabinum*, etc.), o bien evacúan consultas, dan *responsa*. Y al comentar imaginan *casus* en los que efectivamente se

encuentran esos famosos personajes *Primus* y *Secundus*, *Aulus Agerius* y *Numerius Negidius*, etc. Se los compara a veces con los *cases* de *common law*, pero de manera abusiva. La casuística romana nunca está vinculada con la solución de litigios concretos. Es una casuística imaginaria y abstracta, ordenada en sistema porque se desarrolla en torno a principios formalmente enunciados. Es también un saber prejudicial, en cuanto que apunta a fijar en realidad la norma anterior al proceso, dejando a los jueces completamente libres para lo que tengan que decidir. El proceso, la sentencia propiamente dicha, no le interesan al jurisconsulto romano. No se encuentra nunca en el *corpus* jurídico romano la presentación de una causa particular. Si quieren saber cómo se juzgaba en Roma les va a resultar muy difícil encontrar ejemplos. Para tratar de descubrir algún asunto concreto, hay que recurrir a fuentes no jurídicas, hay que acudir a la historiografía, a las fuentes históricas o, eventualmente, a la retórica, a los alegatos de Cicerón, etc. Por el contrario, la *iurisprudentia* es siempre un saber de las normas concebidas en abstracto y ordenadas en sistema.

Ahora bien, ese *corpus* fue reelaborado después numerosas veces, a lo largo de los siglos, por juristas que actuaban siempre con el mismo espíritu. Es a través de las obras de los glosadores, de los iusnaturalistas, de los codificadores, que se constituye una “ciencia del derecho”: *Rechtswissenschaft*. Tengamos en cuenta que la palabra “ciencia” sólo remite aquí a la idea de un saber conceptualizado, organizado y jerarquizado. No implica la idea de sumisión de dicho saber a una validación externa. El derecho puede ser considerado una ciencia del mismo modo que la teología, es decir que se trata en los dos casos de un saber normativo, deductivo y organizado, pero que no está sujeto a una validación por la confrontación con el mundo exterior. No es una ciencia de la observación o de la experimentación como lo son la biología, la física o, en las ciencias llamadas humanas, la sociología o la economía política. La diferencia procede de la cesura que se ha abierto en las culturas occidentales entre el derecho y los hechos. El derecho se puso en un mundo aparte, dejando afuera los hechos que se transformaron en el objeto de las ciencias propiamente dichas. Hay que objetivar la noción de hecho para hacer ciencia, para ser físico, biólogo o economista. La validez de sus teorías dependerá de su capacidad para corresponder

a los hechos. El derecho, por el contrario, o la teología, son disciplinas cuya validez no depende en absoluto de los hechos. Esta distinción entre el derecho y el hecho es primordial, porque es lo que permite definir las condiciones epistemológicas de la concepción del derecho como ciencia.

Ahora bien, esto encuentra vigorosas resistencias en el medio angloamericano. Como lo subraya Anne-Françoise Debruche (quien, en tanto profesora en las facultades de derecho civil y de *common law* de Ottawa, tiene a menudo la ocasión de observarlo), una expresión como “legal science” es impensable en inglés. La palabra inglesa “science” sólo remite a las ciencias de la observación y de la experimentación. Es por ello que la idea de que el derecho podría ser el objeto de una ciencia parece muy extraña. De aquí se desprende que la idea de cultivar el saber jurídico por sí mismo parece igualmente extraña. Los programas de investigación privilegian sistemáticamente las que lo incluyen en lo social (derecho y sociedad, derecho e historia, derecho y literatura, derecho y economía). Vuelvo aquí a lo que desarrollaba en una sesión anterior del seminario: como la distinción *law/fact* no tiene en absoluto la misma importancia que la distinción entre el derecho y el hecho en las culturas continentales, como el derecho no se distingue fundamentalmente de la práctica social de la solución de los conflictos, cuesta imaginar que pueda constituirse en objeto de ciencia autónomo.

