







ISSN 2618-4893

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
Instituto de Derecho Comparado "Dr. Enrique Martínez Paz"

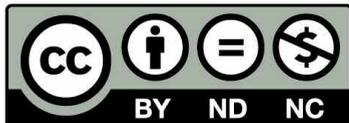
CUADERNO DE DERECHO COMPARADO

TOMO IV - 2021

JOSÉ DANIEL CESANO
DIRECTOR

ARTIGAS 74 (5000) - CORDOBA
REPUBLICA ARGENTINA

 EDITORES
FONDO EDITORIAL



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional

Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos aquí incluidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista de la Editorial, la institución, el Director ni del Comité Editorial.

IJ International Legal Group

Dirección y correspondencia: Lavalle 1115 - PB,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

CP: 1048

TE: +54 011 5276-8001

Índice

Observaciones críticas a la tesis comparatista y metodológica de Kai Ambos

JUAN PABLO CASTILLO MORALES.....9

Comparatismo, historia jurídica y circulación de ideas: Una exploración inicial

JOSÉ DANIEL CESANO.....25

Una matriz teórico-analítica para el estudio comparado de marcos regulatorios

El caso del ordenamiento territorial en América del Sur

LEONOR SELENA GIMELFARB.....45

Alle frontiere dello stato costituzionale

Innovazione tecnologica e intelligenza artificiale

TANIA GROPPI.....69

La comparación en el Derecho del Trabajo. Valores que se omiten

MARÍA DEL CARMEN PIÑA.....85

Reflexiones sobre el derecho comparado y los estilos jurídicos

ROXANA SOTOMARINO CÁCERES.....105



STAFF

Instituto De Derecho Comparado "Dr. Enrique Martínez Paz"

Director

JOSÉ DANIEL CESANO

Secretario del Instituto

DIEGO PERETTI AVILA

Secretario de Redacción

CHRISTIAN G. SOMMER

Comité Científico

ADRIANA S. DREYZIN

THOMAS DUVE

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT

CARLOS JULIO LASCANO

HORACIO ROITMAN

MARCELO URBANO SALERNO

Miembros Titulares del Instituto

DRA. MARÍA DEL C. PIÑA

DR. CHRISTIAN G. SOMMER

DRA. CAROLINA PRADO

DR. DIEGO PERETTI ÁVILA

AB. FERNANDO MIGUEL COMUÑEZ

ESP. GUILLERMO FUNES

AB. ANDRÈS ALVERONI

AB. LEONOR GIMELFARB

AB. MATÍAS MANUEL MANSILLA

GUSTAVO ALBERTO AROCENA

LEONOR GRIMELFARB MARCELINO

D. BARRERA LIBERANI

CAROLINA FERNANDA CARRANZA

ANA LOMBARDI

Miembros Correspondientes del Instituto

DR. IGNACIO AYMERICH OJEA (VALENCIA)

DR. JOHN CARTWRIGHT (OXFORD)

DR. MASSIMO DONINI (MODENA E REGGIO EMILIA)

DR. LUCIO PEGORARO (BOLONIA)

DR. ALESSANDRO SOMMA (FERRARA)

DR. SANTIAGO MUÑOZ MACHADO (MADRID)

DR. GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO (MADRID)

DRA. VALENTINA FAGGIANI (GRANADA)

DR. GIANMARIA AJANI (TURIN)

DRA. ESTHER ARROYO AMAYUELAS (BARCELONA)

Observaciones críticas a la tesis comparatista y metodológica de Kai Ambos

DR. JUAN PABLO CASTILLO MORALES*

La presente contribución busca analizar críticamente algunas de las reflexiones que el profesor Kai Ambos ha desarrollado recientemente en el campo de la metodología y comparación jurídico-penal¹. En ella pretendo abordar parte de esas reflexiones empleando como eje la experiencia *no alemana*, con el propósito general de ratificar o relativizar ciertas afirmaciones o diagnósticos contenidos en los trabajos analizados. Estimo oportuno un intento crítico de este tenor porque la obra de Ambos en este terreno puede calificarse sin mayores dificultades como una contribución que contiene elementos a los que el investigador jurídico moderno ha de necesariamente atenerse si aspira a que su obra presente determinadas características. Sintéticamente dicho, se trata un provocador aporte deontológico cuyo principal valor estriba en plantear un problema -el de los métodos de investigación y enseñanza- que el penalista suele omitir con éxito. Su planteamiento, en fin, se vuelve doblemente valioso y provocador si, además, se repara que Ambos emplea como destinatario de la crítica a su propio círculo científico de origen.

* *Doctor en Derecho, Università degli Studi di Trento (Italia). Profesor de Derecho penal, Universidad Católica del Norte (Antofagasta). La presente contribución tiene su origen en una reflexión de mayor extensión recientemente publicada. Véase, en efecto, CASTILLO, "Metodología y comparación jurídica en el Derecho penal. La incidencia del Derecho comparado en la estructura de la dogmática jurídico-penal", en Revista de Derecho (Concepción), N° 246, 2019, 13-47 y con versión en italiano: "Metodologia e comparazione giuridica nel diritto penale. L'incidenza del diritto comparato sulla struttura della dogmatica giuridico-penale", en Diritto penale del XXI secolo, N° 2, 2020, pp. 219 y ss.*

¹ Específicamente, me ocuparé de analizar dos trabajos relativamente recientes: "Estado y futuro del Derecho Penal Comparado", en *Revista penal*, 2018, N° 41, pp. 5-26; y *El futuro de la ciencia jurídico penal alemana. Apertura y método discursivo en lugar de provincialismo presuntuoso*, Traducción y comentario de G. Cote Barco y Prólogo y Epílogo de D. Pastor, Editorial Temis, Bogotá, 2016.

Si la formulación de preguntas metodológicas por parte de quienes se dedican a la investigación y enseñanza de cualquiera de las ramas del Derecho suele ser secundaria, el diagnóstico deviene aún más preocupante tratándose de quienes cultivamos la acotada parcela del Derecho penal². Pues una cosa es que buena parte de la producción reciente tenga «enfoque comparativo» -como constata ambos, refiriéndose a tesis doctorales y colecciones de prestigiosas editoriales-³, y otra muy distinta es que unas y otras sean en sí mismas un ejercicio de autorreflexión en torno a las razones de esa específica decisión metodológica. Por el contrario, prueba elocuente de la ausencia de dicha reflexión es el progresivo empobrecimiento que ha experimentado lo que, en obras generales de nuestra disciplina, se denomina «Introducción», terreno al que pertenece la cuestión del método⁴. Es muy probable que la causa de dicha actitud estribe en que la metodología -y otro tanto cabría decir respecto de la delimitación, naturaleza, relación con otras ramas del Derecho, progresión histórica y fundamentación filosófica del Derecho penal- no forma parte del ordenamiento positivo. Una explicación de este tenor, sin embargo, está lejos de ser complaciente, pues develaría que el jurista está más cerca de ser un administrador o custodio diligente de un patrimonio de conocimientos inmutables, que un *cultor* del Derecho. En lo que atañe, en particular, a la comparación jurídica, la alusión en los manuales chilenos es prácticamente inexistente; referencias a la cuestión escasean tanto en aquellos que efectivamente contienen una «Introducción», como en las obras que abordan con mediana detención el concepto y los cometidos de la Dogmática jurídico-penal o -ya en la teoría general de la ley penal- el problema de la interpretación de la ley punitiva⁵. Idéntica situación es posible reconocer en los manuales italianos⁶, cuya doctrina, sin embargo, sí se ha

² Así ya LAPLAZA, «Orígenes y preterición del Derecho penal comparado», en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964, p. 521. En la producción en castellano sobre el tema no es posible afirmar que el diagnóstico de Laplaza haya variado significativamente hasta nuestros días.

³ AMBOS, «Estado y futuro», cit., pp. 24-25.

⁴ Más optimista al respecto, en cambio, DONINI, «I due paradigmi fondamentali della comparazione penalistica», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, Año LXIII, Fasc. 2, 2020, pp. 467-468.

⁵ Una excepción, aunque meramente referencial, se encuentra en CURY, *Derecho penal. Parte general*, 11ª ed., revisada, actualizada y con notas de C. Feller y M. E. Santibáñez, Santiago, Ediciones de la Universidad Católica de Chile, 2020, pp. 175-174.

⁶ A excepción, tal vez, de MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 9ª ed., Cedam, Padova, 2016, pp. 31-38 y PULITANÒ, *Diritto penale*, 6ª ed., Giappichelli, Torino, 2015, pp. 9-13.

mostrado particularmente sensible al problema del método y, en lo específico, al argumento de la comparación jurídica⁷. Tampoco, por otro lado, sería históricamente correcto atribuir esta desatención al hecho que el positivismo criminológico -*movimiento* que puso la cuestión del método en primerísimo plano⁸- constituya hoy una corriente de pensamiento obsoleta, ya que si bien el problema del método ingresó con propiedad al catálogo de materias propias de la Filosofía jurídica, lo hizo desde un inicio subordinado y determinado por el tema de la esencia y naturaleza del Derecho, no planteándose nunca como una cuestión aparte y de primer orden.

Muy por el contrario, el presupuesto de la comparación jurídica -el cual, por lo demás, se reconoce indistintamente en sus instrumentos de enseñanza- consiste en lo que ha sido denominado «punto de vista externo»: es inherente a ella que la consabida cuestión del objeto de estudio esté permanentemente presente y que la pregunta en torno a la finalidad que persigue la comparación condicione continuamente cada conclusión⁹. Eso explica que sean los propios comparatistas quienes se apresuren en aclarar que, incluso abierta la cuestión de su estatus epistemológico -¿método o ciencia?¹⁰-, el Derecho comparado no puede ser degradado a una mera *lectura codicis*, es decir, a una simple descripción del Derecho extranjero¹¹. Dejando de lado que, efectivamente, la polémica

⁷ Sin ir más lejos, el propio *Codice Zanardelli*, primer código de la península unificada, es sin duda hijo de la comparación. Para una completísima historia de la comparación en Italia véase el estudio de CADOPPI, “Cento anni di diritto penale comparato in Italia”, en *Tra storia e comparazione. Studi di diritto penale comparato*, Cedam, Padova, 2014, pp. 63 y ss.

⁸ Lo que constituye una notable curiosidad histórica, dado el carácter declaradamente antifilosófico y antimetafísico del positivismo, como destaca RIVACOBBA, *Elementos de Criminología*, Edeval, Valparaíso, 1982, p. 258.

⁹ SOMMA, *A chi servono i comparatisti? Diritto comparato, postdiritto e ruolo della comparazione*, disponible en www.comparazionedirittocivile.it [fecha de consulta: 19 de enero de 2020].

¹⁰ Esta es, en efecto, la polémica abierta más importante, a saber: si la comparación debe ser vista como una *ciencia descriptivo-recognitiva* o como *método instrumental e integrante de la interpretación, la praxis, la dogmática/teoría general, los proyectos de reforma y la legislación*. Así, DONINI, “I due paradigmi”, cit., p. 470.

¹¹ Como constatan ya, entre otros, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal. Tomo I*, 4ª ed., actualizada, Losada, Buenos Aires, 1977, p. 685 y FERNÁNDEZ, “Aportación al estudio comparado de los sistemas penales europeos”, en *Anuario de Ciencias penales*, tomo XIX, Fascículo I, 1966, pp. 40-41, para quien la aproximación a la legislación extranjera es sólo el «paso previo» a la genuina comparación jurídica, cuya complejidad la convierte siempre en una investigación «sociológico-jurídica». Tristes ejemplos latinoamericanos

en torno al alcance que se termine atribuyendo a la comparación reproduce en buena medida el problema iusfilosófico del siglo pasado -la relación hecho-valor o ser-deber-, la mirada del comparatista es la de quien, más que el Derecho, indaga la experiencia jurídica tanto en su dimensión empírica como en su esencia de práctica discursiva. Dicho en otros términos, la de quien se rehúsa a estudiar las normas en sí, abstraídas de la realidad en que se encuentran insertas, prescindiendo del complejo de valores, principios y exigencias que, reconocidos por el Estado, fundamentan (que no suplantán) el orden jurídico¹². Una vez que la comparación exige pronunciarse sobre el sistema jurídico en general y/o el proceso, la comparación meramente descriptiva se vuelve impracticable. La mera confrontación de leyes carece de profundidad, pues ésta nunca es el *dictum* legislativo, sino un resultado complejo compuesto de interpretación, jurisprudencia, casos, principios supralegales, proceso, *formantes* e instituciones jurídicas que codefinen el Derecho¹³.

La ambiciosa tarea del comparatista, al demandar una aproximación al Derecho que vaya más allá de la exégesis, reclama -precisamente por ello- de un escenario político específico. No es posible hacer comparación en los términos arriba descritos bajo el manto de una concepción autoritaria del Derecho. Por eso no exageran quienes atribuyen un carácter «subversivo» a la comparación cuando se presenta en términos crítico-constructivos. El tardío desarrollo de la comparación jurídico-penal italiana es probablemente el ejemplo más paladino de lo sostenido¹⁴. No es casualidad, en efecto, que ésta sólo haya podido irrumpir luego que el diálogo hermenéutico entre el Código penal de 1930 y la Constitución republicana de 1948 -que no tuvo como prioridad el desarrollo de los es-

de «Derecho comparado de gabinete» fueron hace décadas denunciados por LÓPEZ-REY, “Criterios y perspectivas de la codificación penal”, en *Revista de Derecho penal y Criminología* (Buenos Aires), N° 11, 2012, p. 239.

¹² RIVACOBA, “¿Una nueva disciplina jurídica? El pretendido «Derecho de menores»”, en *Revista Universidad*, Universidad Nacional del Litoral, N° 51, 1962, p. 267. Contradictorio, sin embargo, en p. 272, cuando afirma que el Derecho comparado «trabaja únicamente con normas, no con teorías, principios o métodos científicos». Con referencia específica ya no al problema de la comparación, sino al concepto mismo de Derecho al interior de la tradición neokantiana de Baden, véase RIVACOBA, “El Derecho y su estudio”, en *Violencia y justicia. Textos escogidos por sus alumnos*, 2ª ed., Ediciones de la Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 2012, pp. 134 y 135.

¹³ Así, recientemente, DONINI, “I due paradigmi”, cit., pp. 479-480.

¹⁴ Para una más detallada descripción del caso italiano véase CASTILLO, “Metodología y comparación jurídica”, cit., pp. 19-23.

tudios comparados- agotara su rendimiento y el descrédito ideológico del tecnicismo jurídico estuvo lo suficientemente sedimentado¹⁵. A partir de 1980 una camada considerable de penalistas italianos tomó contacto con culturas, experiencias, métodos y sensibilidades diferentes, lo cual, además de caracterizar hasta hoy la producción penal de dicho país, tuvo no menores repercusiones concretas. El reconocimiento explícito de la categoría de las exculpantes en el llamado «*Progetto Pagliaro*» (un proyecto de reforma total del Código) y el reconocimiento por parte de la Corte constitucional del error de Derecho [*errore sul precetto*] fueron, precisamente, fruto de ese intercambio¹⁶.

De este modo, las virtudes del Derecho comparado quedan supeditadas a una determinada concepción del Derecho y condicionadas por un escenario político bien concreto, al cual Ambos hace indirecta alusión cuando sostiene que la perspectiva comparada contribuye a «evitar la sobrevaloración de la dogmática propia y su mundo conceptual»¹⁷. Después todo, si bien el Derecho penal comparado debe elaborarse considerando las concepciones culturales nacionales, no puede soslayar -más en general- que existen concepciones axiológicas colectivas¹⁸.

Por otra parte, aunque directamente vinculado con lo anterior, si es posible hablar de un retraso de la comparación jurídica, no es insensato atribuirlo al conservadurismo que, bajo diversos ropajes, ha acompañado desde siempre el oficio de jurista¹⁹. En el caso chileno, por ejemplo, es precisamente dicha actitud -

¹⁵ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 38, afirma que europeización del Derecho penal sirvió para aminorar ostensiblemente «el nacionalismo técnico jurídico», y que ha estimulado una extensión del habitual diálogo penal y criminológico que Italia ha históricamente sostenido con Alemania, constituyendo, en fin, un «terreno fecundo para las fuerzas más jóvenes del penalismo italiano». En un sentido análogo, CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, 7ª ed., Cedam, Padova, 2018, p. 55.

¹⁶ Cfr. FORNASARI, «Conquiste e sfide della comparazione penalistica», en *Studi in onore di Giorgio Marinucci. I. Teoria del diritto penale, criminologia e Politica-criminale*, al cuidado de E. DOLCINI y C.E. PALIERO, Giuffrè, Milano, 2006, p. 268. La tesis de Fornasari, lejos de quedar desmentida por el desarrollo que tuvo la comparación jurídica antes del advenimiento del fascismo, es efectiva precisamente por el liberalismo —«que partía de presupuestos culturales esencialmente metapositivos»— inmediatamente previo a la unificación de Italia y que se reconoce entre las líneas matrices del Código de Zanardelli de 1889 (pp. 269-270). En detalle, PALAZZO-PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Giapicchelli, Torino, 2013, pp. 14-17.

¹⁷ AMBOS, «Estado y futuro», cit., pp. 13 y 24

¹⁸ AMBOS, *El futuro*, cit., p. 27.

¹⁹ Atribuyeron a la comparación el carácter de antídoto contra el conservadurismo o

combinada, naturalmente, con el espíritu conservador de la clase política, la mentalidad insular y una suerte de orgullo gremial por cuerpos normativos que son considerados monumentos de la civilización-, la que ha impedido una reforma total al Código penal²⁰. Si se extrapola el tránsito hacia la comparación jurídica que tuvo lugar en Italia al caso chileno, es posible conjeturar que la clave para una deliberada y autoconsciente apertura metodológica esté dada por una reforma ya no del Código punitivo, sino del político, es decir, de su Constitución²¹, cuya *gramática* -al plantearse en términos de «principios»- debería tender a ser más universal y, por ende, más dada a la comparación. En la medida que el principio va más allá de la fórmula legislativa, aquél se sitúa en un grado de abstracción y generalidad en que el aporte cognoscitivo proveniente de la experiencia jurídica extranjera no sólo se ve favorecido, sino que es incluso necesario²². Por lo mismo, lleva razón Ambos cuando atribuye al estudio de los principios generales del Derecho en tanto fuente del Derecho internacional un estímulo importante para el desarrollo de la comparación jurídica²³.

A mi modo de ver, es arriesgado hablar de Derecho comparado -Ambos se refiere al «Derecho comparado evaluativo-competitivo»²⁴- si la cuestión de la valoración no se incluye entre sus elementos definitorios y, a la inversa, se la concibe sólo como una mera función. Independientemente del propósito específico que busque la comparación jurídica -orientar al legislador de la reforma o al juez-, ésta necesariamente presupone *situar* la norma, institución o problema analizado al interior de un contexto jurídico y cultural. Si el objeto determina el método

contra una especie de chauvinismo jurídico, entre otros, RODRÍGUEZ “El Derecho comparado como método de política criminal”, en *Anuario de ciencias penales*, tomo XIX, Fascículo I, 1966, p. 11 y, a principios del siglo XX, ZITELMANN, “Compiti e importanza del diritto comparato” (1900) - trad. it. (R. FAVALE)- *Rassegna di diritto civile*, 1997, pp. 716-719. Sobre el conservadurismo de los juristas chilenos, remitimos al lector a la finísima reconstrucción histórica de SQUELLA, *Filosofía del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 550 y ss., y 560.

²⁰ Así, GUZMÁN, “El codice penale cileno nel prima del tempo”, en *Codice penale della Repubblica del Cile*, al cuidado de G. FORNASARI y E. CORN, Cedam, Padova, 2013, p. XXIX.

²¹ FORNASARI-CORN, “Premessa: così lontano ma così vicino: il vecchio codice penale cileno e il diritto penale in Italia oggi”, en *Codice penale della Repubblica del Cile*, cit., pp. IX-XIII.

²² PALAZZO-PAPA, *Lezioni*, cit., p. 23; ANCEL, “Reflexiones sobre estudios de Derecho comparado”, en *Problemas actuales de las Ciencias penales y la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis Jiménez de Asúa*, Pannedille, Buenos Aires, 1970, pp. 614-615.

²³ AMBOS, “Estado y futuro”, cit., pp. 9-11. En un sentido análogo, FORNASARI, “Conquista”, cit., pp. 273-275. Recientemente, FRONZA (*et. al*), *Introduzione al diritto penale internazionale*, 4ª ed., Giappichelli, Torino, 2020, p. 73

²⁴ AMBOS, “Estado y futuro”, cit., p. 12.

y aquél no se circunscribe a la reproducción de la norma extranjera, su aproximación (el método) se ve necesariamente enriquecida. No es posible, en efecto, «tener en cuenta el contexto histórico y cultural en los que operan las instituciones jurídicas»²⁵, si antes la cuestión de la valoración es degradada a una función contingente y no elevada a núcleo de la actividad comparativa²⁶. La comparación sin valoración caracteriza lo que en Italia ha sido rotulado como «comparación con finalidad meramente cognoscitiva e informativa», que no toca el Derecho viviente -*Law in action*, para decirlo en términos hoy universales-, y por ello es inidónea para afrontar los problemas del sistema penal moderno. Su alusión en un trabajo dogmático sería mera presunción. No es casualidad, en efecto, que la reproducción del Derecho extranjero, sea descrita como una actividad que tiene muy poco que ver con la comparación «por modelos», por «por modelos históricamente contextualizados» o con la comparación que consiste en la «identificación y disección de los llamados *formantes*»²⁷. En cualquiera de estas modalidades de comparación, en sentido creciente, la valoración del contexto cultural e histórico -«los componentes prejurídicos» a los que aludía ya Nuvolone²⁸- es indispensable.

El último modelo -también conocido como «Tesis de Trento»-, por ejemplo, distingue claramente entre la verbalización de reglas y las reglas operacionales, cuya fisonomía está determinada por estos «formantes», los cuales, expresos o tácitos, se caracterizan por un elevado grado de abstracción y constituyen el producto de factores socio-culturales de carácter local²⁹. Piénsese, tan sólo, en los factores que delinear la mentalidad y las prácticas dominantes en un determinado ambiente jurídico³⁰. Es, desde otra formulación, lo que Ambos denomina «punto de vista funcional», el cual exige tener en consideración el contexto social y cultural en que operan las instituciones jurídicas específicas, principal antídoto contra la «usual implantación automática de instituciones foráneas»³¹.

Un ejemplo, a mi modo de ver, de comparación jurídico-penal que no ha tenido en primerísimo lugar lo anterior es lo que ha ocurrido a propósito de la

²⁵ AMBOS, «Estado y futuro», cit., p. 16.

²⁶ AMBOS, «Estado y futuro», cit. pp.12-13, especialmente nota 70.

²⁷ PALAZZO-PAPA, *Lezioni*, cit., pp. 36-46. Véase, en detalle, SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, UTET, Torino, 1992, pp. 43-64.

²⁸ NUVOLONE, «Il diritto comparato quale mezzo di ricerca nell'ambito della politica criminale», en *Il diritto penale degli anni settanta. Studi*, Cedam, Padova, 1982, pp. 171-175

²⁹ PALAZZO-PAPA, *Lezioni*, cit., p. 44.

³⁰ Así, entre otros, SQUELLA, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 555.

³¹ *El futuro*, cit., pp. 42-43.

discusión chilena en torno al estado de necesidad justificante. Tradicionalmente la tesis de la doctrina local consistió en asumir que el fundamento de esta causa de justificación era el llamado principio del interés preponderante. Tras la reforma que en 2010 experimentó el Código penal -que introdujo explícitamente el instituto en su versión exculpante-³², buena parte de la doctrina local, inclinada por una tendencia que comenzó a proyectarse hace décadas en Alemania³³, comenzó a adscribir, en cambio, a la tesis del principio de solidaridad, cuyo desarrollo, sin embargo, se explica por (a lo menos) dos condiciones que en Chile no se presentan. En primer lugar, una estrictamente jurídica, a saber, la inexistente distinción entre estado de necesidad justificante agresivo y defensivo -sea al interior del Código penal o a través de una versión civil del instituto-; y, en segundo término, una de carácter político, consistente en las buenas razones que asisten para excluir el carácter solidario del Estado chileno que permitan, a su vez, insinuar que la exigencia de inactividad del tercero inocente responda a algo así como un deber de solidaridad al que estaríamos obligados a favor del prójimo. Además de prescindir de estas consideraciones, una explicación de este tenor deviene todavía más forzada, pues soslaya un dato tan cierto como desolador, esto es, la supresión por parte de la dictadura pinochetista de «todo vestigio de fraternidad entre los chilenos» y la exitosa instauración a nivel de relaciones sociales «no tanto [de] la mentalidad unidimensional del *homo oeconomicus* (...), sino el oportunismo de las aves de rapiña»³⁴. Muy en la línea de

³² Para una revisión de la discusión local en torno a la naturaleza jurídica del nuevo precepto, véase, *in extenso*, CASTILLO, “El estado de necesidad del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa”, en *Polít. crim.* Vol. 11, N° 22, pp. 340-367.

³³ La tesis, naturalmente, ha sido fruto de desarrollos ulteriores mucho más finos y acabados (pienso, por ejemplo, en las monografías de Renzikowski y Pawlik), pero un primer antecedente es posible reconocerlo ya en HEINITZ, *Das problem der materiellen Rechtswidrigkeit*, Keip, Breslavia (reimpresión de 1977), 1926, pp. 37-38.

³⁴ Así, GUZMÁN, “Las concepciones filosófico-jurídicas de Eduardo Novoa Monreal”, en *Derecho y cambio social. Estudios críticos en homenaje a Eduardo Novoa Monreal*, al cuidado de K. AMBOS y J. L. GUZMÁN, Der-Edeval, Santiago, 2018, p. 156, nota 43. Un notable y excepcional ejercicio de análisis comparado del estado de necesidad justificante alemán desde la perspectiva jurídica y cultural italiana, se encuentra en GIULIANI, *Doveri di soccorso e stato di necessità*, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 95 y ss. Véase, asimismo, la interesante explicación de la incidencia del factor cultural en la jurisprudencia alemana en materia de justificantes, en FORNASARI, “Diritto giurisprudenziale e cause di giustificazione nell’esperienza tedesca”, en *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, al cuidado de G. FIANDACA, Cedam, Padova, 1997, pp. 21-54.

Ambos³⁵, el ejemplo recién mencionado es una buena muestra del valor axiológico -por oposición a «instrumental»- que puede tener el Derecho comparado.

Afirmar, por lo tanto, que la comparación presupone la valoración, conduce a preguntarnos, en definitiva, cuán distinto es el concepto y estatus epistemológico del Derecho comparado frente al concepto y estatus epistemológico de la Dogmática jurídico-penal³⁶, pues si se adscribe a la tesis conforme a la cual la Política-criminal no es más que el aspecto crítico y momento dinámico de aquella -que evita que mute en dogmatismo o exégesis-, la Dogmática es por definición valorativa, más allá de si, en el caso concreto, se ha tenido que recurrir a la experiencia jurídica extranjera para desatar un nudo u orientar una respuesta. Si la Dogmática jurídico-penal se concibe como la reconstrucción científica de un ordenamiento punitivo dado, cuya tarea consiste en elaborar las construcciones respectivas de las diferentes instituciones que *hic et nunc* integran ese Derecho y edificar un sistema coherente y acabado de conceptos que se corresponda fielmente con él, la reflexión en torno a lo que sobre una norma, institución o problema específico se ha sostenido en el extranjero bien puede ser considerado (sólo) un importante *recurso* argumentativo, un método, es decir, un acto intelectual con el que se conoce un objeto³⁷. Pues, no obstante el hecho que la Dogmática jurídico-penal sea una proyección acotada de una Ciencia cultural, aquella lo es siempre y únicamente de este o aquel ordenamiento, no siendo factible trasladar y aplicar sin más los conocimientos sobre uno concreto a otro diverso. Ese traslado y aplicación ha de llevarse a cabo, en consecuencia, teniendo muy en cuenta las peculiaridades que singularizan cada ordenamiento y lo distinguen de los demás³⁸. Y el método comparativo, a su vez, puede acompañar a la Dogmática jurídico-penal cualquiera sea el enfoque -histórico, filosófico, científico y crítico- que adopte al afrontar un problema determinado. Para sintetizarlo en una frase: la comparación es siempre valorativa, pero tiene presencia contingente en la actividad dogmática.

³⁵ AMBOS, “Estado y futuro”, cit., pp. 22 y 23.

³⁶ Advierte esta conexión, aunque atribuyó autonomía científica al Derecho comparado, RADBRUCH, *Sul metodo comparativo* (trad. R. FAVALE), en *Rassegna di diritto civile*, n° 2, 1997, p 480. Sobre el pensamiento de Radbruch en materia de Derecho comparado, véase, recientemente, DONINI, “I due paradigmi”, cit., pp. 481-483.

³⁷ Así, precisamente, AMBOS, “Estado y futuro”, cit., p. 23, y nota 159.

³⁸ Cfr. RIVACOBA, *Elementos*, cit., pp. 38, 41, 257 y 263.

La definición esgrimida de la Dogmática jurídico-penal y el lugar que en ella ocupa el método comparativo, nos invita, más bien, a ser cautos a la hora de declarar la muerte de aquélla para abrirnos a un Derecho penal orientado al análisis y estudio de casos³⁹. El problema pasa, en primer lugar, por una redefinición de la Dogmática que, no desprendiéndose de su proceder deductivo y teleológico⁴⁰, se sacuda de la permanente amenaza conceptualista, cuyo rígido formalismo le impide apreciar que su destinatario y razón de ser es el hombre o mujer que espera el veredicto del juez⁴¹. En segundo lugar, por la necesidad de derribar el mito de la autosuficiencia de la Dogmática. Si el Derecho es un producto humano y, por ende, imperfecto, imperfectas han de ser también sus herramientas. Un ejemplo está representado por las limitaciones que, de tanto en tanto, exhibe el método sistemático de interpretación, que al proceder combinando, concordando y relacionando una norma con otra, asume que el Derecho sería una vasta unidad, una especie de organismo natural perfectamente coherente. Por eso cobra particular valor la insistencia de Ambos en la adopción del enfoque interdisciplinario⁴². Por ejemplo: si la evidencia proveniente de la Psicología del desarrollo nos decía categóricamente que los adolescentes, por su estructura psicológica, no suelen delinquir solos ¿acaso no resulta insensata la aplicación de la agravante de prevista en el actual art. 449 *bis* CP?⁴³; ¿no dice nada para la discusión (dogmática) en torno al carácter objetivo o subjetivo de la agravante de cometer el delito con ocasión de calamidad o desgracia -y, en lo específico, para la cuestión de si es una circunstancia comunicable o no- que su Criminología de cuenta que una pluralidad de personas, incluso muchedumbres

³⁹ Así, AMBOS, “Estado y futuro”, cit., p. 19 y ss.; críticos, DONINI, “La situazione spirituale della ricerca giuridica scientifica”, *Cassazione Penale*, 2016, Vol. 56, N° 5, p. 1871; CASTILLO, “Metodología y comparación”, cit., pp. 41-42.

⁴⁰ Por todos, PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 10.

⁴¹ Así, entre otros, CAVALIERE, “Paternalismo, diritto e principi costituzionali: profili di teoria generale”, en *i-lex*, 20, 2013, pp. 427-428; BETTIOL, “Indirizzi metodici nelle scienze del diritto penale”, en *Scritti giuridici*, t. I, Cedam, Padova, 1966, p. 719.

⁴² AMBOS, “Estado y futuro”, cit., p. 19.

⁴³ Regulada a propósito de ciertos delitos contra la propiedad y que para la comodidad del lector transcribimos: Art. 449 *bis*. “Será circunstancia agravante de los delitos contemplados en los Párrafos 1, 2, 3, 4 y 4 bis de este Título, y del descrito en el artículo 456 bis A, el hecho de que el imputado haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dichos hechos punibles, siempre que ésta o aquélla no constituyere una asociación ilícita de que trata el Párrafo 10 del Título VI del Libro Segundo”.

criminales, suelen ser el sujeto activo, lo cual la vuelve incompatible con la coautoría y la complicidad?⁴⁴. Obviamente, la configuración de las condiciones mencionadas no es para nada sencilla, pues implica asumir las propias limitaciones intelectuales y reconocer la pedantería con la que muchas veces el dogmático se dirige a las disciplinas empíricas. Ambos advierte lo anterior con suma claridad⁴⁵ y es reconfortante que se trate de una cuestión sobre la que se está cada vez más consciente: así, por ejemplo, una importante voz del Derecho penal italiano -que pertenece a una generación ya madura- afirma que el método de la Ciencia penal no puede ser sino el «método científico moderno», el cual, de forma pluridimensional y exento de dogmatismos y apriorismos, indaga por medio de distintas aproximaciones científicas una realidad articulada, es decir, a través de aproximaciones parciales que, cada una con su propio objeto y método, precisan de integraciones interdisciplinarias, volviéndolas -Dogmática incluida- conscientes de la relatividad de las propias conquistas y de su perenne carácter problemático⁴⁶.

Sobre el impacto mundial de la Dogmática alemana -desarrollado documentadamente en *El futuro de la ciencia jurídico penal alemana*- Ambos sostiene un diagnóstico injustificadamente pesimista. Allí afirma que «[...] el Derecho Penal alemán es ampliamente ignorado en el exterior y a nivel supranacional» y que [la] «influencia del Derecho Penal alemán únicamente se puede constatar

⁴⁴ Véase, recientemente, sobre esta pareja de ejemplos: CASTRO, “Hallazgos de la neurociencia sobre la maduración del cerebro de los adolescentes: repercusiones para el derecho penal juvenil”, en *La justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga*, N. Acevedo, R. Collado y J.P. Mañalich (Coords.), Thomson Reuters, Santiago, 2020, pp. 563 y ss.; y GUZMÁN, “La circunstancia agravante de cometer un delito con ocasión de calamidad o desgracia”, en *Circunstancias atenuantes y agravantes en el Código penal chileno*, M.A. González (Coord.), Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2020, p. 259.

⁴⁵ Así, asertivamente, AMBOS, *El futuro*, cit., p. 14 a propósito del desdén de la Dogmática alemana hacia la Política criminal y al (supuestamente) inexistente discurso dogmático anglosajón. Véase, asimismo, p. 38, a propósito de la necesidad de que las categorías dogmáticas estén criminológicamente validadas.

⁴⁶ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 35 y 36, donde afirma que los estudios histórico-comparados son insustituibles, pues «fuera de la historia y de la comparación no hay auténtica “cultura jurídica”». Desde la vereda de los comparatistas, en idénticos términos, SOMMA, *A chi servono i comparatisti?*, cit. Recientemente, FORNASARI, “Viejas conquistas y nuevas fronteras del principio de ofensividad en la experiencia penalista italiana”, en *Revista de Ciencias sociales*, N° 73, 2018, pp. 20 (con cita a Nuvolone) y 23.

en el Derecho Penal internacional»⁴⁷. En lo sucesivo pretendo matizar sus conclusiones a partir de algunas consideraciones de carácter histórico provenientes de la experiencia chilena.

No se incurre en exceso alguno si se afirma que el predominio de la Dogmática alemana en Iberoamérica no tiene un contrapeso digno de mención. En la segunda mitad del novecientos debe reconocerse abiertamente, para bien o para mal, que la doctrina penalista de *civil law*, a nivel internacional, ha operado bajo la robusta influencia cultural de la literatura alemana⁴⁸. Cuando el tecnicismo jurídico italiano tuvo la oportunidad histórica de ganar adeptos tras el descrédito al que el fascismo italiano y comunismo soviético condujeron al positivismo criminológico, la Dogmática alemana -de la mano de Luis Jiménez de Asúa⁴⁹- era prácticamente hegemónica en el continente⁵⁰. En el caso chileno, por ejemplo, la difusión de las ideas que respondían al paradigma planteado por Lombroso, Ferri o Garofalo, se desarrolló de manera aislada en algunas revistas de la especialidad a fines del siglo XIX sin generar gran revuelo científico⁵¹. Siempre circunscrita al acotado alcance de las aulas universitarias, el positivismo italiano no tuvo la fuerza de convencimiento suficiente para transformarse en legislación, lo cual se advierte, además, de un análisis de conjunto de buena parte de los proyectos de reforma total que se intentaron infructuosamente desde 1928, los cuales respondían en términos generales a la orientación clásica o, a lo sumo, ecléctica⁵². La hegemonía de la Dogmática alemana -por manifiesta oposición a la italiana- se mantuvo expresamente incluso en el seno de la comisión *Foro penal*, que en 2005 redactó un Anteproyecto de Código en que se transparentaban las fuentes inmediatas del mismo⁵³. Inexplicablemente, la Dogmática jurídico-penal italiana contemporánea, cuyas credenciales liberales y democráticas sencillamente no pueden cuestionarse -¡y, sobre todo, mucho más dispuesta al diálogo intercultural e interdisciplinario!

⁴⁷ *El futuro*, cit., pp. 4-5 y 20.

⁴⁸ Así también, DONINI, "I due paradigmi", cit., p. 485.

⁴⁹ MATUS, "Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos", en *Polít. crim.*, N° 5, 2008, p. 2.

⁵⁰ A su vez, el apego de los penalistas alemanes a la legislación vigente en el país, unida a la intensa capacidad analítica y sistematizadora del espíritu germano, mantuvo a raya al positivismo en dicho país. Así, RIVACOB, *Elementos*, cit., pp. 39-40.

⁵¹ Sobre el particular, CARNEVALI, "La ciencia penal italiana y su influencia en Chile", en *Polít. crim.*, N° 6, 2008, pp. 7 y 8.

⁵² Véase, RIVACOB, *Evolución histórica del Derecho penal chileno*, Edeval, Valparaíso, pp. 85-100.

⁵³ MATUS, "Por qué citamos", cit., p. 3.

, carga hasta hoy con las culpas de los horrores del positivismo y el autoritarismo que caracterizó a la Escuela de Arturo Rocco⁵⁴.

Afirmar, en seguida, que el éxito de la Dogmática alemana se circunscribe a la teoría del dominio del hecho de Roxin es sumamente cuestionable⁵⁵, pues implica prescindir -al menos en lo que atañe a Chile- de hitos que han marcado el desarrollo de su propia Dogmática penal durante el siglo pasado y lo que llevamos del presente. Por ejemplo, la importancia del ontologismo finalista de Welzel ha trascendido a tal punto que es posible identificar en el discurso penal una suerte de argumentación postwelzeliana de la Parte general, normativista, pero «desvinculada de una referencia a fuentes positivas»⁵⁶. El remezón que generó en la escena penal chilena la teoría final de la acción de Hans Welzel se aprecia en buena substancia hasta el día de hoy en los manuales nacionales. Si se considera, además, que sobre este género se erige buena parte de la docencia universitaria -pienso en los de Enrique Cury Urzúa, Mario Garrido Montt o en el más reciente de Mauricio Rettig Espinoza-, el categórico diagnóstico de Ambos es todavía más arriesgado. No hay que perder de vista, por de pronto, que fueron los chilenos Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez los encargados, en 1976, de traducir al castellano el *Derecho penal alemán* del ex profesor de Bonn y Göttingen⁵⁷. Es probable que la afirmación de Ambos responda a la envergadura del impacto que efectivamente tuvo a nivel de jurisdicciones internacionales la tesis de Roxin, pero eso no quita que la repercusión de la discusión alemana sea de mayor alcance. Al ejemplo citado arriba en materia de estado de necesidad justificante, es posible añadir otros dos: la redefinición de la antijuridicidad en términos materiales que, mediante la noción de supralegalidad, revitalizó también en Chile la teoría de las causas de justificación y el modo en que se internalizó en la judicatura la teoría de la imputación objetiva⁵⁸.

⁵⁴ Un importante matiz sobre el «estatuto» epistemológico de Rocco, mucho más abierto de lo que sus críticos reconocen, se encuentra en CASTILLO, “Metodología y comparación”, cit., p. 19 (especialmente nota 12).

⁵⁵ AMBOS, *El futuro*, cit., p. 5.

⁵⁶ DONINI, “I due paradigmi”, cit., p. 486.

⁵⁷ Veinte años antes, en 1956, otro tanto había ocurrido en Argentina con la traducción de Carlos Fontán Balestra. Sobre el tránsito experimentado del positivismo italiano al terreno que poco a poco comenzó a ganar la llamada dogmática alemana en Argentina y el determinante papel que en dicha coyuntura cabe atribuir a Sebastián Soler, véase CESANO, “Comparatismo jurídico: préstamos metodológicos y nuevas fuentes para la investigación de la historia de la circulación de las ideas penales”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, N° 8, 2015, pp. 251-252.

⁵⁸ Por citar un trabajo antiguo que da cuenta específicamente de lo primero, FONTECILLA,

El resto de la tesis, a pesar de la dureza de sus términos, no parece ser ajena a la realidad. La Dogmática alemana suele citarse a sí misma y escasamente emplea el método comparado. «Provincianismo» o «nacionalismo» han sido los adjetivos con que dicha actitud ha sido calificada. Existe una muy escasa cantidad de trabajos al interior de dicha tradición que informen o instruyan en materia comparativa. Se trata, antes bien, de notables excepciones de la *praxis* cotidiana del penalista alemán. En estos pocos trabajos se deja ver -implícita o explícitamente- una actitud más crítica frente a la vieja dogmática académica autorreferente, la cual se vale de la «aristocracia penal» como *su* método de interpretación. La tendencia predominante, sin embargo, sigue siendo la de una Dogmática que ha sabido hábilmente solapar su aspiración de ocupación cultural. El exceso de su influencia terminó por convencerla a sí misma de la superioridad científica de sus métodos y contenidos. Esta actitud estaría presente -según ha sido trasparentado recientemente- en aquellas doctrinas autorreferentes que provienen de países fuertes y que han elaborado productos de exportación gracias a un estilo argumentativo «iusracionalista» no sujeto a las normas de un ordenamiento concreto -una *Dogmática universal*, por así decirlo- que *compara (rectius: exporta)* unidireccionalmente⁵⁹. Es de esperar, a la inversa, el contrapeso de aquella lectura del problema que propugna un método de interpretación más democrático, abierto a otras disciplinas y a todos los actores del proceso. Dicha apertura, que suele ir de la mano al estilo hermenéutico de la democracia constitucional, constituye un banco de pruebas y un eficaz antídoto contra la cultura punitivista nacional, pues en ella subyace la voluntad de extender siempre el horizonte cultural⁶⁰.

Volviendo a la crítica de Ambos, si existe algo así que podamos denominar «aristocracia penal»⁶¹ -reacia, en tanto *aristocracia*, al intercambio cultural, y preocupada de construir a partir de un lenguaje al que pocos tengan acceso-, la crítica alcanza no solo a su círculo científico de origen, sino que a toda Iberoa-

“Los problemas jurídicos en las causas supralegales en materia penal”, en *Estudios jurídicos*, cit., pp. 662-703. Sobre lo segundo, véase el ya referido manual (publicado en dos volúmenes) de RETTIG, *Derecho penal. Parte general* (II. El delito de acción doloso e imprudente), Der, Santiago, 2019, pp. 323 y ss. Cabe puntualizar que Rettig, además de docente universitario, se desempeña como juez un tribunal penal en Santiago de Chile, impronta que es fácil advertir en su manual, colmado de casos prácticos.