Concibiendo el derecho a imagen del árbol de justicia, Anne-Françoise Debruche propone considerar la concepción romanista del derecho como una ciencia de las raíces, mientras que la concepción anglosajona se consagra únicamente a la contemplación del follaje. Admitiendo el valor relativo de las metáforas, propondría por mi parte la oposición entre la arquitectura y la nube. Un sistema romanista pretende ser una arquitectura; es por eso que las controversias de los teóricos del derecho se tejen en torno a una teoría de la arquitectura. Por el contrario, el *common law* puede ser comprendido como una nube de puntos, en la que cada punto está constituido por una opinión de juez susceptible de sentar un precedente, de tal modo que la nube se desplaza constantemente. El malentendido sobreviene cuando un hombre formado para la navegación aérea en la nube entra en una catedral y cree, en cuanto toma y analiza el mortero de una junta, que ha comprendido

la catedral. Es un poco la impresión que da Dworkin cuando se aventura en la evocación de uno u otro rasgo de un derecho que no pertenece a la tradición anglosajona. Más frecuente, el malentendido inverso se presenta cuando un hombre formado para la arquitectura intenta hacer el plano de la nube. ¿No es esto en el fondo lo que revela la inconsistencia del método de Hart, de Kantorowicz, de Hayek, tal como ha sido evocado precedentemente?

Más pertinentes, a mi entender, son las actitudes de ciertos autores ingleses que comparten preocupaciones teóricas, aun si se muestran plenamente conscientes de la dificultad de un proyecto de teoría del derecho aplicado al *common law*. Pienso en Brian Simpson y en John Baker, a los que siento cercanos sin duda porque como yo son historiadores y por ello guardan distancia respecto del uso inmoderado de los conceptos (Simpson, 1987; Baker, 2001).³ De hecho, tienen un objetivo más modesto. No pretenden hacer una teoría universal del derecho, sino que se preocupan sólo por el *common law*. Constatan la imposibilidad de identificar en él un cuerpo de reglas fijas. Existen principios, reglas generales, pero es imposible encerrarlos en enunciados canónicos formales que serían establecidos de una vez por todas, pues el sistema está en movimiento perpetuo. Resiste absolutamente a todo intento de *definitio*, definición de los términos, definición de los principios jurídicos, que es uno de los ejercicios favoritos de los juristas de formación romanista y que ha alcanzado en Alemania una suerte de apogeo conceptual. Entonces, la reflexión teórica consiste sobre todo en subrayar los límites de la teoría. John Baker presenta igualmente la tesis de los dos cuerpos del *common law*. Detrás de su cuerpo visible (la nube de puntos en la imagen que yo proponía anteriormente) se encontraría un cuerpo invisible, hecho de principios que generan (o serían generados por) la configuración de la nube —lo que sería (¡una imagen más!) algo como lo que la filigrana es al papel. Ese cuerpo habitaría el espíritu de los *common lawyers* y se transmitiría con la práctica de su derecho. Pero al estar destinado a permanecer invisible, es decir al ser imposible de expresar mediante palabras, sigue condenado a escapar también a toda tentativa de teorización.

³ Sobre el pensamiento de estos autores, véase nuevamente Debruche, 2015.

Frente a todo el tipo de consideraciones efectuadas en el presente apartado, se me ha preguntado:⁴ “¿La filosofía del derecho puede elaborar una teoría relativa a la naturaleza del derecho, sabiendo que el teórico del derecho está determinado por el sistema jurídico al cual pertenece?” No se puede contestar con un sí o con un no a una pregunta semejante, pero creo que toda la exposición que he hecho hoy tiene que ver con esa pregunta. ¿Es posible una teoría general del derecho? En realidad, lo creo y no lo creo. Lo creo porque, como ustedes saben, soy un adepto a la teoría del derecho de Lucien François, que pocos conocen, pero que desplaza completamente el problema de la teoría del derecho (François, 2012). El punto de partida de su teoría está bien determinado por su propia cultura jurídica: la cultura romanista. En su origen es una teoría de la norma y de los sistemas de normas. Pero el hilo conductor de su empresa lo lleva a desprenderse absolutamente de ello. Crea un léxico enteramente nuevo que no depende de ningún sistema jurídico determinado, que no es pues el léxico del derecho francés, ni del derecho alemán, etc. No es posible explicar eso ahora. Sería objeto de otro seminario. Puedo decirles que realmente se corrió de la manera en que se hace habitualmente la teoría del derecho. En este aspecto está manifestamente solo por el momento; tiene algunos adeptos, pero en fin, progresivamente la idea se va instalando. Personalmente, creo que yo no podría haber hecho lo que hice si mi referencia implícita no fuera la teoría del derecho de Lucien François. Es así como he podido pensar la diferenciación entre el *common law* y el *civil law*, y es así también como puedo pensar, como puedo repensar el *ius* en derecho romano o redefinir el *ius* en derecho romano. Pero realmente son otras historias.