⁵⁹ DONINI, “I due paradigmi”, cit., p. 476-477.

⁶⁰ Véase, en un tenor similar, DONINI, cit., “I due paradigmi”, pp. 468 y 498-499.

⁶¹ *El futuro*, cit., p. 31.

mérica, cuya doctrina insiste en recurrir a una comunidad científica que no tiene mayor interés en escucharla. La solución, naturalmente, no pasa por dejar de citar a los alemanes para, de ese modo, comprender mejor nuestro propio sistema, sino en citar con la aguda prevención de que tras una norma, institución o problema, existe un contexto social y jurídico que debe ser necesariamente considerado. Al mismo tiempo, será conveniente abrirnos a otras culturas⁶², para, en general, «aspirar a una integración todavía mayor de *cualquier* tradición capaz de ofrecer obras valiosas»⁶³. La tesis de Ambos, según la cual el Derecho penal alemán fuera de dicho país es «ampliamente ignorado», sólo sería atendible, en mi concepto, si por «Derecho» se entiende lo que hemos intentado describir *supra*, a saber, el conjunto de normas jurídicas y los valores, finalidades y exigencias que les subyacen. Si ese fuera el caso, la denuncia de Ambos contiene una interpelación digna de ser tratada y discutida, máxime si una superficial revisión del aparato bibliográfico de la doctrina chilena acredita que el *tipo* de fuente se reduce a la *doctrina* alemana, la cual, al no tener interés en dialogar con otras culturas o disciplinas -como aguda y documentadamente denuncia Ambos-, no ofrecería garantías de ser lo suficientemente completa.

Una última consideración. Puede que la preocupación de Ambos sea un tanto desproporcionada si se considera que -y no solo por una cuestión de mayor o menor científicidad del discurso- el empleo de la comparación como método es irreversible, pues la internacionalización del discurso penal en general, luego el nacimiento, ampliación y diversificación del Derecho penal de la Unión europea (mucho más definido después de la reforma de los tratados) ha supuesto una intensificación del pluralismo jurídico. El propio *common law* -ese contexto (supuestamente) «sin doctrina»- ha experimentado notables transformaciones y avances dignos de ser tenidos en cuenta. Por lo demás, parte importante de esta transformación tiene su origen en la cultura del *civil law*, pues en ella se advierte una sustitución progresiva de la costumbre por la masiva proliferación de las *statutory laws*, produciéndose un necesario y estimulante acercamiento estructural en la comprensión de la forma del Derecho⁶⁴.

⁶² MATUS, “Por qué citamos”, cit., pp. 21-22.

⁶³ VAN WEEZEL, “¿Por qué no citamos más (por ejemplo, a los alemanes)? Réplica a J. P. Matus”, en *Polít. crim.l.*, N° 6, 2008, pp. 4-5 [el destacado es nuestro].

⁶⁴ DONINI, “I due paradigmi”, cit., p. 489.



Comparatismo, historia jurídica y circulación de ideas: Una exploración inicial

JOSÉ DANIEL CESANO*

I. Introducción

Señala Thomas Duve que: “Both legal history and comparative law have good reasons to jointly explore the analytical potential of his concept of legal traditions and possible modifications of it in their academic practice”¹. Ciertamente compartimos tan aguda percepción y ello nos ha motivado a indagar algunos nuevos matices que puede asumir tan provechoso diálogo.

Más allá de la discusión en torno a la autonomía científica del Derecho comparado², existe cierto consenso en que el comparatismo jurídico constituye un *método* cuyo objetivo primario es el conocimiento de la ley³. En este sentido, como lo señalan Zweigert y Kötz, la comparación, entre otras funciones, sirve como instrumento de interpretación y provee material al legislador⁴.

* Director del Instituto de Derecho Comparado “Dr. Enrique Martínez Paz, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Contacto: danielcesano@gmail.com

¹ DUVE, Thomas, “Legal traditions. A dialogue between comparative law and comparative legal history”, in *Comparative Legal History*, 2018, DOI: 10.1080/2049677X.2018.1469271.

² Para un panorama sobre esta cuestión, cfr. CESANO, José Daniel (Coordinador), *Diálogos con comparatistas del derecho*, Alción Editora, Córdoba, 2021.

³ Como lo señala SACCO, Rodolfo, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law”, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, No. 1. (Winter, 1991), p. 4: “Comparative law is like other sciences in that its aim must be the acquisition of knowledge. Like other branches of legal science, it seeks knowledge of law”.

⁴ ZWEIGERT Konrad - KÖTZ, Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 2. neubearb. Aufl., Tübingen, J. C. B. Mohr (P. Siebeck), 1984, Vol. I, pp. 16-17. A las dos funciones que señalamos en el texto, estos autores añaden: el rol que cumple el comparatismo en la enseñanza universitaria del derecho y su gravitación para la unificación supranacional de la legislación. Por su parte. Massimo DONINI, “I due paradigmi fondamentali della comparazione penalistica”, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, Anno LXIII Fasc. 2 - 2020, p. 470, ha descrito dos modelos fundamentales de comparación a los que caracteriza, respectivamente, de la siguiente manera:

En efecto, es indudable que la utilización del método comparatista ha demostrado tener una gran utilidad teórica y práctica en la medida que permite un mejor conocimiento de la realidad jurídica y al mismo tiempo constituye una herramienta indispensable para su modificación⁵. En esta dirección, Serra indica cómo el Derecho comparado ha servido para orientar la política jurídica: “Cualquier modificación normativa de una cuestión acostumbra a tomar como punto de partida lo que previamente se ha establecido, primero, en los Estados pertenecientes a la misma ‘familia’ jurídica y más tarde, en general, en los demás sistemas jurídicos que comparten los mismos valores y la misma concepción general de la forma de entender el papel que el Derecho desempeña en la sociedad”⁶. Pero además, el empleo de este método permite una mejor adecuación entre las normas y su aplicación concreta, en la medida en que la interpretación de aquéllas por parte de los jueces puede utilizar “los modos de argumentación empleados en situaciones semejantes en otros sistemas jurídicos”⁷; al mismo tiempo que también posibilita, merced al empleo que se hace de él por parte de la doctrina científica, el señalamiento de las carencias normativas existentes de los ordenamientos locales y las posibilidades de transformación⁸.

Los ámbitos por donde discurren las funciones del comparatismo permiten observar que este método constituye, igualmente, un vehículo de la circulación

“La comparazione può essere vista, infatti, a) come disciplina autonoma, con un suo indipendente valore epistemico, vale a dire la comparazione come scienza descrittivo-ri-cognitiva, e persino quasi (ma mai del tutto) avalutativa di quanto accade in ordinamenti stranieri, con funzione prettamente conoscitiva: non necessariamente ‘unificante’, perché eventualmente divisiva e relativizzante. Questo approccio avvicina il comparatista allo storico; oppure può essere intesa (senza negare quella prima dimensione); b) come metodo strumentale e integrante l’interpretazione, la prassi, la dogmatica/teoria generale, i progetti di riforma e la legislazione: la comparazione quale metodo di ricostruzione di verità o anche solo di nuclei concettuali trasversali, veri e apparenti, di categorie e istituti, di dialogo scientifico, di soluzioni armonizzabili dei problemi strutturali regolati etc., con funzione anche valutativa e politica, non solo conoscitiva, ma comunque ‘applicativa”

⁵ Cfr. SERRA, Francisco, “La actualidad del derecho comparado”, en AULLÓN DE HARO (Editor), *Metodologías comparatistas y literatura comparada*, Ed. Dykinson, Madrid, 2012, p. 185.

⁶ Cfr. SERRA, Francisco, “La actualidad del derecho comparado”, en AULLÓN DE HARO (Editor), *Metodologías comparatistas...*, op. cit., pp. 185 / 186.

⁷ Cfr. SERRA, Francisco, “La actualidad del derecho comparado”, en AULLÓN DE HARO (Editor), *Metodologías comparatistas...*, op. cit., p. 186.

⁸ Cfr. SERRA, Francisco, “La actualidad del derecho comparado”, en AULLÓN DE HARO (Editor), *Metodologías comparatistas...*, op. cit., p. 186.

de las ideas jurídicas. Al ser esto así es pertinente que nos preguntemos en qué medida el Derecho comparado puede aportar perspectivas que permitan ponerlo en diálogo con la historia jurídica.

II. Comparatismo jurídico e historia jurídica

En la literatura extranjera es posible observar cómo se viene consolidando cierto interés por los vínculos entre el Derecho comparado y la historia jurídica. En este sentido, y a título de ejemplo, los trabajos de James Gordley⁹, Martin Löhnig¹⁰, Thomas Duve¹¹ o Heikki Philajamäki¹², cada uno con sus matices particulares, son una buena muestra de esta tendencia.

¿Cuáles son las vías de encuentro entre el comparatismo y la historia jurídica?

Dentro de la iushistoriografía argentina Ezequiel Abásolo nos muestra uno de estos posibles encuentros. En efecto, en su trabajo “Aportes del comparatismo jurídico al estudio de la circulación de ideas y experiencias normativas en Europa y América durante la primera mitad del siglo XX”¹³, Abásolo destaca el potencial de los criterios metodológicos comparatistas “en el ejercicio del *métier* histórico jurídico”¹⁴. Este potencial queda explicitado particularmente cuando se detiene a analizar tres aspectos en el proceso de circulación de ideas que, a su vez, no pueden soslayarse en las indagaciones histórico – jurídicas, desde esta perspectiva (circulación de ideas), para el período de la primera mitad del siglo

⁹ Cfr. GORDLEY, James, “Comparative Law and Legal History”, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, editado por Mathias Reimann y Reinhard Zimmermann, Oxford University Press, 2006, pp. 753-773.

¹⁰ Cfr. LÖHNIG, Martin, “Comparative Law and Legal History: A few words about Comparative Legal History”, in *The Method and Culture of Comparative Law: Essays in Honour of Mark Van Hoecke*, edited by Maurice Adams y Dirk Heirbaut, Oxford, 2014, pp. 113 /120

¹¹ Cfr. DUVE, “Legal traditions (...)”, in *Comparative Legal History*, op. cit., supra nota n°2.

¹² Cfr. PHILAJAMÄKI, Heikki, “Comparative contexts in Legal History: Are we all comparatists now?”, in *The Method and Culture of Comparative Law...*, op. cit., pp. 121/ 132.

¹³ Cfr. ABÁSULO, Ezequiel (Dir.), *La cultura jurídica latinoamericana y la circulación de ideas durante la primera mitad del siglo XX. Aproximaciones teóricas y análisis de experiencias*, 1a ed. Instituto de Investigaciones Históricas, Buenos Aires, 2014, pp. 11 / 21.

¹⁴ Cfr. ABÁSULO, “Aportes del comparatismo (...)”, en ABÁSULO, Ezequiel (Dir.), *La cultura jurídica...* op. cit., 17.

XX. Sintéticamente expuestos, tales aspectos son: a) la posición asumida por las culturas jurídicas frente a los elementos exógenos, en orden a su grado de apertura y capacidad de integración; b) las intrincadas relaciones de los flujos jurídicos que discurren, en cada caso o situación, entre una comunidad emisora o generadora y otra que hace las veces de receptora y c) las razones por las cuales algunos elementos de un cierto sistema circulan y otros no¹⁵.

Este interesante enfoque se aproxima a uno de los senderos posibles que señala Löning, en tanto el historiador del derecho utiliza categorías y herramientas del comparatismo jurídico¹⁶ para reconstruir el proceso de circulación de ideas en un determinado momento y lugar. El acierto de este enfoque es evidente porque, como bien lo ha puntualizado Sacco, la comparación permite comprender el sentido del propio Derecho, al observar “los contrastes entre los formantes de nuestro sistema, nos describe las normas que viven, mudas o implícitas, en nuestro ordenamiento”; operando como un verdadero espejo del Derecho nacional¹⁷.

Si bien, por lo ya expresado, la fecundidad de estos préstamos está fuera de toda discusión; consideramos que el comparatismo jurídico y sus productos pueden ofrecer *otras aristas* que deberían ser tomadas en cuenta para el análisis histórico de los procesos de circulación de ideas para el período de la primera mitad del siglo veinte.

En efecto, Zweigert y Kötz también han mencionado, entre los objetivos del comparatismo jurídico, la indagación sobre su propio rol en la instrucción universitaria, como disciplina jurídica (presente en los planes de estudio, especialmente, a partir de las primeras décadas del siglo XX) de vocación exógena, al tender puentes a cuestiones afines, pero pertenecientes a otras realidades, saberes y disciplinas¹⁸. Y es en vinculación con este aspecto en donde nos gustaría introducir una perspectiva que, estimamos, también puede coadyuvar al análisis de la circulación de ideas. Nos referimos, especialmente, a la investigación *de*

¹⁵ Cfr. ABÁSULO, “Aportes del comparatismo (...)”, en ABÁSULO, Ezequiel (Dir.), *La cultura jurídica...*, op. cit., pp. 19/21.

¹⁶ Cfr. LÖHNIG, “Comparative Law and Legal History (...)”, in *The Method and Culture of Comparative Law...*, op. cit., p. 113.

¹⁷ Cfr. MÍGUEZ NÚÑEZ, Rodrigo, “Comparar: Conversaciones con Rodolfo Sacco”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 17, diciembre de 2011, p. 202.

¹⁸ Según la descripción que realiza SÁNCHEZ BAYÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Comparado y Global: De las familias jurídicas mundiales al nuevo Derecho Común*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 39.

los agentes culturales –sean individuales o insertos en texturas más amplias (institutos universitarios, redes intelectuales, etcétera)– y su producción científica iuscomparativa. Conceptualmente, nos vemos en la necesidad de aclarar un aspecto: cuando aludimos a este tipo de producciones incluimos a aquellas obras que analizan sistemas jurídicos extranjeros; sin que, necesariamente, efectúen actividades de individualización de similitudes y diferencias entre diversos objetos de comparación¹⁹. Indudablemente se trata de una simplificación ya que, desde la teoría del comparatismo, acertadamente se distingue entre las indagaciones de Derecho comparado de las del derecho extranjero²⁰; aunque –también hay consenso– en orden a que, estas últimas (investigaciones sobre el derecho extranjero), resultan, en todo caso, necesarias para las otras²¹.

Con lo expresado queremos introducir un matiz adicional a cuanto venimos señalando: el comparatismo no sólo debe integrar, si se nos permite la metáfora, *la caja de herramientas del iushistoriador que se ocupa de la circulación de ideas, sino que, además, puede constituirse en una fuente primaria que documenta un proceso particular (determinado geográfica y temporalmente) de circulación de ideas.* En este sentido, no debe olvidarse que el Derecho comparado constituye una indagación de ordenamientos jurídicos contemporáneos; de manera tal que los frutos de aquellas investigaciones permiten observar cómo, en ámbitos espaciales y cronológicos puntuales, aquellos sistemas actúan. Dicho en otras palabras: ese estudio sincrónico²² permite *observar aquellos ordenamientos y analizar sus relaciones, matices, trasplantes²³ y adaptaciones; con la consiguiente posibilidad*

¹⁹ En puridad conceptual la tarea del comparatista exige esa tarea. Al respecto, cfr. AJANI, Gianmaria - ANDERSON, Miriam - ARROYO AMAYUELAS, Esther - PASA, Bárbara, *Sistemas jurídicos comparados. Lecciones y materiales*, Publicacions i Edicions Universitat de Barcelona, 2009, pp. 22/23.

²⁰ Cfr. MORÁN, Gloria M., “El derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 6, 2002, p. 506.

²¹ Cfr., FERRANTE, Alfredo, “Entre derecho comparado y derecho extranjero. Una aproximación a la comparación jurídica”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, N° 2, pp. 605/606.

²² Como lo sostiene PIZZORUSSO, Alessandro, *Curso de Derecho Comparado*, Ed. Ariel, Barcelona, 1987, p. 81: “(...) en el caso del derecho comparado los ordenamientos estudiados son por lo general contemporáneos entre ellos de manera que la indagación asume carácter (...) sincrónico (...)”.

²³ Señala PARISE, Agustín, “Derecho Comparado e historia del derecho: amalgama de dos pilares fundamentales para el desarrollo de la ciencia jurídica”, en Pedro Aberastury

de visualizar las ideas subyacentes a estos procesos. De esta manera, un historiador del derecho interesado, por ejemplo, en el proceso de circulación de ideas vinculado con una institución jurídica particular, quizá pueda obtener datos relevantes al tener en cuenta los desarrollos de los comparatistas **de la época** respecto de aquélla. El valor que tiene reparar en este tipo de fuentes tal vez se comprenda mejor si tenemos en cuenta que el objeto del método comparativo no es tanto la comparación **como tal** sino la comparación **como proceso de conocimiento de otros ordenamientos jurídicos**: no interesan tan sólo los elementos de comparación en sí mismos, sino en cuanto componentes de otro ordenamiento jurídico; esto es, “como resultado de un distinto modo de concebir el derecho y la regulación técnico-jurídica. Es decir, el interés se orienta al pensar jurídico extranjero, en cuanto se expresa en la concepción de igual problema jurídico”²⁴.

Algunos ejemplos pueden servir para ilustrar la propuesta.

Si quisiéramos caracterizar a la cultura jurídico penal de Córdoba durante el primer cuarto del siglo XX, seguramente, la descripción debería partir del predominio de un clima de ideas muy próximo al positivismo criminológico italiano. Desde luego que esto no significa postular una monocromía. El cuadro era mucho más complejo y comprendía desde otras tonalidades hasta variados matices de una misma coloración. Sin embargo, existía, por entonces, un trasfondo común representado por la utilización de una metodología que, abandonando el enfoque del delito como ente jurídico, establecía como paradigma de la ciencia penal el análisis del sujeto delincuente, como hecho observable. De esta manera, se enfatizaba la indagación relativa a los factores que determinaban la criminalidad. Sin embargo, ya en un artículo publicado en 1939, el entonces decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, expresaba: “Presenta también nuestra Facultad, rasgos que particularizan su evo-

(compilador), *Estudios de Derecho Comparado*, Ed. Eudeba, Bs. As., 2012, p.215, que: “El estudio de la circulación de ideas y el flujo de paradigmas legales se ve beneficiado cuando se aplica la teoría de los trasplantes legales, ya que estos últimos reflejan claramente el movimiento. Los trasplantes legales son una herramienta útil para evaluar la relación entre los diferentes sistemas jurídicos y la interacción de la influencia que en efecto ejercen. Los trasplantes legales asimismo ayudan en la indagación de la historia genética de las disposiciones e ideas legales”.

²⁴ Cfr. CONSTANTINESCO, Léontin – Jean, *Tratado de Derecho Comparado. El método comparativo*, Vol. II, Universidad Católica de Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1987, pp. 68/69.

lución con direcciones distintas en algunas de sus cátedras. Fiel a la doctrina imperante en la universidad argentina, la cátedra titular de Derecho Penal sigue la doctrina positivista. No obstante, el pensamiento clásico forma su núcleo con la enseñanza del suplente²⁵. En efecto, la doctrina positivista continuaba representada por las enseñanzas de Pablo Mariconde; en tanto que la cátedra suplente era ejercida por Sebastián Soler. Sin desconocer que una de las vertientes más firmes en que se basaba el pensamiento de Soler encontraba su fundamento en la concepción de Carrara - de allí a la alusión que se hiciera, en el trabajo de Núñez que hemos citado, al pensamiento clásico - la diversidad advertida por el antiguo decano también guardaba relación con la introducción, en Córdoba, de otro horizonte científico que, con el tiempo, habría de convertirse en un nuevo paradigma para la enseñanza, investigación y aplicación del Derecho penal. Nos estamos refiriendo a la dogmática jurídica; cuyo objeto era (y continúa siéndolo hoy) describir, a través de la interpretación y sistematización, el derecho penal positivo vigente²⁶. Es así que, con la publicación, en 1940, de los dos primeros volúmenes del *Derecho penal argentino* de Soler, la cultura jurídica penal de Córdoba produjo un cambio en el paradigma científico; incorporando, con mayor profundidad, la matriz científica de origen germano; representada, a la sazón, por las vertientes doctrinarias de Franz Von Liszt, Ernest Beling, James Goldschmidt, entre otros autores. En este contexto epistémico, el científico, para afirmar lo que la ley penal decía, se servía de la interpretación de las normas, por medio de la cual determinaba el sentido de ellas, y de su sistematización, lo que permitía ubicar aquéllas en el sitio que les correspondía, dentro del marco de construcciones conceptuales generales²⁷. ¿Cuáles fueron los factores que determinaron este cambio de paradigma? La explicación historiográfica es compleja y se resiste al monocausalismo. Indudablemente, las razones que permiten comprender estos cambios, fueron variadas. Pero entre estos factores hay uno que se vincula con la labor realizada en el Instituto de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho de la Universidad mediterránea. Fue en su ámbito en donde, distintos juristas locales -Ricardo C. Núñez, Sebastián Soler y Ernesto Roque Gavier (entre otros)- juntamente con científicos exiliados -Marcello Finzi y Robert Goldschmidt- bajo la dirección

²⁵ Cfr. NÚÑEZ, Jorge A., "Nuevas orientaciones en la Facultad de Derecho", apartado de la *Revista de la Universidad*, Año XXVI, N° 5 - 6, Córdoba, 1939, p. 10.

²⁶ Cfr. BERNASCONI RAMÍREZ, Andrés, "El carácter científico de la dogmática jurídica", *Revista de Derecho*, Valdivia, 2007, Vol. XX, N° 1, Julio - Septiembre, p. 15.

²⁷ Cfr. BERNASCONI RAMÍREZ, "El carácter científico (...)", op. cit., p. 16.

de Enrique Martínez Paz, realizaron una significativa tarea de traducción de autores germanos; y al hacerlo pusieron en circulación un flujo de ideas que habrían de incidir en aquel cambio de paradigma²⁸. Lo que acabamos de sintetizar constituye una muestra de cómo, un agente cultural y sus productos científicos –el Instituto de Derecho Comparado y la tarea de traducción de sus miembros– pueden adquirir un valor gravitante el momento de documentar un determinado proceso de circulación de ideas –en el caso, la difusión de la doctrina penal alemana–.

Otro caso interesante, con el que se puede ejemplificar lo que venimos argumentando, es el que se relaciona con la introducción de las medidas de seguridad para menores en el Código Penal argentino de 1921. En tal sentido, en su previsión original, el Código Moreno establecía en sus arts. 36 y 37, para los menores de 14 años (inimputables) y los comprendidos entre la franja etaria de más de 14 años y menos de 18, respectivamente, que: “(...) Si de las circunstancias de la causa y condiciones personales del agente [menor de 14 años], o de sus padres, tutores o guardadores, resultare peligroso dejarlo a cargo de éstos, el tribunal ordenará su colocación en un establecimiento destinado a corrección de menores hasta que cumpla diez y ocho años de edad. (...)”; en tanto que, para la segunda categoría de autores (más de 14 años y menos de 18) disponía: “(...) Si el delito cometido tuviere pena que pudiere dar lugar a la condena condicional, el tribunal quedará autorizado para disponer la colocación del menor en un establecimiento de corrección si fuese inconveniente o peligroso dejarlo en poder de los padres, tutores o guardadores o de otras personas”. Estos establecimientos de corrección a que refieren las normas recién transcritas se inspiraron en las *casas de educación*; tal como las previó el anteproyecto de Código Penal Suizo de 1915. Sobre esta legislación, Luis Jiménez de Asúa había publicado un libro, en 1916, titulado *La unificación del Derecho penal en Suiza*²⁹. Este libro, al tiempo de la elaboración del proyecto argentino tuvo circulación; a tal

²⁸ Al respecto, cfr. CESANO, José Daniel, *Elites, redes intelectuales y recepción en la cultura jurídico penal de Córdoba (1900 – 1950)*, Ediciones del copista, Córdoba, 2012. Para el caso de los exiliados europeos, cfr. CESANO, José Daniel, *Marcello Finzi: La inclusión de un penalista exiliado en la cultura jurídica de Córdoba*, Lerner Editora S.R.L., Córdoba, 2014 y *Viajeros y traductores. Circulación de ideas en la formación de la cultura jurídico penal de Córdoba (Luis Jiménez de Asúa y Robert Goldschmidt, 1923 / 1952)*, Lerner Editora S.R.L., Córdoba, 2015.

²⁹ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La unificación del Derecho penal en Suiza*, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1916.

punto que, “en los fundamentos de la Comisión Especial de Diputados, se hace alusión claramente a la casa de educación (...); tal como lo hacía [aquel] Anteproyecto [Suizo] (...) – al que se cita – (...) [mencionándose] también [a] la obra de Luis Jiménez de Asúa de 1916, a la que recién nos refiriéramos”³⁰.

¿Cómo analizar, *desde lo metodológico*, la actuación de estos agentes culturales y su rol intermediario en el proceso de circulación de ideas?

Sin ánimo de formular un programa, consideramos que existen diversos aspectos que deben ser atendidos:

1) En primer lugar, una de las perspectivas que consideramos fecunda es aquella que parte del análisis de los *factores y participantes* en la *producción* y en la *recepción* del *texto extranjero traducido o divulgado*. En esa dirección, cobran relevancia especial los siguientes aspectos: a) las características del contexto en que se produce la traducción (factores históricos, sistema de valores de quienes realizan la tarea, condicionantes intelectuales, políticos, etcétera); b) las características de los participantes en el acto (traductor, potenciales destinatarios, personas e instituciones involucradas, iniciador de este proceso) y c) la situación comunicativa del texto traducido (finalidad y función del texto traducido, selección del método adecuado para la traducción)³¹.

Cuando se trata de traducciones adquiere particular significación el iniciador de la misma, quien “se encarga de la elección del material que se va a importar, del tipo de transferencia en el que esa importación se va a realizar y de la forma en que se va a llevar a cabo la tarea de traducción”³². Por lo general, el iniciador de la traducción pertenece a la *cultura de traducción* y guía su elección de acuerdo a una serie de factores culturales que condicionan aquella elección.

2) En este acercamiento de las producciones comparatistas como fuente para documentar un proceso determinado de circulación de ideas, resulta también *particularmente* relevante parar mientes en los estudios *microcomparativos*. La microcomparación tiene por objeto instituciones jurídicas particulares, que operan o están previstos en dos o más ordenamientos jurídicos. La premisa para la comparación y la verificación de analogías y diferencias es la conciencia de que el objeto de estudio puede ser comparado³³.

³⁰ Cfr. CESANO, José Daniel, *Consecuencias jurídico – penales y enfermedad mental. Cultura jurídica y codificación Argentina (1877 – 1921)*, Ed. Brujas, Córdoba, 2021, p. 59.

³¹ Cfr. ENRÍQUEZ ARANDA, María Mercedes, *Recepción y traducción. Síntesis y crítica de una relación interdisciplinaria*, Ed. Universidad de Málaga, Málaga, 2007, p. 125.

³² Cfr. ENRÍQUEZ ARANDA, *Recepción y traducción...*, op. cit., p. 125, nota n° 2.

³³ Cfr. DALLA VIA, Alberto Ricardo, *El Derecho público Comparado*, p. 10. Disponible

3) Por otra parte, es también necesario reparar en las características de la tarea que desarrolla el traductor comparatista. En tal sentido, dicho análisis no puede soslayar la *cooperación entre la ciencia jurídica y la lingüística*. El traspaso de un idioma a otro no es automático, no se trata de una ciencia exacta. El traductor “siempre interpreta, no sólo en los casos difíciles. Detectar cuáles son esos casos difíciles es una tarea de interpretación en sí misma. (...) Así, el traductor interpreta el sentido jurídico del término a traducir al elegir un término sobre otro. También interpreta cuando decide mantener en el texto de llegada una vaguedad, una ambigüedad o una contradicción que previamente tiene que haber detectado en el texto fuente”³⁴.

4) Finalmente, tanto en la traducción como en la divulgación de textos extranjeros, no puede dejar de analizarse el uso que realizan los juristas locales de los mismos; no sólo desde la perspectiva que tiene el modelo que aquellas instituciones foráneas representan en relación a las creaciones normativas locales sino, también, poniendo en escena la función que puede tener ese proceso de importación en relación a las producciones de la ciencia jurídica local en la cual se insertan.

Ahora bien, la indagación respecto de estos agentes culturales (individuales o institucionales) requiere examinar no sólo su *producción científica* (traducciones, obras doctrinarias sobre derecho comparado o de difusión de textos extranjeros) sino que, además, debiera extenderse a una constelación de cuestiones mucho más amplia; tales como: los contactos intelectuales de dichos autores; los libros que nutrían sus bibliotecas³⁵; sus roles institucionales (profesor universitario de la materia, director de instituto especializado, investigador independiente, etcétera); el contexto de producción particular de aquellos libros (V.gr. becas en los países de origen, estancias de investigación, etcétera); aspectos todos que permitirían reconstruir, en forma más acabada, el modo en que aquellas ideas.

en: <http://www.derechocomparado.org.ar/documentos>. Accedido: 13/3/2015.

³⁴ Cfr. ANDINO DORATO, Jimena, “La jurilingüística: un puente entre el comparatista y el traductor jurídico”, en *Revista de Derecho Comparado*, N° 19, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2011, p. 244.

³⁵ Un buen ejemplo de la importancia de este aspecto puede verse en PARISE, Agustín, “las bibliotecas jurídicas como herramientas fundamentales del Derecho Comparado. El caso de Schmidt en la Luisiana del siglo XIX”, en *Revista de Derecho Comparado*, N° 15, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, pp. 195/241.

III. Capacidad de rendimiento de la propuesta

El matiz que entraña la propuesta realizada debe ser puesto a prueba.

¿Cómo hacerlo?

La mejor manera es partir de un proceso de circulación de ideas concreto y ver qué aspectos pueden verse beneficiados con la perspectiva formulada.

Intentaremos distintos ejercicios.

En primer lugar, y con este propósito, nos detendremos en el artículo de Michele Pifferi intitulado “Global Criminology and National Tradition: The impact of Reform Movements on Criminal Systems at the Beginning of the 20th Century”³⁶.

Pifferi analiza en su trabajo la **sentencia indeterminada**; instituto en virtud del cual la punibilidad no resultaba fijada completamente ni por la ley ni por el juez, sino que tal determinación era delegada a una junta directiva de expertos quienes ajustaban el tratamiento de acuerdo a las características del autor del delito³⁷. En este sentido Pifferi se detiene a precisar las diferencias entre el sistema norteamericano y las culturas jurídicas europeas, entre 1890 y 1930, advirtiendo la tensión que, en estas últimas, provocaba el principio de legalidad respecto a la utilización de la sentencia indeterminada³⁸. En rigor, la resistencia que anota el autor en los sistemas legales europeos para con la utilización de este instituto guardaba relación con tres factores: la doctrina de la división de poderes, en tanto el principio de *nulla poena sine lege* se vería contrariado; una devaluación del rol de la judicatura respecto del proceso de individualización de la pena y un proceso de *administrativización* de la justicia criminal, en la medida que los poderes legislativo y judicial resignarían competencias naturales a favor de agentes del departamento ejecutivo³⁹.

A partir de la tesis de Pifferi, que hemos tratado de sintetizar, cabe formular un interrogante: ¿resultaron tan categóricos los condicionamientos constitucionales, en los sistemas legales europeos, como para neutralizar la utilización de la **sentencia indeterminada**?

³⁶ Incluido en DUVE, Thomas (Ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Max Planck Institute for European Legal History, Berlin, 2014, pp. 534 / 564.

³⁷ PIFFERI, “Global Criminology and National Tradition (...)”, en DUVE (Ed.), *Entanglements in Legal History...*, op. cit., p. 543.

³⁸ Cfr. PIFFERI, “Global Criminology and National Tradition (...)”, en DUVE (Ed.), *Entanglements in Legal History...*, op. cit., p. 543.

³⁹ Cfr. PIFFERI, “Global Criminology and National Tradition (...)”, en DUVE (Ed.), *Entanglements in Legal History...*, op. cit., p. 548.

Quizá la respuesta admita matices o cierta gradación. Y es aquí en donde el empleo de las producciones científicas iuscomparadas, coetáneas al período analizado, permitirían observar una relativización con relación a las resistencias aludidas por Pifferi, no sólo a nivel de desarrollos teóricos sino, incluso, desde la perspectiva de la legislación *in fieri*.

Para ordenar la argumentación, es conveniente que, con carácter previo, describamos qué se entendía, a la sazón, por *sentencia indeterminada* y en qué clima de ideas se contextualizó este concepto.

La declaración estatutaria de la *Internationale Kriminalistische Vereinigung*, fundada en 1898 y liderada por Franz Von Liszt (Berlín), G. A. Van Hamel (Ámsterdam) y Adolphe Prins (Bruselas) sostuvo que, tanto el delito como los medios para combatirlo, debían ser considerados no sólo desde un punto de vista jurídico, sino también desde una perspectiva antropológica y sociológica. De allí la necesidad de investigar científicamente el delito, sus causas y los medios para combatirlo⁴⁰. Como es sabido, en este contexto, el positivismo penal distinguía entre diversas clases de delincuentes y entendía que la pena tenía que ajustarse al peligro de reincidencia que cada categoría de ellos presentara. “A partir de aquí y de la evidencia de que es imposible predecir exactamente el efecto de la pena sobre un sujeto que ha delinquido, fue posible pensar que la pena no puede ser fijada definitivamente en la sentencia, sino que debe ser indeterminada o mejor dicho determinada *a posteriori*. (...) El método requería, por tanto, relacionar la pena o la especie de pena con el delincuente o con una categoría de delincuentes”⁴¹.

Indudablemente existieron sistemas europeos en donde la gravitación de la doctrina de la división de poderes tuvo como proyección la fortaleza de la garantía de legalidad y, como consecuencia de esto, una marcada desconfianza hacia la sentencia indeterminada. Pifferi menciona, en esa dirección, el caso de Francia⁴². Y si bien este ejemplo puede admitirse sin mayores discusiones, no sucede lo mismo con otros sistemas europeos de la época analizada.

⁴⁰ Al respecto, cfr. Radzinowicz, Leon, *The Roots of the International Association of Criminal Law and their Significance. A Tribute and a Re-assessment on the Centenary of the IKV*, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, Freiburg, 1991, p. 74.

⁴¹ Cfr. BACIGALUPO, Enrique, “Presentación”, en Luis Jiménez de Asúa, *La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas a posteriori*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2013 (reedición de la 1ª edición, Ed. Reus, Madrid, 1913), p. 18.

⁴² Cfr. PIFFERI, “Global Criminology and National Tradition (...)”, en DUVE (Ed.), *Entanglements in Legal History...*, op. cit., p. 549.

¿Qué nos dicen las producciones científicas iuscomparadas, contemporáneas al período analizado por Pifferi, con relación a esta situación?

Diversas cuestiones; que estimamos de utilidad para aportar elementos destinados a una reconstrucción más precisa, y quizá no tan homogénea como lo sugiere Pifferi.

Luis Jiménez de Asúa, en un período temporal en parte concordante con el indagado por Pifferi, publicó entre 1913 y 1922, cinco libros que se caracterizaron por una erudita exposición del Derecho comparado respecto tanto a la sentencia indeterminada como instituto jurídico como a los proyectos legislativos que daban cuenta de la misma. Estos libros nos parecen que son de gran valor como fuente para documentar la existencia o no de las tensiones señaladas por Pifferi, en tanto que evidenciaron cómo circulaban, en distintas culturas jurídicas comparadas de la región, las ideas vinculadas con aquella institución.

El 28 de febrero de 1913, Jiménez de Asúa obtenía su título de Doctor en Derecho en la Universidad Central de Madrid. Lo hacía con una investigación que fue publicada en el mismo año por la editorial madrileña Reus, bajo el título *La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas a posteriori*. En la primera edición de aquella obra, Jiménez de Asúa ya se ocupaba de las tensiones de la sentencia indeterminada con respecto al principio de legalidad⁴³. Y en la segunda edición de aquel texto, el comparatista español afirmaba que “Los penalistas de Francia son los que más fuerza han hecho en esta argumentación”; reproduciendo las palabras de Louis Huguene, en su informe al Congreso Penitenciario Internacional de Londres, reunido en 1925: “Nosotros, Franceses” – decía Huguene – “sentimos una ‘invencible repugnancia’ por la sentencia indeterminada, porque ‘lesiona ese viejo dogma de los derechos del hombre y del ciudadano...’ al que ‘nosotros seguimos fielmente, ciegamente, apasionadamente ligados’. Pueden aceptarse las medidas de educación indeterminadas para los menores y las medidas de protección indeterminadas para los enajenados, pero con respecto a los reincidentes ‘esas medidas de seguridad se nos aparecen como penas enmascaradas’ (...)”⁴⁴.

Ahora bien: si para el caso de Francia las argumentaciones de Pifferi parece ser corroborada por el comparatismo contemporáneo, no sucede lo mismo res-

⁴³ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La sentencia...*, op. cit., pp. 229/234.

⁴⁴ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La sentencia indeterminada*. Segunda edición muy aumentada y puesta al día. T.E.A., Bs. As., 1948, p. 242.

pecto de otras culturas jurídicas europeas; las cuales, incluso a través de diversos proyectos legislativos, introducían, bajo matices diversos, formas de indeterminación de las sanciones; sin perjuicio de la vigencia, en sus respectivos sistemas legales y constitucionales, de la doctrina de la división de poderes y del principio de legalidad. Tal, por ejemplo, lo sucedido en el artículo 42 del Anteproyecto Suizo, los parágrafos 4 y 5, del Capítulo Tercero, del Proyecto Sueco, y en los arts. 27 a 31 del Proyecto italiano de 1921.

Jiménez de Asúa se ocupó *in extenso* de estos documentos en tres de sus libros: *La unificación del Derecho penal en Suiza*, ya citado, *El Anteproyecto de Código Penal Sueco de 1916*⁴⁵ y *Estudio crítico del proyecto de Código penal de 1921*⁴⁶.

En todos los casos, aquellas medidas, vinculadas con la idea de indeterminación, eran dispuestas contra delincuentes habituales.

¿Qué parecer tenía el profesor madrileño respecto de las tensiones entre legalidad y esta relativa indeterminación que preveían los textos que analizaba?

Su opinión puede advertirse, por ejemplo, en el libro sobre el anteproyecto italiano de 1921; cuyo autor fue Enrico Ferri. En efecto, el artículo 1º de dicho documento consagraba el principio *Nullum delictum sine lege, nulla poena sine lege*. Y Jiménez de Asúa señalaba al respecto: "(...) estos principios que representan la garantía penal y que poco a poco, a medida que la idea de tratamiento educativo vaya infiltrándose en el viejo Derecho punitivo, se irán retirando hasta ser innecesarios. Ferri no ha creído que había llegado el instante de cancelar estos apotegmas, pero al declarar –en el párrafo 1º del art. 1º– que ‘nadie podía ser *condenado* por un hecho que no esté expresamente previsto como delito por la ley de la época en que fué cometido, ni sometido a *sanciones* que no estén por ellas establecidas’, cuida mucho del empleo de las palabras, sustituyendo las de *penado* y *penas*, que usa el Código vigente de 1889, por las de *condenado* y *sanciones*, ‘para evitar cualquier equívoco o alusión a la retribución de una culpa moral’ y ‘para suprimir en los procedimientos de defensa social toda reminiscencia de un concepto de castigo’⁴⁷.

Por su parte, cuando se detiene en el artículo 1º del Anteproyecto de Código Penal Suizo (que establece que no hay pena sin ley), Jiménez de Asúa alude a

⁴⁵ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *El Anteproyecto de Código Penal Sueco de 1916*, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1917.

⁴⁶ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Estudio crítico del proyecto de Código penal de 1921*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1922.

⁴⁷ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Estudio crítico del proyecto...*, op. cit., p. 46.

que, este principio de garantía, es “acaso un mal necesario de la legislación penal”⁴⁸.

Dos consideraciones se imponen con relación a estas opiniones.

En primer lugar, no pareciera que, al menos en el parecer de Jiménez de Asúa y de los documentos que analiza, la sentencia indeterminada constituyese un problema tan conflictivo respecto de la legalidad⁴⁹. La cuestión, si bien presente en aquellos libros, no parece tener la entidad con que la muestra Pifferi.

En segundo lugar, es conveniente aclarar que los sistemas europeos en que indagó Jiménez de Asúa, eran modelos que, pese a sus particularidades institucionales, no desconocían la doctrina de la división de poderes. En efecto, Suiza, a través de su Constitución política de 1874, se caracterizó por reforzar las tendencias del poder central, respecto al poder cantonal, en varios dominios, entre los cuales cuenta el de la producción legislativa⁵⁰; partiendo, desde luego, del principio de división de poderes (gobierno, parlamento y poder judicial). En tanto que, antes del advenimiento del Fascismo italiano, la doctrina de la división de poderes también fue reconocida en Italia durante la vigencia del Estatuto Albertino, cuya vigencia fue extendida territorialmente por Vittorio Emanuele, tras el proceso de unificación.

Lo narrado hasta aquí permite visualizar que los reparos que advierte Pifferi respecto a la utilización de la sentencia indeterminada no resultan tan categóricos como lo plantea este autor. Es más: Jiménez de Asúa, en un libro, publicado en 1918, bajo el título *La política criminal en las legislaciones Europeas y Norteamericanas*⁵¹ se ocupa de demostrar cómo, en realidad, esta contraposición no

⁴⁸ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La unificación del Derecho penal en Suiza*, op. cit., p. 112.

⁴⁹ El pensamiento de Jiménez de Asúa, que acabamos de sintetizar, en modo alguno puede juzgarse con la óptica que, **actualmente**, podría adjudicarse a sus palabras. Por el contrario, estos textos se corresponden con un primer momento del pensamiento del profesor madrileño (su adhesión a los postulados del positivismo criminológico y la orientación político criminal); el cual, con posterioridad, sería abandonado. Qué aquellas ideas de Jiménez de Asúa eran el producto de un clima intelectual que se vivía en muchos estados europeos de la época (incluido España), es algo que puede corroborarse si se advierte la semejanza de su opinión, en esta materia, con la de Dorado Montero. Al respecto, cfr. MARTÍN, Sebastián, “Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad (1874 /1944)”, en *Quaderni Fioentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36, 2007, Principio di legalità e diritto penale, T° I, Giuffrè editore, Milano, p. 528.

⁵⁰ MARTÍNEZ MERCADER, Juana, “La refundación de Suiza a mediados del siglo XIX. Un modelo vigente”, en *Anales de Historia Contemporánea*, 17 (2001), Servicio de publicaciones, Universidad de Murcia, p. 567.

⁵¹ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La política criminal en las legislaciones Europeas y Nor-*

sólo no es tan concluyente sino que, además, representa una manifestación derivada de las propias características de cada una de estas orientaciones político criminales (la Europea y la Estadounidense), inspiradas en principios diversos; y no vinculadas tan decisivamente por sus respectivas doctrinas constitucionales.

En efecto, las naciones europeas configuraban su sistema penal sobre la idea de defensa social frente al estado peligroso⁵²; en tanto que –y esto sí fue advertido por Pifferi– la política criminal de los estados norteamericanos de aquella época miraban más a la enmienda del penado; ofreciendo instituciones de reforma (los reformatorios)⁵³.