II. ¿El *common law* o el mejor derecho del mundo?

Simpson y Baker se abstienen también de proclamar que el *common law* es el mejor de los derechos posibles; no llegan a eso. Son especialistas de un sistema, se interrogan sobre la naturaleza de ese sistema, pero no pretenden que sea necesariamente superior a todos los demás.

⁴ Así, por caso, Germán Sucar.

Pero estamos en un mundo en el que reina la lógica “lengua única, pensamiento único, globalización centrada en Estados Unidos” y es muy fuerte la tentación de considerar que la potencia dominante del mundo detenta necesariamente el mejor de los sistemas jurídicos. Se alcanza muy pronto ese otro estadio, que es el de un imperialismo cultural.

Anne-Françoise cita a un autor como John Henry Merryman, quien desarrollaba un método de comparatista a propósito de la enseñanza. ¿Cómo se aprende el derecho? Comparaba sobre todo los Estados Unidos con Francia. ¿Cómo se enseña el derecho? En Francia –y por otra parte pienso que en México también–, un curso de derecho está organizado a partir de grandes principios. Se divide la materia en grandes partes, se las articula en torno a grandes principios, luego se va hasta los casos de aplicación. Se enseña al estudiante un armazón, una arquitectura intelectual. En cambio, en los Estados Unidos se analizan *cases*, se trabaja sobre *cases*, y el estudiante no es tributario de una arquitectura intelectual. Es iniciado en la discusión, en cierta manera de implicarse en ella, y de algún modo se lo invita al mimetismo. Cuando encuentre un problema, imitará lo que se le ha enseñado en sus estudios o razonará por analogía. Merryman opone este método al método francés llamado *cartesiano*.⁵ Frente al espíritu cartesiano francés, la flexibilidad y la plasticidad del *common law*. De ahí deduce que el *common law* es necesariamente superior:

*The reader may have formed the impression by now that I consider legal education in the United States to be superior to that in most civil law universities. That is a correct impression; ours is better.*⁶

Esto es claro. La afirmación de la superioridad del sistema de *common law* está planteada.

⁵ No sé por qué siempre se alude al desdichado Descartes en estos casos. Es considerado como una encarnación del espíritu francés, si bien, aunque ciertamente nació en Francia, escribió en Holanda y en Suecia, en donde pensaba encontrar condiciones más favorables para la eclosión de su pensamiento. Pero es supuestamente la encarnación del espíritu francés y, hagan lo que hagan los franceses, se los supone cartesianos.

⁶ Merryman, 1975, p. 876, citado por Debruche, 2015, p. 6.

Al respecto, quisiera evocar un episodio de la historia reciente. Se trata de la moda, en ciertos ámbitos, de lo que se llama la “Legal Origins Theory” (la teoría de los orígenes jurídicos). Es una teoría presentada por profesores estadounidenses, que fue consagrada por unos informes del Banco Mundial y se está transformando en una especie de doctrina oficial de cierto número de instancias internacionales.⁷ ¿De qué se trata? Es una teoría que surge en el campo del *Law and Economics*. Su propósito es pues evaluar la regla del derecho desde el punto de vista de la economía: ¿cuál es la más eficaz, la que más contribuye al desarrollo o al dinamismo?

Cuatro autores estadounidenses, tres profesores de Harvard y uno de Chicago, se abocaron a estudios sucesivos sobre el derecho de las sociedades en una serie de países. En un primer momento, su estudio se aplicaba a 27 países, en un segundo momento a 49. Están centrados en el derecho de las sociedades a partir de la idea —el propio postulado evidentemente puede ser cuestionado— de que el mejor derecho de las sociedades es el que separa del modo más riguroso el *management* (y por consiguiente la dirección efectiva de la sociedad), de la propiedad (es decir, la posesión de las acciones), y de que esta separación está mejor garantizada por los regímenes más protectores con respecto a los accionistas minoritarios y con respecto a los acreedores. Y entonces adoptan una serie de criterios —no voy a entrar en detalles porque se trata de derecho de sociedades y es bastante técnico—, cada uno de los cuales desemboca en una evaluación: ¿tal régimen jurídico responde o no a tal aspecto de la protección del accionista minoritario o del acreedor? Y al final de este ejercicio se llega a una clasificación —que parece ser completamente objetiva ya que se toman cada vez secciones de reglas y literalmente se las cotiza, desde el punto de vista de la eficacia económica. Ahora bien, dicha clasificación hace aparecer que todos los países de *common law* ocupan el primer puesto. Y ocupan el primer puesto —dicen estos autores— porque son de *common law*. De hecho, podrían haberse propuesto otras explicaciones de la clasificación: constatar por ejemplo que los países pobres, cuyo producto nacional