La argumentación que venimos desarrollando puede ser puesta a prueba con datos provenientes de *otras culturas jurídicas* europeas a la luz de investigaciones recientes en esta materia. Tal el caso del trabajo de Francisco Muñoz Conde sobre la política criminal en la república del Weimar⁵⁴. Allí Muñoz Conde pone en evidencia cómo, el Proyecto de Radbruch (de 1922) preveía, para los delincuentes habituales, la posibilidad de su retención para seguridad (parágrafo 45). Y si bien el autor del proyecto sostenía que su texto no acogía la sentencia indeterminada cuando se trataba de una pena, sí lo hacía a título de medida de seguridad⁵⁵. Al respecto, no caben dudas que la indeterminación, sea el título ejecutivo por la cual se la establecía, resultaría –al menos desde una perspectiva teórica- igualmente intolerable para las garantías individuales. Como lo sostuvo Achenbach: “La tradición filosófica de la Ciencia del Derecho penal había ya troquelado la relación de las teorías de la Parte General y especialmente la teoría de la culpabilidad del Código penal en la conciencia de la Ciencia del Derecho penal hasta el punto de quedar excluida completamente la vinculación de este complejo con las muchas veces poco querida Constitución republicana”⁵⁶.

teamericanas, Librería General de Victorino Suárez, Madrid, 1918.

⁵² Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La política criminal en las legislaciones...*, p. 74: “La política criminal europea tiene un carácter especial y propio. Teniendo como fin la defensa social frente al estado peligroso del culpable, tenía que ser eminentemente defensiva y aseguradora, y fiando poco en la corrección, ha preferido inocular con sus medidas de seguridad”.

⁵³ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La política criminal en las legislaciones...*, p. 148.

⁵⁴ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, “Política criminal y dogmática jurídico – penal en la República de Weimar”, en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 15 y 16, vol. II, 1994, Centro de Estudios Constitucionales, Alicante, 1994, pp. 1025 /1050.

⁵⁵ Cfr. MUÑOZ CONDE, “Política criminal y dogmática jurídico – penal (...)”, op. cit., pp. 1034 /1035.

⁵⁶ Cfr. ACHENBACH, Hans, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssys-*

Otro ejemplo del empleo del comparatismo jurídico como fuente puede observarse en el ya mentado valor de difusión, en el ámbito de nuestra cultura jurídica local, del texto de Jiménez de Asúa, *La unificación del Derecho penal en Suiza*. El propio Rodolfo Moreno recuerda que, en la Exposición de Motivos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados de la Nación, “al referirse al criterio general de la reforma [en esta materia], se citó el proyecto de Código Penal suizo, el que tuvimos muy en cuenta” –decía– “para redactar el despacho”⁵⁷; aclarando, en el mismo documento, que se empleó aquel texto extranjero “comentado en la obra (...) de Jiménez de Asúa”⁵⁸. La innovación de 1921, con relación a las medidas de seguridad aparece, así, en parte, como el producto de una recepción de modelos jurídicos extranjeros (especialmente los mencionados proyectos suizos) fundado en el reconocido prestigio⁵⁹ de aquéllos tanto por juristas locales (V.gr. Juan P. Ramos)⁶⁰ como extranjeros (Jiménez de Asúa). Esos proyectos y la cultura jurídica que los prohió – analizados por el profesor madrileño – por su capacidad de elaborar pautas y enfoques del derecho que trascendieran las peculiaridades locales individuales, pudieron provocar en nuestro medio cultural, aquella fascinación que los hizo aparecer como un producto no exclusivamente nacional y, por tanto, deseable de parte de los demás sistemas⁶¹.

IV. Reflexiones conclusivas

El proceso de circulación de ideas tiene, al menos, **dos dimensiones**. Por una parte, una dimensión transnacional, “es decir, aquella vinculada al complejo

tematischen Schuldlehre, Schweitzer, Berlín, 1974, p. 135.

⁵⁷ Cfr. MORENO, Rodolfo (h.), *El Código Penal y sus antecedentes*, T° II, H.A. Tommasi, Editor, Bs. As., 1923, p. 345.

⁵⁸ Cfr. MORENO, *El Código Penal...*, op. cit., T° II, p. 331 y la referencia concreta contenida en p. 243.

⁵⁹ GRAZIADEI, Michele, “Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions”, en Mathias Reimann y Reinhard Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2008, p. 456, se refiere al prestigio de una legislación extranjera, como factor posible de adopción de la misma, por parte de otro Estado.

⁶⁰ Cfr. CESANO, *Consecuencias jurídico - penales...*, op. cit., pp. 55/56.

⁶¹ Según lo explica GRANDE, Elisabetta, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2000, p. 44.

proceso de *transferencia de ideas a través de fronteras culturales y políticas*⁶². Pero, además, este proceso no puede ser adecuadamente estudiado “sin tomar en cuenta el ‘*suelo de recepción*’ y esto sólo puede comprenderse analizando *la dimensión local* del proceso”⁶³.

Precisamente, para el análisis de *ambas* dimensiones el comparatismo jurídico constituye *un valioso instrumento*.

La riqueza de su perspectiva, sin embargo, *no debe limitarse a los préstamos metodológicos* propios de esta disciplina. Por el contrario, consideramos que el estudio de los agentes culturales que desarrollan su actividad en este ámbito (Derecho Comparado) y sus producciones intelectuales, *pueden ser utilizados provechosamente como fuentes historiográficas de aquellos procesos*.

Justamente, cuando se trata de reconstruir, desde la perspectiva de la historia conceptual, determinados *formantes doctrinarios* el examen de cómo migran aquéllos y los complejos procesos de inserción en el contexto cultural de recepción pueden verse enriquecidos a partir de la indagación de estas nuevas fuentes⁶⁴.

Un ejemplo puede esclarecer esta posible utilidad. Un concepto dogmático discutido en un momento de la historia de las ideas penales en Argentina, en la

⁶² Así lo señala PLOTKIN, Mariano Ben (Ms.), “La recepción y circulación de ideas económicas en la Argentina y las crisis de la segunda mitad del Siglo XX”, p. 1, en *Primer simposio internacional interdisciplinario Aduanas del Conocimiento, La traducción y la constitución de las Disciplinas entre el Centenario y el Bicentenario*, Córdoba, Argentina. 8 al 12 de noviembre de 2010.

⁶³ Cfr. PLOTKIN, op. y loc. cit. en nota anterior.

⁶⁴ Al respecto, cfr. CESANO, José Daniel, “Metodología de la ciencia - jurídico penal”, en Guillermo LARIGUET (Comp.), *Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas*, Ed Brujas - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2016, p. 463: “La semántica particular de los conceptos jurídicos sólo puede ser comprendida en su propio marco de realidades, vivencias y proyecciones sociales, es decir, el estudio de los conceptos debe hacerse en relación con las estructuras sociales y los horizontes de sentido de los cuales emergen (...). Por eso se ha señalado, con acierto, que los conceptos son parte de una realidad que no es únicamente lingüística sino que ‘ellos fungen como factores cambiando esa realidad en tanto que modifican las expectativas y experiencias de las personas’ (...). De allí que sea interesante analizar el modo en que receptan, circulan y, en su caso, se especializan los conceptos jurídicos en un ámbito determinado; recepción y circulación - digo - por cuanto, al menos en lo que atañe a las categorías utilizadas por la dogmática jurídica penal actual, su procedencia responde a una matriz particular, derivada de la ciencia jurídica alemana (...). En este sentido, las teorías dogmáticas ‘tienen también aspectos culturales, históricos, sociales, que explican su aparición y justifican la dimensión pragmática de su aplicabilidad (...)’.

década de los cuarenta del siglo pasado, se vinculó con el de las causas suprale-gales de justificación. En nuestro ámbito cultural, algunos autores rechazaron firmemente esta categoría⁶⁵. Y si bien hubo quien se mostró crítico respecto de aquella opinión⁶⁶, la discusión demuestra las repercusiones locales de un debate que, en rigor, tuvo su génesis a partir de la insuficiencia normativa propia de un ordenamiento jurídico extranjero: déficit del *Strafgesetzbuch* de 1871 al momento de regular las causas de justificación; lo cual tornaba necesario para la doctrina desenvuelta sobre el viejo código imperial (con sus modificaciones posteriores), acudir a aquella elaboración dogmática⁶⁷.

¿Qué conclusión se puede extraer de lo recién narrado?

Que a través de la historia de un concepto se puede esclarecer una categoría empleada por la dogmática en un ámbito temporal y espacial, permitiendo así discernir cómo determinados trasplantes culturales, al circular sin sus contextos, pueden introducir formas de argumentación que no resultaban útiles para el análisis de casos locales⁶⁸.

Finalmente, el uso legislativo que, en un espacio histórico determinado, pueden hacer los actores vernáculos de los *formantes legales* de sistemas foráneos, no sólo es importante para determinar ciertas características de la circu-

⁶⁵ Cfr. SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, T° I, Ed. El Ateneo, Talleres Gráficos de la Universidad Nacional de Córdoba, Buenos Aires – Córdoba, 1940, p.

⁶⁶ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, “El ‘Derecho penal argentino’ de SEBASTIÁN SOLER”, en *El Criminalista*, T° VI, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1947, p. 354.

⁶⁷ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, T° III, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1981, pp. 566/567.

⁶⁸ Esta observación resulta también aplicable a la forma en que, actualmente, siguen circulando ideas provenientes del formante doctrinario, como prestamos de otros ámbitos culturales. Así, la discusión existente en la dogmática argentina en relación a si la tentativa admite o no el dolo eventual, constituye un buen ejemplo. En efecto, se ha dicho que en otras legislaciones (V.gr. C.P. Español, art. 16.1; C.P. Alemán, § 22), la identidad entre el dolo de la tentativa y el dolo del delito tentado “es plausible porque las formulas carecen de una exigencia semejante a la que trasunta el Código nacional con la expresa referencia al ‘fin’ de cometer un delito determinado como elemento limitador de la punibilidad” (cfr. Jorge DE LA RÚA – Aída TARDITTI, *Derecho penal. Parte general*, T°2, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2014, p. 263); discusión que no puede extenderse en preceptos, como nuestro artículo 42 del Código penal argentino en donde, “con arreglo al lenguaje castellano y a la comprensión corriente, no trata de cometer un delito, el que se limita a menospreciar su ocurrencia, pues quien procede de esta manera, acepta no cometer el delito, lo que es incompatible con el fin de cometerlo requerido por el [citado] art. 42 [CP]” (cfr. Ricardo C. Núñez, *Las disposiciones generales del Código Penal*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1988, p. 166, nota N° 338).

lación de aquéllos -V.gr. las razones de la imitación- sino que también permiten auscultar los complejos problemas que la recepción representa en el sistema importado; lo que se vincula con el proceso de aclimatación de aquellos modelos; aspecto que, en algunas situaciones puede dejar visualizar cómo, dichos trasplantes, lejos de solucionar problemas normativos que presenta una determinada legislación que se quiere modificar, los deja intactos, generando, a su vez, otros nuevos; por trasladar cuestiones propias del modelo que se ha exportado⁶⁹.

⁶⁹ De hecho, el uso legislativo del Derecho extranjero en los procesos de elaboración de proyectos de reforma de la legislación penal argentina, a lo largo de la historia de su codificación, muestra, en no pocas ocasiones, cómo tales propuestas de enmienda, inspiradas muchas veces en modelos foráneos (incluso de diversas tradiciones jurídicas), “a través de la estructuración de fórmulas completamente nuevas, no sólo (...) las más de las veces los problemas interpretativos anteriores, sino que se generaban otros nuevos, sin sustento dogmático en el país” (Cfr. con referencia al anteproyecto de 1960, Jorge DE LA RÚA, *Código penal argentino. Parte general*, 2ª edición, Ed. Deplama, Bs. As., 1997, p. XIII. Sobre esta cuestión en el último intento de reforma integral, del año 2019, cfr. CESANO, José Daniel, *El uso legislativo del Derecho comparado. Algunas reflexiones a partir de los trabajos preparatorios del Proyecto de Código Penal Argentino (2019)*, Ed. Lerner, Córdoba, 2019).

Una matriz teórico-analítica para el estudio comparado de marcos regulatorios

El caso del ordenamiento territorial en América del Sur

LEONOR SELENA GIMELFARB*

Resumen: Este trabajo expone la segunda parte del proceso teórico-metodológico mediante el cual se construyó una matriz analítica para el estudio de los marcos regulatorios del ordenamiento territorial. El estudio abarca diez casos nacionales en Sudamérica, mediante los cuales se busca identificar y analizar las normas que propician un desarrollo sostenible. La matriz permitió recopilar y sistematizar las disposiciones vigentes pertinentes, así como analizar e interpretar las distintas soluciones normativas existentes, su alcance y la precisión de su formulación. Concluyendo que, si bien ningún marco regulatorio puede considerarse un instrumento cabal de desarrollo sostenible, es posible identificar normas que propician tal desarrollo.

Palabras Claves: Estudio comparativo de casos. Eficacia de las normas jurídicas. Derecho comparado. América del Sur.

Abstract: *This paper presents part 2 of the theoretical-methodological process by which an analytical matrix was built for the study of the regulatory frameworks for spatial planning. The study covers ten national cases in South America, through*

* Licenciada en Derecho y Máster en Ecología Humana (Universidad de Lausana, Suiza), Doctora en Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible (Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional de Cuyo), docente-investigadora en el Departamento de Ciencias Sociales, Jurídicas y Económicas de la Universidad Nacional de Chilecito. Correo: lgimelfarb@undec.edu.ar. Agradecimientos. Este trabajo forma parte de la tesis doctoral realizada bajo la dirección de María Melina Guardamagna, a quien se agradece por la orientación brindada en la utilización de la metodología del estudio comparativo de casos y en la elaboración de la matriz analítica. Se agradece a María del Carmen Piña por los aportes metodológicos realizados en relación a la comparación jurídica.

which it seeks to identify and analyze norms that promote sustainable development. The matrix made it possible to compile and systematize relevant current provisions, as well as to analyze and interpret the various existing regulatory solutions, its scope and formulation precision. Concluding that, although no regulatory framework is a comprehensive instrument for sustainable development, it is possible to identify norms that promote such development.

Keywords: *Comparative case study. Effectiveness of legal norms. Comparative law. South America.*

Para entender la manera en la que se instrumenta jurídicamente la consecución del desarrollo sostenible por medio de políticas públicas, en particular territoriales, es necesario retomar la discusión en torno al concepto del desarrollo sostenible y a sus criterios de aplicación a tales políticas.

A la fecha no existe una definición consensuada del desarrollo sostenible¹. A principios de los noventa, se buscaba compatibilizar el desarrollo con la protección del ambiente². Luego se popularizó la concepción tridimensional, la cual pone en pie de igualdad a las aspiraciones económicas, sociales y ambientales. Esta evolución conceptual conlleva el riesgo de debilitar el alcance ecológico del concepto³. En cambio, en la concepción ecológica, se considera sostenible el desarrollo que es compatible con la conservación de los ecosistemas naturales⁴. Esta perspectiva enfatiza las restricciones y oportunidades que la naturaleza presenta a las actividades humanas⁵.

Más allá de la discusión conceptual, la implementación del desarrollo sostenible se constituye en gran reto para nuestras sociedades. Se ha advertido que

¹ Gudynas Eduardo, "Desarrollo sostenible: una guía básica de conceptos y tendencias hacia otra economía", *Otra Economía*, vol. IV, N° 6, 2010, 43-66, p. 46. <http://www.gudynas.co m/publicaciones/GudynasDesaostOtraEconomia10.pdf>.

² Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 1992. <https://www.un.org/sp anish/esa/sustdev/agenda21 /riodeclaration.htm>

³ Mahaim, Raphaël, *Le principe de durabilité et l'aménagement du territoire. Le mitage du territoire à l'épreuve du droit: utilisation mesurée du sol, urbanisation et dimensionnement des zones à bâtir* [El principio de sostenibilidad y el ordenamiento territorial. La fragmentación del territorio y la prueba del derecho: uso medurado del suelo, urbanización y dimensionamiento de las zonas edificables], Schulthess, Zürich, 2014, pp. 69 s.

⁴ Gudynas, op. cit., p.44.

⁵ Lélé Sharachchandra M., "Sustainable Development: A Critical Review", *World Development*, vol. 19, N° 6, 1991, 607-621, p. 609. [https://doi.org/10.1016/0305-750X\(91\)90197-P](https://doi.org/10.1016/0305-750X(91)90197-P)

“[d]ebido al modelo socioproductivo dominante, el único modo de avanzar hacia territorios más sostenibles que permitan alcanzar y mantener el bienestar de la población mundial, es tener presente la necesidad de planificar adecuadamente el desarrollo territorial”⁶. El instrumento que permite esta planificación es el ordenamiento territorial⁷, política que busca organizar el uso y la ocupación del territorio, y orientar su transformación, con el fin de su aprovechamiento óptimo⁸.

A su vez, “la ambigüedad que rodea al concepto del [desarrollo sostenible], complica en gran medida su aplicación práctica (...). Por este motivo, resulta fundamental avanzar en la definición de criterios” para la implementación de políticas como el ordenamiento territorial⁹.

⁶ Ferrandis Martínez Adrián y Noguera Tur Joan, “Planeamiento territorial sostenible: un reto para el futuro de nuestras sociedades; criterios aplicados”, *Cadernos Metrópole*, vol. 18, N° 37, 2016, 743-763, p. 744. <https://www.scielo.br/pdf/cm/v18n37/2236-9996-cm-18-37-0743.pdf>

⁷ Gudiño María Elina, “Instrumentos para la gestión del territorio. Ley de Ordenamiento Territorial y sistemas de información geográfica”, ponencia presentada en las Jornadas Regionales de Información Geográfica y Ordenamiento Territorial, Ministerio Secretaría General de la Gobernación, Proyecto SIT Santa Cruz, B. G. Díaz y P. Calviño (Compiladores), pp. 22-47, 2009 p. 26. http://www.sitsantacruz.gob.ar/info_geografica/archivos/0103/libros/Instrumentos.pdf; Massiris Cabeza Ángel, *Gestión territorial y desarrollo: hacia una política de desarrollo territorial sostenible en América Latina*, Grupo Imprenta y Publicaciones Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC), Tunja, Boyacá, Colombia, 2012, p. 99; Pastorino Leonardo Fabio, “El Ordenamiento Ambiental Territorial”, en *McGill International Journal for Sustainable Development Law and Policy*, N° 5, 2009, 227-250, p. 227. https://www.mcgill.ca/mjsdl/files/es/mjsdl/5_2_4_pastorino.pdf; Psathakis Jimena et al., *Una aproximación al Ordenamiento Ambiental del Territorio como herramienta para la prevención y transformación democrática de conflictos socio-ambientales - Volumen 1*, Fundación Cambio Democrático y Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Buenos Aires, 2010, p. 38. <http://45.79.210.6/wp-content/uploads/2017/04/EL-ORDENAMIENTO-AMBIENTAL-DEL-TERRITORIO.pdf>; Walsh Juan Rodrigo, “El Ordenamiento Territorial como herramienta para el desarrollo sustentable”, en *Actas del III Encuentro del FAOS (Foro de la Abogacía organizada Sudamericana)*, Comisión II: Desarrollo sustentable en América Latina, Argentina, 2009, 35-41.

⁸ Massiris Cabeza, op. cit., p. 99.

⁹ Ferrandis Martínez y Noguera Tur, op. cit., p. 744.

Por otra parte, como política pública, para generar los efectos deseados, el ordenamiento territorial requiere de un marco regulatorio adecuado¹⁰. En cuanto establece objetivos y conductas, el marco regulatorio constituye un importante recurso de las políticas públicas¹¹. En este sentido, nos interesaba saber si los marcos regulatorios del ordenamiento territorial, vigentes a nivel nacional en nuestra región, propician efectivamente un desarrollo sostenible. Es decir, si y de qué manera estos marcos regulatorios receptan los criterios de sostenibilidad del ordenamiento territorial. Establecimos como supuesto de investigación que, a partir de un estudio comparado entre diversos marcos jurídicos del ordenamiento territorial, se identifican normas que propician un desarrollo sostenible, que podrían ser receptadas, con las debidas adecuaciones, en el ordenamiento jurídico argentino, haciendo a este más eficaz para propiciar tal desarrollo.

Con el objeto de examinar la idoneidad¹² de dichos marcos regulatorios en relación a alcanzar un desarrollo sostenible, nos propusimos identificar y analizar las normas que propician tal desarrollo. Para lograr este objetivo, encaramos un estudio comparativo de casos, para la realización del cual construimos una matriz analítica. Esta matriz permitió realizar dos tipos de análisis: uno de índole cuantitativa y otro de índole cualitativa. Dimos cuenta del primero el año pasado¹³. En el presente trabajo haremos hincapié en el segundo y en la manera cómo ambos se articulan. Previamente, reseñaremos brevemente la construcción de la matriz y los principales aspectos del análisis cuantitativo.

¹⁰ Gudiño, op. cit., p. 24.

¹¹ Subirats Joan, Knoepfel Peter, Larrue Corinne y Varone Frédéric, *Análisis y gestión de políticas públicas*, Ariel, Barcelona, 2008, pp. 71 s.

¹² Las normas jurídicas que son idóneas para lograr el estado de cosas que se propuso el legislador –el fin político que lo motivó a sancionarlas– pueden considerarse eficaces en el sentido de éxito. La eficacia como éxito se refiere al uso instrumental que se hace de las normas jurídicas para alcanzar determinados objetivos. Hierro Liborio L., *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Barcelona, 2003, p. 160.

¹³ Gimelfarb Leonor S., “¿Propician un desarrollo sostenible? Propuesta metodológica para analizar los marcos regulatorios del ordenamiento territorial”, *Cuaderno de Derecho Comparado*, T. III, 2020, 75-104. <https://www.aca.derc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/07/Cuaderno-de-Derecho-Comparado-N%C2%BA-3-A%C3%B1o-2020-1.pdf>

I. La construcción de una matriz para el análisis de marcos regulatorios

El primer paso en la construcción de la matriz fue la formulación de las dimensiones de análisis y sus respectivos indicadores, para lo cual sistematizamos los desarrollos teóricos e internacionales sobre la vinculación entre ordenamiento territorial y desarrollo sostenible. En función de los criterios de sostenibilidad que identifican los autores consultados¹⁴, identificamos las siguientes dimensiones de análisis: 1. Carácter del ordenamiento territorial, 2. Diagnóstico territorial, 3. Modelo territorial deseado, 4. Consumo de suelo, 5. Localización de los usos del suelo, 6. Asentamientos humanos, 7. Provisión de viviendas, 8. Actividades a realizar en el territorio, 9. Evaluación de los planes de ordenamiento territorial y 10. Participación ciudadana.

Para cada dimensión de análisis, sistematizamos los criterios de sostenibilidad propuestos por los autores consultados y los formulamos como aspiraciones. Luego, reformulamos estas aspiraciones como indicadores que se puedan aplicar a normas jurídicas (Tabla 1).

Tabla 1. Dimensiones, aspiraciones e indicadores para el análisis de los marcos regulatorios del ordenamiento territorial en función del desarrollo sostenible (extracto).

Dimensiones de análisis	Aspiración	Indicadores
2. Diagnóstico territorial	<ul style="list-style-type: none"> • Que se conozca el funcionamiento del sistema territorial y se entienda su evolución y dinámica. • Que se conozcan los recursos, las potencialida- 	a. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del ordenamiento territorial de prescripciones relativas a la realización de un diagnóstico territorial de carácter integral, que incluya varia-

¹⁴ Ferrandis Martínez y Noguera Tur, 2016, p. 754; Gómez Orea Domingo y Gómez Villarino Alejandro, Ordenación del territorio, 3ª ed., Ediciones Mundi-Prensa, Madrid, 2013; Mahaim, op. cit., p. 142.; Massiris, 2012, p. 99; Pastorino, op. cit., p. 230; Rodríguez Seeger, Claudia y Reyes Päckle, Sonia, "Propuesta metodológica para la elaboración de un plan de ordenamiento territorial sustentable", Revista Proyección, vol. 1, N° 4, 2008, p. 8. http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/3240/seegerproyeccion4.pdf; Vargas, Jorge Enrique, Políticas públicas para la reducción de la vulnerabilidad frente a los desastres naturales y socio-naturales (Vol. 50). CEPAL/United Nations Publications, Santiago de Chile, 2002, p. 32. http://repositorio.cepal.org/bi/tstr/eam/handle/11362/5749/1/S2002612_es.pdf

Dimensiones de análisis	Aspiración	Indicadores
2. Diagnóstico territorial	des, las ventajas comparativas y los riesgos del territorio. <ul style="list-style-type: none"> • Que se conozca la presión actual y futura sobre el territorio. • Que se comprenda la brecha existente entre la situación ambiental actual y la deseada. • Que se puedan identificar los problemas más relevantes y diseñar el modelo territorial deseado. 	bles ambientales, sociales y económicas. b. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del ordenamiento territorial de prescripciones relativas a la realización de una evaluación ambiental del territorio.

En función de la cantidad de requerimientos que plantea en cada dimensión de análisis un ordenamiento territorial orientado al desarrollo sostenible, formulamos para cada dimensión entre uno y cinco indicadores.

Esta matriz nos permitió realizar un estudio comparativo de casos¹⁵ en América del Sur¹⁶. Seleccionamos los diez países de la región que cuentan con marcos regu-

¹⁵ Collier David, "Método comparativo", Revista Uruguaya de Ciencia Política, Vol. 5, 1992, 21-46, p. 21. https://www.colib.ri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/20.500.12008/7068/1/RUC_P_Collier_1992_v5.pdf. Gunturiz Rodríguez María Angélica, Puello-Socarrás José Francisco, Gómez Cardenas Carlos y Lucca Juan Bautista, "El método comparado y el estudio de las políticas sociales en América Latina y el Caribe", en Revista Latinoamericana de Metodología de las Ciencias Sociales, vol. 8, N° 2, 2018, e044. <https://doi.org/10.2421/5/18537863e044>. Sartori Giovanni, "Comparación y método comparativo", en Giovanni Sartori y Leonardo Morlino (comp.), La comparación en las ciencias sociales (pp. 29-49), Alianza Editorial, Madrid, 1999, p. 14.

¹⁶ El estudio comparativo de casos de una misma área geográfica (estudio de área) se desarrolla en un contexto socioeconómico y cultural relativamente homogéneo. Se comparan países que, sin perjuicio de su gran diversidad, comparten rasgos comunes en cuanto a historia, cultura, grado de desarrollo humano y tipo de inserción internacional. Lo cual permite dejar de lado – sin perderlas completamente de vista – las particularidades de cada país para enfocarse específicamente en el tema de interés. Lucca Juan Bautista y Pinillos Cintia, "El número de casos en la política comparada latinoamericana", en De-

latorios del ordenamiento territorial^{17 18}: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Recopilamos las leyes específicas (leyes de ordenamiento territorial) y los marcos regulatorios difusos (normas de ordenamiento territorial incorporadas en leyes con otro objeto, tales como leyes ambientales o de competencia), relevando un total de 36 leyes en sentido amplio. Incluimos tanto leyes en sentido estricto, como normas constitucionales y normas infralegales. Nos enfocamos en la legislación nacional, dejando de lado, para su estudio posterior, la normativa subnacional (provincial o estadual).

Como un tamiz, la matriz anteriormente presentada nos permitió identificar en estas 36 leyes que conforman los marcos regulatorios de nuestros casos de estudio, las normas que propician un desarrollo sostenible. Para ello, buscamos en cada una de las leyes recopiladas normas que verifiquen los indicadores. Volcamos estos resultados a una matriz que cruza los indicadores y los casos de estudio (Tabla 2).

Tabla 2. Disposiciones de ordenamiento territorial que verifican los indicadores de desarrollo sostenible (América del Sur, 2018, extracto).

Dimensiones de análisis	Indicadores	Argentina	Bolivia	Brasil
1. Carácter del ordenamiento territorial	a. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del ordenamiento territorial de prescripciones relativas al uso, la ocupación y la transformación de todo el territorio nacional.	Ley 25.675 de 2002, art. 9 ¹⁹ .	Constitución Política de 2009, art. 298, inc. II, num. 33 ²⁰ . Ley 031 de 2010, art. 94 ²¹ . Ley 300 de 2012, art. 16, inc. 2 ²² .	Ley 6.938 de 1981, art. 9, inc. II ²⁴ . Decreto 4.297 de 2002, art. 1; 2; 3; 6 ²⁵ . Ley 10.257 de 2001, art. 3, inc. V; 4, inc. I y II ²⁶ .

mocratización en América Latina en perspectiva comparada, Editorial de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2016, p. 24.

¹⁷ Massiris Cabeza Ángel, "Políticas de ordenamiento territorial en América Latina: Examen comparado", ponencia presentada ante la Comunidad Andina, en Lima, Perú, marzo de 2013, pp. 12-59. Senado de la Nación Argentina, Comisión de Economías Regionales, Economía Social, Micro, Pequeña y Mediana Empresa, Antecedentes normativos sobre la temática del ordenamiento territorial, 2014. <http://www.senado.gov.ar/upload/19534.pdf>

¹⁸ Se consideró la legislación vigente al 1° de marzo de 2018.

Dimensiones de análisis	Indicadores	Argentina	Bolivia	Brasil
			Ley 1333 de 1992, art. 5, num. 8, y 12, inc. b ²³ .	Decreto 4.297 de 2002, art. 12 y 13.
2. Diagnóstico territorial	b. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del ordenamiento territorial de prescripciones relativas a la realización de un diagnóstico territorial de carácter integral, que incluya variables ambientales, sociales y económicas.	Ley 25.675 de 2002, art. 10, primer párrafo.	--	Decreto 4.297 de 2002, art. 13, inc. II y III.
	c. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del ordenamiento territorial de prescripciones relativas a la realización de una evaluación ambiental del territorio.	--	--	

¹⁹ POLÍTICA AMBIENTAL NACIONAL. Ley 25.675. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 28 de noviembre de 2002. <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/7229745/20021128?busqueda=1>

²⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Febrero de 2009. http://www.planificacion.gob.bo/uploads/marco-legal/nueva_constitucion_politica_del_estado.pdf

²¹ LEY MARCO DE AUTONOMÍAS Y DESCENTRALIZACIÓN "ANDRÉS IBÁÑEZ". Ley 031. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz, Bolivia, 19 de julio de 2010. <http://www.planificacion.gob.bo/uploads/marco-legal/Ley%20N%C2%B0%20031%20DE%20AUTONOMIAS%20Y%20DESCENTRALIZACION.pdf>

La matriz original, que por motivo de espacio disponible no se puede reproducir en su integralidad, está conformada por diez filas (las diez dimensiones de análisis) y diez columnas (los diez casos de estudio). En las celdas figuran las disposiciones que verifican el respectivo indicador en cada marco regulatorio. Las celdas vacías (señaladas por el símbolo —) muestran que, en el marco regulatorio considerado, ninguna norma recepta el respectivo criterio de sostenibilidad.

Una primera lectura de la matriz nos provee información de índole cuantitativa sobre nuestros casos de estudio.

¹⁹ POLÍTICA AMBIENTAL NACIONAL. Ley 25.675. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 28 de noviembre de 2002. <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/7229745/20021128?busqueda=1>

²⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Febrero de 2009. http://www.planificacion.gob.bo/uploads/marco-legal/nueva_constitucion_politica_del_estado.pdf

²¹ LEY MARCO DE AUTONOMÍAS Y DESCENTRALIZACIÓN “ANDRÉS IBÁÑEZ”. Ley 031. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz, Bolivia, 19 de julio de 2010. <http://www.planificacion.gob.bo/uploads/marco-legal/Ley%20N%C2%B0%20031%20DE%20AUTONOMIAS%20Y%20DESCENTRALIZACION.pdf>

²² LEY MARCO DE LA MADRE TIERRA Y DESARROLLO INTEGRAL PARA VIVIR BIEN. Ley 300. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz, Bolivia, 15 de octubre de 2012. Recuperado de <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/300>

²³ LEY DE MEDIO AMBIENTE. LEY 1333. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz, Bolivia, 15 de junio de 1992. <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/1333>

²⁴ DISPÕE SOBRE A POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE, SEUS FINS E MECANISMOS DE FORMULAÇÃO E APLICAÇÃO, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. Lei 6.938. Diário Oficial da União, Brasília, Brasil, 2 de septiembre de 1981. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm

²⁵ REGULAMENTA O ART. 9º, INCISO II, DA LEI Nº 6.938, DE 31 DE AGOSTO DE 1981, ESTABELECEndo CRITÉRIOS PARA O ZONEAMENTO ECOLÓGICO-ECONÔMICO DO BRASIL - ZEE, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. Decreto 4.297 Diário Oficial da União, Brasília, Brasil, 11 de julio de 2002. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4297.htm

²⁶ ESTATUTO DA CIDADE – Lei 10.257. Diário Oficial da União, Brasília, Brasil, 11 de julio de 2001. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/L10257.htm

II. Análisis cuantitativo: ¿en qué medida los marcos jurídicos examinados propician un desarrollo sostenible?

Para facilitar una lectura global de la matriz (Tabla 2), se elaboró una versión simplificada (Tabla 3), sustituyendo por cruces las disposiciones normativas recopiladas.

Tabla 3. Indicadores de desarrollo sostenible que se verifican en los marcos regulatorios del ordenamiento territorial vigentes a nivel nacional en América del Sur (2018, extracto).

Dimensiones de análisis	Indicadores	Argentina	Bolivia	Brasil	Chile	Colombia	Ecuador	Paraguay	Perú	Uruguay	Venezuela	Total
1. Carácter del orden. territorial	a	x	x	x	x	x	x	(x)	x	x	x	9
2. Diagnóstico territorial	b	x	--	x	x	(x)	(x)	--	x	(x)	(x)	4
	c	--	--	x	--	--	--	--	x	--	--	2
3. Modelo territorial deseado	d	--	--	--	--	x	--	--	--	--	(x)	1
	e	--	x	x	(x)	x	x	--	--	x	x	6
	f	(x)	x	x	--	x	x	(x)	x	x	x	7
	g	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	0
10.	z	(x)	(x)	x	x	x	x	(x)	(x)	x	x	6
Participación	aa	x	--	x	(x)	x	x	--	(x)	x	(x)	5
Total integral		4	4	10	7	11	11	1	8	16	6	78
Total parcial		6	5	10	6	7	3	6	4	4	8	58
Total		10	9	20	13	18	14	7	12	20	14	134

Esta matriz se puede leer en dos direcciones. La lectura en sentido vertical (columnas) nos provee información sobre cada uno de los casos examinados, mientras que la lectura en sentido horizontal (filas) permite comparar los casos entre sí, en relación a cada dimensión de análisis.

La información que presenta de manera sistematizada esta matriz nos permite vislumbrar el perfil de la región: apreciar la cantidad de indicadores de de-

sarrollo sostenible que se verifican regionalmente y en cada uno de los marcos regulatorios examinados, así como la importancia relativa de las dimensiones de análisis. Estos datos muestran en qué medida los marcos regulatorios vigentes en nuestra región propician un desarrollo sostenible y qué aspectos del ordenamiento territorial consideraron relevantes los respectivos legisladores. Vemos así que la participación ciudadana está prevista en siete marcos regulatorios, mientras que el diagnóstico territorial está regulado en solo cuatro países.

Este estudio posibilitó una primera aproximación, de índole cuantitativa, a los marcos regulatorios del ordenamiento territorial en cuanto potenciales instrumentos para un desarrollo sostenible. Sin embargo, no brinda información sobre las soluciones concretas ofrecidas por los distintos marcos regulatorios. Este es el objeto del segundo análisis, de índole cualitativa, que exponemos a continuación.

III. Análisis cualitativo: ¿de qué manera los marcos jurídicos examinados propician un desarrollo sostenible?

El presente trabajo complementa el anterior, con la exposición del proceso teórico-metodológico por medio del cual se construyó la matriz analítica para el examen cualitativo de los marcos regulatorios. Esta matriz nos acercará a las normas que propician un desarrollo sostenible.

Como primer paso, volvimos a la matriz que contiene las disposiciones relevadas (Tabla 2). Esta vez, en cada dimensión de análisis, transcribimos, para cada indicador, el texto de las disposiciones con el objeto de identificar las normas que dichas disposiciones contienen. Con esta transcripción se buscó, por un lado, poder identificar y describir las normas que propician un desarrollo sostenible en cada marco regulatorio; y, por otro, poder apreciar el alcance de cada disposición y la precisión de su formulación.

El trabajo se llevó adelante en dos etapas:

1. Primero se realizaron los diez estudios de caso: se examinaron las diez dimensiones de análisis en relación al marco regulatorio vigente en cada país.
2. Luego se realizó el estudio comparado: se cotejaron los diez casos, en cada una de las dimensiones de análisis.

1. Estudio de casos

Para el estudio de casos, se elaboró nuevamente una matriz (Tabla 4), una por país, que permitió contrastar cada disposición relevada con el respectivo indicador para determinar si este se encuentra verificado y en qué medida cada dimensión de análisis está contemplada en el respectivo marco jurídico.

Tabla 4. Matriz de verificación de los indicadores de desarrollo sostenible (extracto).

Dimensiones de análisis	Indicadores	Disposición relevada	Resultado	
			Indicador	Dimensión
2. Diagnóstico territorial	b. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del ordenamiento territorial de prescripciones relativas a la realización de un diagnóstico territorial de carácter integral, que incluya variables ambientales, sociales y económicas.	DFL 19.175 de 2005, art. 17, inc. a), 4° párr. ²⁷ : La elaboración del plan regional de ordenamiento territorial se iniciará con un diagnóstico de las características, tendencias, restricciones y potencialidades del territorio regional. (...) DFL 458 de 1975, art. 28 decies, inc. e) ²⁸ :	Verificado	Parcialmente contemplada
			--	

²⁷ LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL SOBRE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN REGIONAL (TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO, SISTEMATIZADO Y ACTUALIZADO). Decreto con Fuerza de Ley 19.175. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile 8 de noviembre de 2005. <https://www.diariooficial.interior.gob.cl/versionesanteriores/do/20051108/>

²⁸ LEY GENERAL DE URBANISMO Y CONSTRUCCIONES DE CHILE. Decreto con Fuerza de Ley 458. Diario Oficial de la República de Chile, 13 de abril de 1976. <https://www.diariooficial.interior.gob.cl/versiones-antiores/do-h/19760413/>

Dimensiones de análisis	Indicadores	Disposición relevada	Resultado	
			Indicador	Dimensión
		La planificación urbana es una función pública cuyo objetivo es organizar y definir el uso del suelo y las demás normas urbanísticas de acuerdo con el interés general. Su ejercicio deberá: (...) e) Ser consistente con los estudios técnicos referidos a movilidad urbana, infraestructura sanitaria y energética, riesgos y protección del patrimonio natural y cultural, entre otros (...).		
	c. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del ordenamiento territorial de prescripciones relativas a la realización de una evaluación ambiental del territorio.	-- --	No verificado	

El ejemplo de la Tabla 4 ilustra cómo se realizó el análisis cualitativo: contrastando las disposiciones relevadas con los indicadores. La disposición transcrita, perteneciente al marco regulatorio vigente en Chile, contiene la prescripción “se iniciará con un diagnóstico de las características, tendencias, restricciones y potencialidades del territorio regional” (DFL 19.175, 2005, art. 17, inc. a), 4° párr.). Consideramos que la expresión “diagnóstico de las características, tendencias, restricciones y potencialidades del territorio” puede entenderse como equiparable a un diagnóstico territorial de carácter integral, aunque no se prescriba explícitamente la inclusión de variables ambientales, sociales y económicas. En tal sentido, el indicador puede considerarse verificado.

Por otra parte, debido a que no se encontraron en las leyes examinadas disposiciones relativas a la realización de una evaluación ambiental del territorio, el segundo indicador se considera no verificado. En el marco regulatorio considerado, al verificarse un solo indicador, la dimensión de análisis diagnóstico territorial se encuentra parcialmente contemplada.

Con respecto al segundo aspecto del análisis, referido al alcance de cada disposición y a la precisión de su formulación, podemos ilustrarlo con el siguiente ejemplo, tomado de la dimensión de análisis participación ciudadana, a la que corresponden dos indicadores. El primero –existencia en los marcos jurídicos vigentes del ordenamiento territorial de mecanismos de participación ciudadana– se verifica en el marco regulatorio chileno en varias disposiciones del DFL 19.175 de 2005 (sobre Gobierno y Administración Regional). Son disposiciones largas, que, en honor a la brevedad, vamos a sintetizar. Se prevén cinco mecanismos distintos:

a. La publicación de los instrumentos de planificación territorial para garantizar el acceso a la información pública (DFL 458 de 1975, art. 28 septies);

b. Un procedimiento de consulta pública, que incluye una audiencia pública (DFL 19.175 de 2005, art. 28 octies), procedimiento que se aplica tanto a los planes regionales de ordenamiento territorial (DFL 19.175 de 2005, art. 17, inc. a), 4° párr.), como al Plan Regulador Intercomunal o Metropolitano (DFL 458 de 1975, art. 36) y al Plan Regulador Comunal (DFL 458 de 1975, art. 43);

c. Una comisión con representación particular para asesorar en el estudio del Plan Regulador Comunal y coordinar su programación y realización (DFL 458 de 1975, art. 49);

d. La aplicación del derecho constitucional de petición a la elaboración y aprobación de los instrumentos de planificación territorial, pudiendo los particulares proponer nuevos instrumentos o modificaciones los existentes (DFL 458 de 1975, art. 28 nonies).

e. La constitución de un consejo consultivo de la sociedad civil para la Comisión Interministerial encargada de proponer las políticas nacionales de ordenamiento territorial y desarrollo rural y urbano (DFL 19.175 de 2005, art. 17, inc. a), 5° párr.).

Al preverse cinco mecanismos, el indicador debe considerarse verificado. Además, la ley especifica los primeros dos mecanismos. Así, los actos administrativos que promulguen la aprobación o modificación de un instrumento de planificación territorial deben publicarse en el sitio electrónico del organismo que los promulgue –conforme a lo dispuesto en la ley pertinente (Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública)– junto con su memoria explicativa, el respectivo informe ambiental y un resumen ejecutivo del instrumento de planificación. Resumen que debe incluir una descripción del instrumento y sus principales efectos esperados, “sin perjuicio de la difusión de otros resúmenes explicativos en lenguaje claro y simple” (DFL 458 de 1975, art. 28 septies). Estamos frente a una disposición detallada y concreta.

De modo similar, la ley especifica las etapas del procedimiento de consulta pública (DFL 458 de 1975, art. 28 octies) y prevé que este deberá ser reglamentado –por la Comisión Interministerial y su consejo consultivo de la sociedad civil– (DFL 19.175 de 2005, art. 17, inc. a), 5° párr.).

Vemos entonces que se prevén mecanismos concretos y que estos están descritos con un importante nivel de detalle.

El segundo indicador correspondiente a la dimensión participación ciudadana – existencia en los marcos jurídicos vigentes del ordenamiento territorial de la prescripción de la participación ciudadana en todas las fases del ordenamiento territorial– se verifica en tres disposiciones (DFL 458 de 1975, art. 28 octies; 36, 2° párrafo; y 43), referidas a los distintos tipos de planes.