⁷ La exposición siguiente está directamente inspirada en el estudio de Antoine Vandenbulke, “La Legal Origins Theory: droit, économie et idéologie” (se editará en 2016 en la *Revue de Droit Economique*), al cual los remito.

bruto (PNB) por habitante es inferior, son bastante menos protectores de los accionistas minoritarios y de los acreedores que los países ricos. Lo cual es cierto. Pero, según los autores, éste no es el factor determinante. Después de comparar los 49 países sometidos a la investigación, el criterio determinante, lo que es decisivo desde su punto de vista es el *legal origin* (origen jurídico, cultura jurídica, traduzcan como quieran). Es la pertenencia a un sistema determinado, que es el del *common law*. El hecho de tener un *legal origin* anclado en el *common law* favorece en sí la competitividad.

Esta teoría es hecha propia por el Banco Mundial en dos informes *Doing Business*, de 2004 y 2005, globalmente favorables a la desregulación. El banco considera que las conclusiones de estos profesores están fundadas científicamente. Se cree así autorizado a basarse en estas investigaciones, diciéndose que queda hecha la demostración: los países de *common law* son aquéllos que tienen el derecho de sociedades económicamente más eficaz. ¿Qué conclusiones pueden obtenerse? El Banco Mundial podía elegir entre dos posiciones: lo que se llama la *path dependance*, o bien lo que expresa la fórmula *one size fits all*. Según la primera, cada país sigue su senda, cada país sigue su camino. Entonces, cada país en este caso se vería invitado a inspirarse en el modelo del *common law*, importando puntualmente tales o cuales reglas o modificando su sistema de modo de mejorarlo pero sin cambiarlo. La segunda opción es que sólo una forma única puede aplicarse en todas partes. Dicho de otra manera, ustedes no pueden elegir; si quieren ser competitivos en el plano económico, deben adoptar el modelo que demostró ser objetiva y científicamente el mejor, es decir importar el *common law*.

Por consiguiente, en estos dos informes el Banco Mundial recomienda dos cosas: en primer lugar la desregulación y en segundo lugar una aculturación al modo del *common law*. Si se sigue al Banco Mundial, todos los países del mundo deben alinearse. Evidentemente, como un trasfondo a todo esto están las teorías de Hayek. Está perfectamente claro que Hayek inspira directamente, primero a los profesores que produjeron esa *Legal Origins Theory*, y luego los informes del Banco Mundial. Estamos ante una sociedad mundializada, la gran sociedad global, estamos ante la competencia entre las culturas jurídicas; y

por ende ante el conflicto entre lo que Hayek llama el constructivismo y el espontaneísmo. Y en el concurso se consagra la victoria de los espontaneístas. Por otra parte, las conclusiones del Banco Mundial son retomadas también por la Comisión Europea, lo que orienta muchas instancias internacionales y nacionales en la misma dirección. Lo que es curioso, en cambio, es que lo que decide que un sistema jurídico es mejor que los otros no es la mano invisible del mercado, lo que equivaldría a seguir a Hayek de manera rigurosa, sino que es una clasificación, una notación, es decir, la intervención de una autoridad que es también una autoridad política. El Banco Mundial, y tras él la Comisión Europea, son autoridades que orientan el curso de las cosas. Su orientación parece en sí ser favorable al *laissez-faire*, pero ya predestinan, ya prejuzgan lo que debería ser el resultado definitivo de la competencia establecida entre los sistemas jurídicos.