El art. 28 octies empieza de manera prometedora: “El proceso de elaboración de los planes reguladores intercomunales o metropolitanos, de los planes reguladores comunales y de los planes seccionales, así como el relativo a sus modificaciones, deberá ser transparente y participativo, debiendo requerirse la opinión de los vecinos afectados y de los principales actores del territorio planificado” (DFL 458, 1975, art. 28 octies).

Sin embargo, el resto del párrafo introduce una limitación: “Con tal objetivo se debe contemplar, como paso previo a la elaboración del anteproyecto del plan, la formulación de una imagen objetivo del desarrollo urbano del territorio a planificar, conforme al siguiente procedimiento” (DFL 458, 1975, art. 28 octies). Así, el procedimiento de consulta está previsto en un único momento del proceso de ordenamiento territorial –previamente a la elaboración del anteproyecto del plan– y se limita a la formulación de una imagen objetivo del desarrollo urbano del territorio a planificar. En otras palabras, no está prevista la participación ciudadana en las otras etapas del ordenamiento territorial (tales como el diagnóstico territorial, la implementación de los planes y la evaluación de los resultados).

Ante una disposición de estas características, ¿debe el indicador considerarse verificado? No se puede considerar verificado, ya que no se verifica cabalmente. A su vez, tampoco puede decirse que el marco regulatorio examinado no especifica el momento de la participación (está garantizada en al menos una etapa del proceso). En tal sentido, hemos optado por considerar el indicador parcialmente verificado.

Otro ejemplo tomado del marco regulatorio de Chile permite ilustrar la idea de alcance de las normas. En relación a la dimensión de análisis consumo de suelo y el indicador existencia en los marcos jurídicos vigentes del ordenamiento territorial de mecanismos de control del crecimiento urbano, tales como límites cuantitativos al consumo de suelo, la ley chilena prohíbe abrir calles, lotear y edificar fuera de los límites urbanos establecidos en los planes reguladores (DFL 458 de 1975, art. 55). Pareciera entonces que esta ley contiene un mecanismo de control del crecimiento urbano. Sin embargo, la misma disposición prevé diversas excepciones y no se establecen criterios para regular la ampliación de los límites urbanos (DFL 458 de 1975, art. 54). Esta ley no frena el consumo de suelo. Al contrario, se fomenta una ciudad de baja densidad edificatoria y demográfica, al facilita la implantación residencial en gran parte del ámbito territorial[30]. Con este ejemplo vemos que no se pueden considerar disposiciones aisladas, ni realizar un análisis superficial. Se debe examinar, críticamente, la normativa pertinente en su totalidad y consultar la bibliografía especializada del país examinado.

Con respecto a la precisión de la formulación de las normas, podemos ilustrarlo con un ejemplo relacionado también con la dimensión de análisis con-

sumo de suelo y el indicador existencia en los marcos jurídicos vigentes del ordenamiento territorial de mecanismos de control del crecimiento urbano, tales como límites cuantitativos al consumo de suelo. Esta vez vamos a tomar dos ejemplos, uno de Chile y otro de Brasil.

Como mencionábamos, en Chile, el marco regulatorio no prevé mecanismos de control del crecimiento urbano. Solo prevé que la planificación urbana debe procurar que el suelo se ocupe de manera “eficiente” (DFL 458, 1975, art. 28 decies), sin definir la eficiencia, ni establecer criterios a tal fin. En la práctica, el efecto que pueda tener esta norma sobre el consumo de suelo dependerá de cómo las autoridades definan la eficiencia (ya sea en un decreto reglamentario o caso por caso) y verifiquen su cumplimiento. La ley usa un concepto indeterminado, lo que da a la autoridad de aplicación un amplio margen de apreciación, situación que puede desafiar el fin aparente de la norma.

De modo similar, en Brasil, se prescribe la adopción de patrones sostenibles de expansión urbana (Ley N° 10.257 de 2001, art. 2, inc. VIII), sin especificar lineamientos para su elaboración.

En ambos casos, hemos optado por considerar el indicador parcialmente verificado, ya que los marcos regulatorios tienen en cuenta el tema del control del crecimiento urbano, pero con un alcance limitado y normas ambiguas.

Los ejemplos mencionados permiten apreciar cómo se llevó a cabo el análisis de las normas, las dificultades encontradas y la manera de resolverlas en el marco del estudio de casos. Expondremos seguidamente los procedimientos implementados para realizar el estudio comparado.

2. Estudio comparado

Para el estudio comparado de los casos, se elaboró nuevamente una matriz (Tabla 5), uniendo las matrices de cada país (Tabla 4), en cada dimensión de análisis, con el objeto de permitir una lectura por dimensión de análisis y por indicador (Tabla 5).

Tabla 5. Matriz de comparación (extracto).

Dimensión de análisis	Indicador	Brasil	Chile	Colombia
2. Diagnóstico territorial	Existencia en los marcos jurídicos vigentes del ordenamiento territorial de prescripciones relativas a la realización de un diagnóstico territorial de carácter integral, que incluya variables ambientales, sociales y económicas.	Decreto 4.297 de 2002, art. 12 y 13: Art. 12. A definição de cada zona observará, no mínimo: I - diagnóstico dos recursos naturais, da sócio-economia e do marco jurídico-institucional; II - informações constantes do Sistema de Informações Geográficas; III - cenários tendenciais e alternativos; Art. 13. O diagnóstico a que se refere o inciso I do art. 12 deverá conter, no mínimo: I - Unidades dos Sistemas Ambientais (...) IV - indicação de corredores ecológicos; V - tendências de ocupação e articu-	DFL 19.175 de 2005, art. 17, inc. a), 4° párr.: La elaboración del plan regional de ordenamiento territorial se iniciará con un diagnóstico de las características, tendencias, restricciones y potencialidades del territorio regional. (...) DFL 458 de 1975, art. 28 decies, inc. e): La planificación urbana (...). Su ejercicio deberá: (...) e) Ser consistente con los estudios técnicos referidos a movilidad urbana, infraestructura sanitaria y energética, riesgos y protección del patrimonio natural y cultural,	Ley 388 de 1997, art. 112: Con el objeto de contar con un sistema de información urbano que sustente los diagnósticos y la definición de políticas, así como la formulación de planes, programas y proyectos de ordenamiento espacial del territorio por parte de los diferentes niveles territoriales, los municipios y distritos deberán organizar un expediente urbano, con-

Dimensión de análisis	Indicador	Brasil	Chile	Colombia
		VI - condições de vida da população (...)		documentos, planos e información georreferenciada, acerca de su organización territorial y urbana. Ley 99 de 1993, art 17: Créase el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales, (...) encargado (...) de establecer las bases técnicas para clasificar y zonificar el uso del territorio nacional para los fines de la planificación y el ordenamiento del territorio.

Dimensión de análisis	Indicador	Brasil	Chile	Colombia
	Existencia en los marcos jurídicos vigentes del ordenamiento territorial de prescripciones relativas a la realización de una evaluación ambiental del territorio.	Decreto 4.297 de 2002, art. 13, inc. II y III: Art. 13. O diagnóstico a que se refiere o inciso I do art. 12 deverá conter, no mínimo: II - Potencialidade Natural (...) III - Fragilidade Natural Potencial (...)	--	--

Esta matriz (Tabla 5) nos permitió comparar, en cada dimensión de análisis, indicador por indicador, las disposiciones pertinentes, previamente analizadas, de los diez países examinados. Buscamos similitudes y diferencias entre ellas en relación al grado de cumplimiento del indicador, alcance de la norma y precisión en su formulación. Este procedimiento nos permitió comprender de qué manera las dimensiones de análisis están contempladas en los distintos marcos jurídicos examinados; es decir, las soluciones que ofrecen al respecto.

Para ilustrar, analizamos el ejemplo de la Tabla 5, referido a una dimensión de análisis con una muestra de tres países.

En primer lugar, se advierte que la dimensión de análisis está integralmente contemplada (se verifican ambos indicadores, referidos a la realización de un diagnóstico integral y de una evaluación ambiental del territorio) en un solo país, Brasil, mientras que en los otros dos países (Chile y Colombia), solo se verifica el primer indicador (referido a la realización de un diagnóstico integral).

Con respecto al primer indicador –existencia en los marcos jurídicos vigentes del ordenamiento territorial de prescripciones relativas a la realización de un diagnóstico territorial de carácter integral, que incluya variables ambien-

tales, sociales y económicas– se puede observar que los marcos regulatorios de Brasil y Chile contienen disposiciones específicas al respecto, más detalladas en el caso de Brasil. Mientras que la legislación colombiana solo contiene una referencia a la realización de un diagnóstico, sin especificar que sea de carácter integral, ni que incluya variables ambientales, sociales y económicas.

Con respecto al segundo indicador –existencia en los marcos jurídicos vigentes del ordenamiento territorial de prescripciones relativas a la realización de una evaluación ambiental del territorio–, la disposición de Brasil indica explícitamente que el diagnóstico previo a la definición de las zonas ecológicas económicas debe considerar las potencialidades y la fragilidad natural, lo que se asemeja a una evaluación ambiental²⁹. Además, la disposición define de con detalle lo que cada término implica:

“II - Potencialidade Natural, definida pelos serviços ambientais dos ecossistemas e pelos recursos naturais disponíveis, incluindo, entre outros, a aptidão agrícola, o potencial madeireiro e o potencial de produtos florestais não madeireiros, que inclui o potencial para a exploração de produtos derivados da biodiversidade;

III - Fragilidade Natural Potencial, definida por indicadores de perda da biodiversidade, vulnerabilidade natural à perda de solo, quantidade e qualidade dos recursos hídricos superficiais e subterrâneos” (Decreto 4.297, 2002, art. 13, inc. II y III).

Este procedimiento nos permite identificar, en relación a cada dimensión de análisis, los países cuyos marcos regulatorios del ordenamiento territorial contienen las prescripciones más completas –en este ejemplo: Brasil, gracias a la vigencia de la zonificación ecológica económica–.

Para completar el análisis, además de verificar los indicadores, resulta interesante contrastar las disposiciones examinadas con las

²⁹ La evaluación ambiental analiza la interacción entre la ocupación del territorio y el ambiente, mediante la aplicación de una matriz Presión – Estado – Impacto – Respuesta. RODRÍGUEZ SEEGER Y REYES PÁCKE, op. cit. p. 13. Las autoras advierten que: “La inexistencia de evaluaciones ambientales integrales es una realidad no sólo en Chile, sino en la mayoría de los países de América Latina, lo cual implica no sólo el desconocimiento del estado real de los componentes ambientales, sino también de las consecuencias que han tenido las actividades y la ocupación antrópica sobre estos componentes”.

aspiraciones correspondientes a la dimensión de análisis, de acuerdo a los autores consultados. Con respecto al diagnóstico territorial, las aspiraciones son: que se conozca el funcionamiento del sistema territorial y se entienda su evolución y dinámica; que se conozcan los recursos, las potencialidades, las ventajas comparativas y los riesgos del territorio; que se conozca la presión actual y futura sobre el territorio; que se comprenda la brecha existente entre la situación ambiental actual y la deseada; y que se puedan identificar los problemas más relevantes y diseñar el modelo territorial deseado³⁰.

Este paso nos permite detectar particularidades de los marcos regulatorios: por ejemplo, el marco regulatorio de Chile menciona explícitamente las potencialidades del territorio como un aspecto importante del diagnóstico y el de Brasil hace referencia a los recursos naturales. Ninguno menciona los problemas y los riesgos del territorio como aspectos importantes a tener en cuenta; solo el marco jurídico de Chile menciona las restricciones. Ninguno considera a las inequidades y desequilibrios socioterritoriales como aspectos pertinentes. Con respecto a la evolución y dinámica del territorio, se destaca el marco regulatorio de Brasil, que menciona escenarios tendenciales. Este marco regulatorio es también el único que contiene prescripciones orientadas a conocer la presión actual y futura sobre el territorio.

Por otra parte, el marco regulatorio de Brasil contiene prescripciones respecto de la procedencia de la información a utilizar en la elaboración del diagnóstico, mientras que, en el marco regulatorio de Chile, se prescribe tener en cuenta informes técnicos. En cambio, en Colombia, con el objeto de disponer de información adecuada, se prevé la creación de un instituto, cuya función es definir las bases técnicas para la clasificación y zonificación del territorio nacional.

En función del análisis realizado, se vislumbra que la dimensión de análisis diagnóstico territorial está tratada de manera diversa en los distintos marcos regulatorios, siendo el marco regulatorio de Brasil el más completo de los tres, seguido del de Chile. En cambio, el marco regulatorio de Colombia aparece más bien débil en este aspecto.

³⁰ GIMELFARB, op. cit., p. 90.

El procedimiento antes descrito se repitió para las diez dimensiones de análisis, cotejando los diez casos del estudio. Tal análisis nos brinda una imagen del desempeño cualitativo de los marcos regulatorios examinados. Este análisis cualitativo permite, más allá de la cantidad de dimensiones de análisis que contemple cada marco jurídico, conocer el alcance de las disposiciones (es decir, la diversidad de aspectos o situaciones que contemplan) y la precisión en su formulación (la cual puede ser clara y de carácter vinculante o dejar lugar a dudas y permitir excepciones). Así, es posible pensar que marcos jurídicos que tal vez no se destaquen por la cantidad de dimensiones de análisis que contemplan, pueden contener prescripciones amplias y normas bien formuladas en relación a una dimensión o indicador en particular. En otras palabras, destacarse en relación al tratamiento que dan a determinada dimensión de análisis o indicador.

Una vez completado del análisis cualitativo, el siguiente paso es examinar de qué manera este análisis cualitativo se articula con el análisis cuantitativo.

IV. Articulación entre los análisis cuanti y cualitativo: ¿cómo se complementan ambos enfoques?

Era esperable que el análisis cualitativo realizado complementara el análisis cuantitativo de dos maneras opuestas.

Por un lado, el análisis cualitativo podría modificar el cuantitativo en el sentido de compensar con calidad (en relación al alcance y precisión de las normas) un resultado cuantitativamente bajo (expresado por una cantidad reducida de dimensiones de análisis contempladas en el marco regulatorio examinado y/o cantidad reducida de indicadores verificados).

Por otro lado, el análisis cualitativo podría reforzar la tendencia del análisis cuantitativo: a un número reducido de dimensiones de análisis contempladas y/o indicadores verificados, se sumarían normas de alcance reducido y formuladas con ambigüedad.

La combinación entre los dos tipos de análisis -cuantitativo y cualitativo- permite así desarrollar una percepción más rica de los marcos regulatorios examinados. No obstante, no debe perderse de vista que la situación real -el grado de cumplimiento y aplicación de las normas examinadas- puede diferir bastante de la imagen que ofrece este análisis meramente normativo.

V. Reflexiones finales

La matriz teórico-analítica construida a partir de los desarrollos teóricos internacionales sobre la vinculación entre ordenamiento territorial y desarrollo sostenible nos permitió, en primer lugar, recopilar la dispersa normativa que conforma los marcos regulatorios del ordenamiento territorial a nivel nacional en América del Sur. A partir de allí pudimos identificar, caracterizar y analizar las normas que propician un desarrollo sostenible. Para finalmente, interpretar y comprender, a partir del análisis comparado de estas normas, la idoneidad de los marcos regulatorios en relación a lograr un desarrollo sostenible.

En este sentido, advertimos que en ninguno de los marcos regulatorios examinados se verificaron todos los indicadores de desarrollo sostenible. De modo que, de acuerdo con los desarrollos teóricos e internacionales sobre la temática, ningún marco jurídico de la región podría considerarse un cabal instrumento idóneo para un desarrollo sostenible. En consecuencia, podemos afirmar que el problema de la instrumentación jurídica de la consecución del desarrollo sostenible mediante el ordenamiento territorial no se ha resuelto aún.

Lo que se evidencia, en cambio, es que existen (aunque en cantidad y calidad variable), en los países examinados, diversas normas que propician un desarrollo sostenible. Consideramos que estas normas podrían ser incorporadas, con las debidas adecuaciones, al marco regulatorio argentino, para hacerlo más eficaz. Dichas adecuaciones –cómo incorporar estas normas al ordenamiento jurídico argentino: qué leyes se deberían modificar o sancionar y qué formulación utilizar en cada caso, para garantizar la compatibilidad de tales trasplantes normativos con el organismo receptor– es una cuestión que amerita ser tratada en otro trabajo.

Finalmente, es importante señalar que el recorrido realizado constituye una primera aproximación a los marcos regulatorios examinados. Deberá ser completada con la mirada de especialistas de cada país sobre estas leyes, su implementación y sus efectos. Por otra parte, será importante indagar las causas de las diferencias relevadas, causas que se encuentran en el contexto (sociocultural y político, entre otros) de cada país³¹. Tarea que podría constituir el objeto de futuros trabajos.

³¹ FERRER MAC-GREGOR EDUARDO, “Mauro Cappelletti y el Derecho procesal constitucional comparado”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, N° 13, 2009, 267-306, pp. 280 s. LEGRAND PIERRE, *Le droit comparé*, Presses Universitaires de France, Paris, 2012, pp. 48 s.

Alle frontiere dello stato costituzionale

*Innovazione tecnologica e intelligenza artificiale**

TANIA GROPPI

I. I fatti: la rivoluzione digitale

Guardare all'intelligenza artificiale dal punto di vista del diritto è un compito arduo.

Non siamo di fronte a un 'oggetto' come gli altri, a 'fatti' come gli altri. L'intelligenza artificiale, e, più in generale, l'insieme delle nuove tecnologie informatiche intorno alle quali si sta sviluppando l'attuale rivoluzione digitale –terza o quarta rivoluzione industriale che sia– stanno modificando profondamente e rapidamente i contesti economici, sociali, culturali e finanche antropologici nei quali viviamo e nei quali il diritto si radica¹.

Il diritto, come regola di condotta delle (e per le) società umane, è sempre una reazione ad accadimenti. Rispetto ai quali viene 'dopo'. Ma allo stesso tempo, è anche un tentativo *di pre-venirli* (come ci mostra il frequente utilizzo dell'espressione '*previsioni normative*' quale sinonimo di 'norme giuridiche'). Un tentativo, cioè, di venire 'prima', di orientare i comportamenti umani. In questa relazione con i fatti si colloca sia la carica prescrittiva del diritto, sia la sua ragionevolezza, nel senso, appunto, di 'adeguatezza ai fatti'.

Nel nostro caso, i 'fatti' che ci interessano sono innanzitutto gli sviluppi e i prodotti delle tecnologie, ovvero dell' 'artificio': di quell'operare dell'artefice che

* Questo articolo è stato già pubblicato in *ConsultaOnline*, n. 3/2020, 30 novembre 2020, pp.666-674 e in V. CUOCCI, F. P. LOPS, C. MOTTI (a cura di), *La circolazione della ricchezza nell'era digitale*, Collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Foggia, *Pacini giuridica*, 2021.

¹ Per una efficace sintesi di quello che possiamo intendere per 'rivoluzione digitale' e del suo impatto, si veda il volume di taglio divulgativo di A. Baricco, *The Game*, Torino, 2018.

interviene a plasmare la natura². Nonché le conseguenze di tali innovazioni su tutti gli aspetti della vita delle comunità umane.

Niente di nuovo, potremmo dire. Da secoli ormai, dagli albori della prima rivoluzione industriale, accanto agli entusiasmi, il progresso tecnico-scientifico ha generato paure, preoccupazioni e finanche resistenze (restano emblematici i luddisti, per limitarci all'esempio più noto). Nonché interrogativi sulla capacità degli esseri umani di orientarlo – anche attraverso il diritto, e *in primis* il diritto costituzionale, col suo carico di principi e valori– verso il bene comune, circoscrivendone le eventuali conseguenze negative.

Niente di nuovo, dunque. Ma è proprio così? La creatività umana, coniugata con l'economia capitalistica globale del terzo millennio, ha impresso allo sviluppo tecnologico un'accelerazione mai sperimentata prima, compiendo passi che ci spingono a interrogarci sull'essenza e sui confini dell'umano. Siamo di fronte a innovazioni senza precedenti, che in pochi decenni hanno portato l'uomo ad acquisire una capacità finora sconosciuta di incidenza sull'ambiente e persino sulla specie (pensiamo, accanto al nostro tema, che incorpora nella sua stessa denominazione, *intelligenza artificiale*, questa tensione, alle biotecnologie, in particolare agli interventi sul genoma): cambiamenti rapidissimi che “nel breve e nel lungo periodo potrebbero revocare in dubbio le condizioni o, se si vuole, i presupposti stessi dell'agire umano nel futuro”³, e che toccano le dinamiche profonde dell'essere umano, la sua autocoscienza, le relazioni con gli altri e la stessa percezione della realtà, ormai sempre più di frequente mediata da “uno spesso strato di macchine senzienti e di filtri digitali”⁴.

II. Le due frecce del progresso

Cose antiche e cose nuove. A me pare che nell'affrontare questo tema, anche come giuristi, oltre che come cittadini di questa epoca, non possiamo evitare di

² Sull'eterna contrapposizione tra natura e artificio v. le illuminanti pagine di G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, Torino, 2018, 4 ss.

³ R. Bifulco, *Futuro e costituzione. Premesse per uno studio sulla responsabilità delle generazioni venturose*, in A. Tarantino, R. Corsano (a cura di), *Diritti umani, biopolitica e globalizzazione*, Milano, 2006, 43.

⁴ A. Simoncini, *Sovranità e potere nell'era digitale*, in T. E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini (a cura di), *Diritti e libertà in internet*, Firenze, 2017, 19 ss., spec. 23.

confrontarci con una questione di fondo: ovvero con la possibilità di leggere la storia umana attraverso le lenti del *progresso*. Una impostazione fatta propria anche dal Costituente italiano, laddove, nell'art. 4, qualifica il lavoro come “un'attività o una funzione che concorra al *progresso* materiale o spirituale della società”.