Inútil es decir que esa *Legal Origins Theory* y las consecuencias que se pretenden derivar de ella desencadenaron vigorosas críticas, referidas a todos los eslabones del razonamiento, desde el comienzo hasta el final. Lo que se critica es la metodología de los profesores que elaboraron esta teoría. Lo que nos presentan como una ciencia –se objeta–, *Law and Economics*, no lo es en realidad. Todo se basa en presupuestos discutibles. ¿Por qué pensar que la protección de los accionistas minoritarios desemboca necesariamente en mejores resultados? ¿Acaso una empresa como Bosch en Alemania, que no está cotizada en bolsa, que tiene un accionista archi-dominante, la fundación Bosch, es menos competitiva? ¿Hace una electricidad “menos buena”? ¿Es menos favorable a la economía alemana que una empresa cotizada en bolsa en el mercado estadounidense? Los criterios elegidos son dudosos, el modo de evaluar los resultados es igualmente dudoso. Sobre todo, hay un problema de causalidad. Si constatamos que un país de *common law* tiene excelentes resultados económicos, ¿estamos seguros de que es a causa del *common law*? ¿No hay otros factores? Por ejemplo el dinamismo intelectual, la creación de universidades, la investigación, etc.: elementos ajenos al derecho y que pueden ser las verdaderas causas del dinamismo económico.

La asociación Henri Capitant, una asociación de juristas civilistas franceses, se expresó contra los informes del Banco Mundial (2006).

Es muy poco habitual que esta asociación, que es una sociedad científica, tome posición como tal sobre un problema de política jurídica. Pero entendió que se estaba agrediendo al derecho francés, como por otra parte a todos los sistemas jurídicos que derivan de una u otra manera del derecho francés o, más generalmente, de la tradición romanista. Expresó las críticas que acabo de mencionar y llegó incluso aún más lejos, en el sentido del contraataque.

Afirma que se puede sostener perfectamente que el *common law* no es de ningún modo una ventaja en el plano económico, sino, por el contrario, una desventaja. Basta con adoptar otros criterios y otros ángulos de enfoque para poder mostrar, de una manera que no es ni más ni menos científica, que si los países del *common law* tienen excelentes resultados no es a causa, sino a pesar de su sistema jurídico. Veamos algunas cifras: la parte del producto interno bruto afectado a la justicia, la suma de todo lo que la gente paga en abogados, de lo que se abona a los jueces, toda la financiación del aparato judicial en los Estados Unidos representa el 2.6% del PIB. En Francia es el 0.6%, en Suiza el 0.8%, en España el 0.4%. Es decir que se trata de una relación de 1 a 5 en el costo de la justicia si se compara un país de *civil law* de Europa continental con los Estados Unidos, el sistema de *common law* de referencia. En los Estados Unidos hay 1 abogado cada 300 habitantes, en Francia 1 abogado cada 1 700 habitantes (cifra que es verdadera en evolución, en razón del aumento constante del número de abogados). De nuevo, la relación es de 1 a 5. En los Estados Unidos, se contrata cada año 1 activo de cada 10 para un proceso. En Francia, 1 de cada 300. Por consiguiente, si se considera la financiación de los conflictos y los conflictos mismos como un gasto económicamente improductivo, surge que los países del *common law* están en desventaja en relación con los países de *civil law*. Pero imagino que los *common lawyers* replicarían que, si es el mejor sistema jurídico del mundo, esos 2.6% representarían una inversión, ya que el gasto hecho para el trabajo judicial sirve para financiar el sistema que, según pruebas científicas, sería el más exitoso en el plano económico.

Este debate me interesa mucho y, en cierta forma, me divierte, porque la corriente *Law and Economics*, que pretende ser rigurosamente científica ya que está fundada no en la ciencia del derecho sino en la

ciencia económica, en la evaluación del derecho por la ciencia económica (no hay un premio Nobel del derecho pero hay un premio Nobel de economía; un falso premio Nobel en realidad, creado por el Banco de Suecia y no por el comité Nobel, pero sí una afirmación de la pretensión del economismo a la cientificidad), esa corriente *Law and Economics* de hecho implica un culturalismo. Luego de numerosas ecuaciones fundadas en estadísticas, confrontaciones, correlaciones, etc., se llega a lo que en otros tiempos se habría llamado el *genio*. Hay un genio nacional, hay un genio alemán, hay un genio francés, hay un genio del *common law*. ¿Qué es el *legal origin*? O bien sigue siendo un misterio, y efectivamente es el genio del *common law*: no podemos sino inclinarnos ante ese genio. O bien hay que deducir que la exploración de los orígenes jurídicos es de competencia del historiador. Así que yo, historiador, sería el más calificado para tratarlo —a menos, obviamente, que el sistema sólo haya sido elaborado para que no nos preocupemos y que dicho origen siga perteneciendo al orden del misterio. Evidentemente, los autores de la *Legal Origins Theory* no eran historiadores acreditados, es lo menos que se puede decir. Llegan a definir el *common law* como una “herencia colonial”. Que sea para los Estados Unidos una herencia colonial, de acuerdo, pero que ocurra lo mismo en Inglaterra, permítanme que lo dude. Es la propia cultura de los ingleses (se podría pensar para el caso en la herencia colonial de los normandos, pero seguramente no es en lo que pensaban los autores de la teoría). En lo que a mí respecta, puedo proponer una explicación de dicho genio, que hace que los estadounidenses gasten, para cultivarlo, cinco veces más de lo que gasta un país mediano de Europa. La explicación que voy a proponer va más allá de lo que he escrito en mi libro (2014a). En este libro comienzo a evocar estas cuestiones en el último capítulo. La idea que esbozo allí es que el *common law* tiene algo más que los otros sistemas jurídicos. Es también una especie de religión. El culto que se le profesa incluye un elemento religioso.

Ese elemento religioso lo desarrollé en ocasión de la sesión precedente,⁸ es el lado sacramental del ritual judicial. La eucaristía ha sido el rito central de todas las poblaciones cristianas desde el Medioe-

⁸ N. del E.: el autor se refiere a la sesión anterior (esto es, la del 22 de octubre de 2014) del seminario sobre su libro efectuado en el ITAM.

vo. Por supuesto, es el rito primero y todos los otros ritos están pensados con relación a él. Es el rito eficaz por excelencia, es la palabra humana que crea la presencia de Dios. No se puede tener una palabra más eficaz que ésta. Yo presenté la tesis de que ese ritual eucarístico provee el paradigma a la producción de la verdad judicial en el *common law*. Porque el *common law* continúa a su manera, simplemente habiendo reemplazado el juicio de Dios por el jurado, la producción de una verdad judicial que es una verdad de tipo sacramental, que es una verdad del deber ser.

He presentado también la idea de que el ritual judicial conoce una promoción espectacular a partir del siglo XVI, porque a partir del siglo XVI la eucaristía se diluye en Inglaterra. El dogma de la presencia real es recusado por la Iglesia anglicana en etapas sucesivas. Es la reforma inglesa, que alcanza su última fase en 1570. Los desarrollos teológicos son complejos, pero de ahí resulta que la Iglesia inglesa ya no sigue el dogma de la presencia real, como todas las otras corrientes del protestantismo, que tampoco lo siguen. El culto que se reorganiza implica una cena con una especie de comunión, pero que ya no realiza la presencia efectiva de Cristo. De ahí que el rito judicial sea el único que conserva el paradigma sacramental en una sociedad en la que todo está desacramentalizado. Si se quiere, en el mundo católico la Iglesia desacramentalizó completamente el procedimiento, pero conservó por supuesto el carácter sacramental de la eucaristía, el carácter sacramental de la misa. En Inglaterra ocurrió exactamente lo contrario: la reforma desacramentalizó el ritual del culto, pero la justicia conservó el paradigma sacramental. Lo interesante es que en ningún momento el ritual judicial inglés estuvo comprometido por las diferentes reformas del protestantismo. Se confiscaron los bienes de las congregaciones, se retiraron las imágenes, pero había en los locales judiciales, en los *Inns of Court*, una serie de representaciones de santos y allí permanecieron. Nunca se tocó en nada el *decorum* de los jueces ingleses en el siglo XVI. Lo que afirmo, es que en países de *common law* la judicatura es lo que he llamado una Iglesia en el Estado. Es un órgano del Estado, pero es un órgano del Estado que se comporta en realidad como una Iglesia. Pero atención, se trata de una iglesia sin dogma. Y es eso lo que provoca la fractura con el continente europeo. No hay verdaderamente un

dogma, pero hay una liturgia, hay un rito, el rito que lleva a la producción de la verdad. El rito es la confrontación ante la justicia del bien y del mal, con un final que es la producción de la verdad la cual, según se espera, será la victoria del bien. Y en esta Iglesia los jueces son los sacerdotes, sacerdotes que son los ministros del ritual y que administran esa confrontación entre el bien y el mal, y finalmente el desenlace.

Creo que ese lado religioso del rito judicial está en relación con el hiperconsumo del servicio judicial, la judicialización excesiva de los Estados Unidos.

Diré aún más, y es que cuando se afirma que los ciudadanos de los Estados Unidos gastan el 2.6 % del PIB en el servicio de la justicia, ese gasto está aún sub-evaluado. Me refiero aquí a un sociólogo francés que sin duda no es lo suficientemente conocido: Philippe d'Iribarne. Lo pongo al nivel de los más grandes sociólogos franceses de fines del siglo XX. D'Iribarne no es jurista, es un sociólogo de la empresa. Ha trabajado sobre lo que se llama el *management* intercultural (d'Iribarne, 1989). Estudiaba el funcionamiento de fábricas que pertenecían al mismo grupo, instaladas unas en los Estados Unidos, otras en Francia, otras en los Países Bajos. Es una sociología que no tiene nada de desinteresada: los dirigentes se han dado cuenta que administrar una fábrica en los Estados Unidos y administrar una fábrica en Francia son cosas totalmente diferentes. No hay que actuar de la misma manera si se quiere ser eficaz. Y esto es precisamente lo que interesa a estos especialistas del *management* intercultural, quienes terminan así accediendo a lo más profundo de la cultura, la sensibilidad.

Ahora bien, ¿qué observaba d'Iribarne? Observaba que en Francia, cuando aparece un conflicto –por ejemplo un capataz le da órdenes a un obrero que opta por no obedecer o que comete una falta–, se evita en lo posible formalizarlo, expresarlo, y se trata de resolverlo de manera informal. El resultado es que, o todo se arregla con *une bonne engueulade* –una buena discusión de hombre a hombre entre las dos personas–, o bien las tensiones van a durar y se van a envenenar hasta desembocar en un conflicto colectivo. Entonces se da la huelga a la francesa, la hermosa huelga a la francesa absolutamente simbólica, que se presenta como un rasgo distintivo de la cultura nacional. Los

franceses siempre hacen huelga, como sabemos. Si vamos a los Estados Unidos es todo lo contrario. En cuanto aparece el conflicto, inmediatamente hay que formalizarlo, hay que dar explicaciones y someter el diferendo a una instancia superior. Es el procedimiento llamado de *grievance* que está prácticamente institucionalizado en todas las empresas e incluso en los servicios públicos, las universidades, etc. Ahora bien, cuando vemos el modo en que se trata el conflicto, nos damos cuenta de que el procedimiento es un calco del proceso de *common law*: las etapas, la formalización de las pretensiones contrarias, la manera de conducirlo. Evidentemente, no hay un jurado, pero la sombra del jurado está siempre presente: todo ocurre como si se prepararan para un *trial by jury* (lo cual por otra parte se produce también en los procedimientos judiciales propiamente dichos, que terminan en casi el 99% de los casos con una transacción, sin que se pase a la etapa final del *trial*). Al fin y al cabo, concluye d'Iribarne, se gasta en todo esto un tiempo y una energía considerables. No es seguro que la huelga francesa cueste más para la economía francesa que la gestión interna de conflictos por parte de las empresas estadounidenses. En una palabra, asistimos a una especie de clonación, una difusión del *common law* por mimetismo, de la escena judicial hacia la empresa. Lo que se difunde es el procedimiento, la manera de plantear el problema. No es, evidentemente, una norma de derecho material. Y en el fondo, la sociedad estadounidense es una sociedad en la que todos parecen imitar los ritos judiciales del *common law*, desde la escena judicial, pasando por la empresa, la escuela... y hasta el cine y las series televisivas, que son hoy, cada cual puede verlo, uno de los vectores más poderosos del ritual.

Me atrevería a decir que el proceso de difusión es un poco el mismo que el de la liturgia carolingia. Es decir que funciona por imitación. Hay una atracción de tipo religioso, de tipo magnético, de tipo mágico, que era ejercida por la liturgia carolingia del juicio de Dios y que explica que haya tenido éxito. Hay –lo enuncio como una hipótesis de trabajo que exigiría muy numerosas verificaciones– una atracción de tipo mágico ejercida por el ritual judicial en los Estados Unidos. Es la hipótesis con la que finalizo mi libro (2014a) y con la cual voy a terminar este seminario: los sistemas jurídicos son quizás de la competen-

cia de los juristas y de los teóricos del derecho, pero creo que hay que introducir también la sociología en la comprensión del fenómeno “derecho”. Cuando un francés piensa en su sistema jurídico y cuando un estadounidense hace otro tanto, están pensando en cosas completamente distintas. Tengo la impresión de que si no se introduce esta dimensión sociológica en el abordaje de las cuestiones corremos el riesgo de caminar en círculo durante mucho tiempo. Dicho esto, ¿triunfará la ideología de la superioridad del sistema estadounidense? Lo dudo mucho; incluso diría, si llevase el debate hasta las últimas consecuencias, que existe lo que llamaría contra-corrientes. Podemos preguntarnos si por el momento, en esta especie de batalla entre culturas jurídicas, el *common law* no está perdiendo terreno en ciertos lugares. Tenemos la impresión de que lo gana y mucho en algunas partes, pero podría ser que lo pierda en otras, y curiosamente el país en el que corre el mayor riesgo de retroceder es precisamente Inglaterra, en donde por el momento se ve muy amenazado por algunas de las recientes reformas; es un tema que no está cerrado.

Aquí termino; iba a abordar un segundo punto: “hispanidad y cultura jurídica” pero lo que debería decir es mucho más breve, y de todos modos dista mucho de lo que acabo de exponer ahora. Así pues, lo que les propongo es abrir la discusión.

Referencias bibliográficas

- Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, 2006: *Les droits de tradition civiliste en question. A propos des rapports Doing Business de la Banque mondiale*. Paris, Ed. Société de législation comparée.
- Baker, John, 2001: *The Law's Two Bodies. Some Evidential Problems in English Legal History*. New York, Oxford University Press.
- Berman, Harold, 1983: *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- Braillon, Charlotte, 2010: “Aux origines du lien entre sujet et souverain dans les pays de *common law*: le report du juge Edward Coke sur le *Calvin's Case* (1608)”. *Revue Historique de Droit français et étranger*, pp. 397-422.

- Debruche, Anne-Françoise, 2015: “La tradition romaniste, une espèce menacée? Libre propos sur le mythe du droit civil inutile et abstrait”. *Les Cahiers de Droit*, núm. 56, pp. 3-33.
- D’Iribarne, Philippe, 1989: *La logique de l’honneur. Gestion des entreprises et traditions nationales*. Paris, Le Seuil.
- François, Lucien, 2012 [2001]: *Le Cap des Tempêtes. Essai de microscopie du droit*, 2a. ed. Bruselas, Bruylant-LGDJ.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus, 1961: *The Concept of Law*. Oxford, Oxford University Press. Citado por la traducción francesa de Michel van De Kerchove: *Le concept du droit*. Bruselas, Facultés Universitaires Saint Louis, 2005.
- Jacob, Robert, 2014a: *La grâce des juges. L’institution judiciaire et le sacré en occident*. Paris, Presses Universitaires de France.
- _____, 2014b: “Le juge entre le souverain et l’opinion. Notes pour une histoire comparée de la construction de l’espace public”, en P. Bastien, D. Fyson, J.-Ph. Garneau y T. Nootens (eds.), *Justice et espaces publics en Occident du Moyen Age à nos jours. Pouvoirs, publicité et citoyenneté*. Québec, Presses de l’Université de Québec, pp. 37-57.
- Kantorowicz, Ernest Hartwig, 1957: *The King’s Two Bodies. A Study in Medieval Political Theology*. Princeton, NJ y Chichester, West Sussex, Princeton University Press.
- Merryman, John Henry, 1975: “Legal Education Here and There: a Comparison”. *Stanford Law Review*, vol. 27, núm. 3, pp. 859-878.
- Simpson, Alfred William Brian, 1987: *Legal Theory and Legal History. Essays on the Common Law*. London, Hambledon Press.
- Vandenbulke, Antoine, 2016: “La Legal Origins Theory: droit, économie et idéologie”. *Revue de Droit Economique* (en prensa).

Recepción: 17/11/2015

Revisión: 03/02/2016

Aceptación: 14/03/2016