Un progresso che – se riflettiamo e ci facciamo guidare dalle sempre più diffuse e affascinanti trattazioni di macrostoria (da Jared Diamond a Yuval Harari) – possiamo dire essersi mosso su due assi, che Aldo Schiavone, in un piccolo libro dal titolo proprio di “*Progresso*”⁵, ha di recente rappresentato come due frecce lanciate da uno stesso arco.

La modernità si è costruita, fin dal Rinascimento, su due binari, due frecce appunto. Da un lato, il progresso tecnico-scientifico: la capacità dell'uomo, attraverso le risorse della sua intelligenza, di conformare la natura, che ha via via portato a una liberazione dalla fatica, dalla fame, dalle malattie, almeno di una parte, quella fortunata, dell'umanità. Dall'altro la progettualità culturale e sociale, la trasformazione etica, il cambiamento del senso comune: una seconda freccia alla quale dobbiamo, tra le altre cose, la fine della schiavitù, la repulsione per le pene disumane o degradanti (come la crocifissione e finanche la pena di morte in sé) e in definitiva una sempre maggiore attenzione per la dignità di ogni essere umano.

Gli scostamenti e i disallineamenti tra le due frecce non sono mancati, ma la modernità è riuscita finora quasi sempre a colmare i dislivelli, a riallineare i due piani (benché in ogni momento resti aperta la scelta tra le più estreme opzioni, scelta che dipende dal rapporto che si realizza, hic et nunc, fra controllo e potenza, fra ragione e dominio).

Ebbene, il ‘nuovo’ è che siamo di fronte nel XXI secolo a una enorme divaricazione tra le due frecce, ovvero tra la velocità dell'avanzamento della tecnica e la capacità del resto della storia umana di adeguarvisi. Una divaricazione preannunciata dalle tragiche vicende del XX secolo, tra le quali le due devastanti guerre mondiali, ma diventata oggi clamorosamente evidente.

Già nel 1950, il grande teologo tedesco Romano Guardini scriveva, in un passo ripreso dall'Enciclica “*Laudato si'*”: “Si tende a credere che “ogni acquisto di potenza sia semplicemente progresso, accrescimento di sicurezza, di utilità, di benessere, di forza vitale, di pienezza di valori”, come se la realtà, il bene e la

⁵ A. Schiavone, *Progresso*, Bologna, 2020.

verità sbocciassero spontaneamente dal potere stesso della tecnologia e dell'economia. Il fatto è che “l'uomo moderno non è stato educato al retto uso della potenza”, perché l'immensa crescita tecnologica non è stata accompagnata da uno sviluppo dell'essere umano per quanto riguarda la responsabilità, i valori e la coscienza”⁶.

Detto in altre parole, siamo oggi di fronte a uno squilibrio tra potenza (tecnica) e razionalità (civile e politica), tra forza dei dispositivi tecnico-economici globali e capacità di governarla secondo il bene comune. Uno squilibrio che sta mandando fuori asse il mondo e che rischia di diventare una vera e propria frattura: di determinare cioè una forma sociale e politica del mondo e dell'umano inadeguata a contenere ed elaborare la potenza della tecnica che essa stessa ha prodotto⁷.

III. L'impatto sul diritto costituzionale

Questi cambiamenti epocali pongono ai costituzionalisti perlomeno due ordini di questioni. Essi ci portano a interrogarci su: 1) come tali nuovi 'fatti' impattano sul diritto costituzionale e 2) quello che il diritto costituzionale ha da dire, nella prospettiva di un riallineamento tra le due frecce.

Vorrei fare alcune considerazioni, molto veloci, su ciascuno di questi aspetti.

Quanto al primo. Non c'è un angolo del diritto costituzionale che non sia profondamente investito da queste trasformazioni. Potremmo scrivere un commentario della Costituzione italiana interamente in quest'ottica, il materiale non mancherebbe. Non ci dobbiamo sorprendere: “l'intelligenza artificiale è una tecnologia trasversale e pervasiva, che tocca tutti gli ambiti della vita sociale. Essa può dare un grande contributo al progresso, economico e sociale, ma mette a rischio fondamentali interessi individuali e sociali”⁸.

⁶ Così Francesco, *Laudato si'*, che cita R. Guardini, *Das Ende der Neuzeit*, Würzburg 1965, 87 (ed. it.: *La fine dell'epoca moderna*, Brescia, 1987, 80-87).

⁷ Lo dico con le parole, a mio avviso assai efficaci di A. Schiavone, op. cit., 97 e 99.

⁸ G. Sartor, F. Lagioia, *Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 63 ss., spec. 86.

Mi limito a un sintetico elenco di temi, rinviando per il resto a recenti scritti di Andrea Simoncini⁹, Carlo Casonato¹⁰, Tommaso Edoardo Frosini¹¹ e Beniamino Caravita, in particolare, nel volume curato da Ugo Ruffolo, appena pubblicato, che mi pare sia al momento il testo più completo in lingua italiana su intelligenza artificiale e diritto¹².

Naturalmente, il campo di elezione da monitorare più attentamente è quello dei diritti, a partire dalla definizione dei loro titolari e dallo status dei robot¹³. Tra i diritti, non è solo questione del diritto alla *privacy* e dintorni, come si era soliti ritenere agli inizi dell'attuale rivoluzione tecnologica. Con il procedere degli anni e lo sviluppo di tecnologie digitali sempre più sofisticate, è divenuto evidente che tutti i diritti sono coinvolti, quelli individuali e quelli sociali, fino ad arrivare al principio di eguaglianza e di non discriminazione, messo a rischio dai bias che possono essere incorporati negli algoritmi. Ce lo ha mostrato, quanto ai pregiudizi razziali, il famoso caso del *software* predittivo *Compas*¹⁴ e si va sviluppando una crescente preoccupazione per la incorporazione negli algoritmi dei pregiudizi di genere, complice anche l'assoluta prevalenza maschile tra i programmatori¹⁵. Pensiamo poi alla biomedicina e persino alle problematiche poste dai *sex-robots*¹⁶. Per non dire delle fonti del diritto: forme di regolazione tecnica, standards e codici (nel senso in cui se ne parla nell'ambito della

⁹ V. ad es., oltre agli altri contributi di questo autore che ho già citato o che citerò tra poco, A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto*, 1/2019, 63 ss.

¹⁰ Tra i molti interventi di Carlo Casonato, una sintesi dei diversi aspetti in C. Casonato, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *DPCE*, 2019, 101 ss.

¹¹ T. E. Frosini, *Liberté, Égalité, Internet*, Napoli, 2020, 2° ed.

¹² B. Caravita, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, in U. Ruffolo (a cura di), *op. cit.*, 451 ss.

¹³ Su questo tema, v. ad es. A. Venanzoni, *La valle del perturbante: il costituzionalismo alla prova delle intelligenze artificiali e della robotica*, in *Politica del diritto*, 2019, specie 257 ss.

¹⁴ Sul quale v. ad esempio A. Simoncini, S. Suweis, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di Filosofia del Diritto*, 1/2019, 87 ss.

¹⁵ E. Stradella, *Stereotipi e discriminazioni: dall'intelligenza umana all'intelligenza artificiale*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, 30 marzo 2020; M. D'amico, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Milano, 2020, 313 ss., in un capitolo dal significativo titolo di "Intelligenza artificiale 'contro' le donne".

¹⁶ C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, *cit.*, 117 ss.

cyberlaw, ovvero come codici delle macchine), self-regulation, co-regulation, tecno-regulation, clausole sperimentali, norme etiche: la regolazione dell'intelligenza artificiale apre spazi di riflessione inediti sul sistema delle fonti¹⁷. Un esempio aneddotico: il richiamo, contenuto in uno dei 'considerando' della Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 ("Norme di diritto civile sulla robotica")¹⁸, alle "leggi di Asimov" (elaborate dal celebre scrittore in un'opera di science-fiction)¹⁹ come base di riferimento etica e deontologica dei comportamenti dei ricercatori che operano nel settore della robotica! C'è poi la questione, sempre più attuale, non solo negli Stati Uniti dove si è posta inizialmente, dell'uso dell'intelligenza artificiale (cioè di sistemi informatizzati supportati da algoritmi) nelle decisioni amministrative e persino in quelle giudiziarie, che ha portato la dottrina a riflettere su un nuovo diritto, il "diritto ad una decisione umana"²⁰ e fatto parlare di "algoritmo incostituzionale"²¹, da parte di autori che hanno evidenziato la difficoltà di garantire i principi di conoscibilità e comprensibilità della logica utilizzata dalle macchine²².

Ma, al di là delle singole problematiche, è la stessa forma di Stato che del costituzionalismo costituisce il prodotto più maturo, lo Stato costituzionale (o democratico-pluralista) ad essere messa in discussione: come è noto esso si costruisce intorno a due perni, ben sintetizzati nel secondo comma dell'art. 1 della Costituzione italiana. Da un lato la sovranità popolare, ovvero la remissione delle decisioni politiche al popolo, a maggioranza, attraverso il principio del governo rappresentativo, il che implica la libera formazione del consenso attraverso una dialettica democratica. Dall'altro il rule of law costituzionale, ovvero la li-

¹⁷ G. Mobilio, *L'intelligenza artificiale e i rischi di una "disruption" della regolamentazione giuridica*, in *BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto*, 2/20, 401 ss.

¹⁸ P8 TA (2017) 0051 Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103). Principi generali riguardanti lo sviluppo della robotica e dell'intelligenza artificiale per uso civile, Considerando T, sul quale v. A. D'Aloia, *Il diritto verso un mondo nuovo. Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in *BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto*, 1/2019 6.

¹⁹ I. Asimov, *Circolo vizioso* (1942) in *Id.*, *Io, Robot*, Milano 2003, 43 ss.

²⁰ C. Casonato, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, cit., 127 ss.

²¹ A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., 63 ss.

²² M. Luciani, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, del 30 settembre 2018.

mitazione del potere, anche quello delle maggioranze politiche ‘democratiche’, attraverso il diritto, in nome della garanzia del pluralismo che trova la sua espressione nei diritti fondamentali delle persone²³.

Appare evidente che entrambi questi pilastri sono profondamente investiti, nel XXI secolo, dalle nuove tecnologie.

La sovranità popolare, ovvero la formazione del consenso, è sottoposta alle tensioni derivanti dalle trasformazioni delle tecnologie della comunicazione e dell’informazione (ICT). Ormai la principale fonte di informazione è rappresentata da piattaforme tecnologiche in mano a pochi soggetti privati che, una volta profilati i propri utenti, possono influenzarne i comportamenti e le scelte, anche politiche. Tali piattaforme sono disponibili via web (motori di ricerca e social media) e accessibili attraverso gli smartphones, strumenti che giungono nelle mani di un numero incredibilmente alto di abitanti del pianeta. Senza fare molti esempi, basti dire che oggi “è l’algoritmo di Amazon a decidere quali libri vengono letti nel mondo”²⁴.

In altre parole, è vero che Internet è apparso fin dall’inizio un potenziale strumento di libertà e le nuove tecnologie un veicolo di liberazione, ma col passare del tempo ne stanno sempre più emergendo i rischi.

Se la democrazia è il potere visibile, secondo la famosa espressione di Norberto Bobbio, questi nuovi strumenti operano invece nell’oscurità e nel segreto degli algoritmi contenuti nei *software*, incomprensibili per i non addetti ai lavori e spesso di difficile accesso, anche perché coperti dalle norme sulla proprietà industriale.

Algoritmi che non sono neutri, ma perseguono interessi, fini e ideologie programmati da chi li scrive, e che incidono sulla formazione delle opinioni politiche e del consenso democratico. Veri e propri poteri invisibili, di fronte ai quali il rischio di quella che è stata definita “dittatura algoritmica” si fa effettivo²⁵. Pensiamo ad alcune espressioni che inevitabilmente ci troviamo ad utilizzare quando ci riferiamo all’intelligenza artificiale e alla sua incidenza sui processi di decisione politica: black box, gated communities, fake news, bubble demo-

²³ Rinvio ai miei saggi raccolti in T. Groppi, Menopeggio. La democrazia costituzionale nel XXI secolo, Bologna, 2020.

²⁴ R. Bodei, Dominio e sottomissione. Schiavi, animali, macchine, Intelligenza Artificiale, Bologna, 2019, 330.

²⁵ Ibidem.

cracy²⁶. Tutte espressioni che ci mostrano una incompatibilità di fondo con i principi della democrazia costituzionale, basata sulla formazione dialettica del consenso, attraverso processi deliberativi che mirano all'avvicinamento delle posizioni, al compromesso, tramite il dialogo e il confronto. Proprio il contrario di ciò verso cui spingono le nuove tecnologie: incomunicabilità, polarizzazione, quando addirittura non si giunga fino all'incitamento all'odio. In questo quadro, è diventata evidente la permeabilità delle democrazie costituzionali a influenze esterne, da parte degli stati autoritari, nonché la capacità dei movimenti cd. populistici di utilizzare la semplificazione offerta dalla rete per proporre un approccio banalizzato alla comunicazione politica, che impedisce la diffusione di un pensiero complesso e articolato.²⁷

Il rule of law, per parte sua, è messo in crisi dalla emersione di nuovi poteri globali, come i cosiddetti 'giganti del Big Tech'. Non è 'solo' una questione da affrontare in termini di diritto antitrust (lo è 'anche'). Queste big corporations gestiscono infatti una risorsa molto particolare: il nuovo petrolio del XXI secolo, ovvero i big data, vere e proprie miniere di dati che si quantificano con nuove entità di misura (come gli zettabytes). Essi costituiscono la base grazie alla quale progredisce l'intelligenza artificiale (attraverso un approccio statistico, che consente il machine learning e specialmente il deep learning, processi che rendono le macchine intelligenti sempre più autonome rispetto ai loro creatori)²⁸, nonché di quell'attività di profilazione sulla quale si fonda il cd. "capitalismo della sorveglianza"²⁹. Come è stato detto efficacemente da Andrea Simoncini, "la sovranità oggi non ha più caratteri necessariamente privati o pubblici, personali o collettivi, ma essenzialmente tecnici"³⁰. Siamo di fronte a "una nuova forma di potere sovrano – superiorem non recognoscens – che pone al diritto costituzionale – se vuole mantenere il suo statuto ontologico di 'misura' del potere e 'fondamento' della sovranità – una sfida del tutto inedita, richiedendo, innanzitutto, la comprensione del fenomeno e, quindi, l'elaborazione di nuove forme e stru-

²⁶ La letteratura è già sterminata. Un'ottima sintesi in C. R. Sunstein, #Republic. La democrazia nell'epoca dei social media, Bologna, 2017.

²⁷ R. Bodei, op. cit., 328.

²⁸ A. Simoncini, S. Suweis, op. cit., 87 ss. Su questo fondamentale snodo v. anche G. Resta, Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza, in *Politica del diritto*, 2019, 199 ss.

²⁹ Secondo la fortunata espressione coniata da S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019.

³⁰ A. Simoncini, *Sovranità e potere nell'era digitale*, cit. 20.

menti d'azione adeguati ed efficaci"³¹. Non deve stupire, pertanto, che Vladimir Putin abbia affermato in una intervista che “chiunque sarà in grado di padroneggiare l'intelligenza artificiale governerà il mondo”³².

Ebbene, al momento, il diritto non riesce a limitare tali nuovi poteri, di fronte ai quali i diritti restano privi di garanzia. Quel che appare di particolare gravità, e diventa ancor più sfidante, è che non stiamo parlando soltanto dei diritti dei consumatori, degli imprenditori o degli utenti, come accade per qualsiasi settore economico, ma dei diritti dei cittadini, che si proiettano nella sfera politica e in quella delle libertà fondamentali, in primis di espressione e di coscienza. L'auto-mazione è nemica dell'auto-nomia dell'individuo³³, con immediate ricadute sul circuito della sovranità popolare, come abbiamo già detto.

Ma c'è di più. Aggiungerei un aspetto che viene a monte, ancora prima della sovranità popolare e del rule of law. I recenti sviluppi delle tecnologie digitali vanno ad incidere su una visione antropologica, positivizzata nel tipo di Stato costituzionale prevalente sul continente europeo, il c.d. “Post-War paradigm” (riconciliabile alla forma che chiamiamo ‘Stato sociale’)³⁴, in cui l'essere umano viene in rilievo in primis come ‘lavoratore’ e il lavoro costituisce l'ambito nel quale si svolge la gran parte della socializzazione umana³⁵. La Costituzione italiana ne rappresenta l'espressione più emblematica fin dal suo art. 1, per sviluppare poi questa prospettiva nella parte I, dove il lavoro compare in ben 23 commi: essa si fonda su una visione dell'uomo e della sua vita in comune così come forgiata dal “secolo del lavoro”, ovvero dal Novecento³⁶.

Non c'è chi non veda che stiamo andando in una direzione ben diversa, almeno in alcune parti del pianeta, nei paesi ricchi ed evoluti, ovvero verso una progressiva scomparsa del lavoro e una sostituzione dei lavoratori con le nuove macchine intelligenti.

Come tutto questo impatterà sulla nostra forma di Stato, resta ancora da decifrare: sarà in grado questo “tempo liberato” (che al momento pare produrre

³¹ Ibidem.

³² R. Bodei, *op. cit.*, 331.

³³ A. Simoncini, *Sovranità e potere nell'era digitale*, cit., 25.

³⁴ L. Weinrib, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in S. Choudhry (ed.) *The Migration of Constitutional Ideas: Rights, Constitutionalism and the Limits of Convergence*, Cambridge, 2006, 89.

³⁵ T. Groppi, *Fondata sul lavoro. Origini, significato, attualità della scelta dei costituenti*, (2012), ora in *Ead.*, *Menopeggio*, cit., 71 ss.

³⁶ A. Accornero, *Era il secolo del lavoro*, Bologna, 2000.

soltanto disoccupazione, precariato o impieghi non qualificati, col loro strascico di rancore e paura) di tradursi, come auspicava Jeremy Rifkin in un libro di qualche anno fa (“La terza rivoluzione industriale”)³⁷, in nuovi impieghi nell’ambito della società civile – un ambito economico al quale ci si riferisce di solito con il termine un po’ svalutativo di “terzo settore” –, dedicati a costruire capitale sociale e alla trasformazione ecologica? O non condurrà piuttosto a nuove diseguaglianze, nuove povertà, nuove marginalità, che finiranno per allentare la coesione sociale e mettere in moto ulteriori processi di divisione e polarizzazione?

Insomma, siamo “alle frontiere” dello Stato costituzionale, come recita il titolo che ho scelto per questa lezione, perché è così forte la torsione che probabilmente dobbiamo prendere atto che stiamo vivendo uno dei turning point della storia, cioè una di quelle trasformazioni economico-sociali alle quali segue un mutamento della forma di Stato. Così è accaduto per la nascita dello Stato moderno e per l’affermarsi dello Stato assoluto, per la nascita dello Stato liberale di diritto e più recentemente di quello democratico-pluralista.

Purtroppo, per il momento assistiamo soprattutto alla pars destruens: ovvero a quella “regressione democratica” ormai all’opera da diversi lustri³⁸, che colpisce non soltanto le nuove democrazie, ma anche le democrazie stabilizzate, nelle quali spesso ad essere beneficiati del nuovo quadro sono politici estranei ai valori della democrazia costituzionale, della quale rigettano i principi cardine e che una volta al potere fanno di tutto per sbarazzarsene come ci mostra, tra le altre, l’esperienza degli Stati Uniti durante la presidenza di Donald Trump³⁹.

³⁷ J. Rifkin, *La terza rivoluzione industriale*, Milano, 2011, spec. 294 ss.

³⁸ Tra i primi a definire puntualmente i caratteri della constitutional retrogression, v. T. Ginsburg, A. Z. Huq, *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago, 2018. Il tema è adesso sviluppato da molte altre opere, tra le quali si segnala, per completezza, M. A. Graber, S. Levinson, M. Tushnet (a cura di), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford, 2018. Più in generale, sui processi di regressione democratica, H. Geiselberger (a cura di), *La grande regressione. Quindici intellettuali da tutto il mondo spiegano la crisi del nostro tempo*, Milano, 2017, specialmente i saggi di A. Appadurai, Z. Bauman, S. Žižek.

³⁹ Nel senso che “l’ascesa del populismo è motivata in gran parte da ragioni tecnologiche, per cui è facile cedere alla tentazione che anche la soluzione debba essere tecnologica”, v. Y. Mounk, *Popolo vs Democrazia. Dalla cittadinanza alla dittatura elettorale*, Milano, 2018, 214. Sulle conseguenze politiche delle nuove tecnologie, con specifica attenzione all’Italia, A. Dal Lago, *Populismo digitale. La crisi, la rete e la nuova destra*, Milano, 2017.

IV. Quel che il diritto costituzionale ha da dire

Il diritto costituzionale globale, comprensivo, oltre che delle norme costituzionali nazionali, del diritto internazionale e sovranazionale che entra nei singoli ordinamenti a integrare il quadro costituzionale domestico, oltre a “subire” questo impatto, ha però qualcosa da dire per orientarlo.

Innanzitutto, il costituzionalismo deve ‘fare il suo lavoro’, in altre parole deve svolgere il compito che ne costituisce l’essenza, fin dal suo sorgere nella lotta contro il monarca assoluto⁴⁰: limitare il potere, pubblico o privato che sia, ovvero “regolare regolare regolare”⁴¹. Siamo di fronte ad un’altra tappa di quel processo che sono soliti definire, con i miei studenti, “guardie e ladri”, ovvero l’eterna fuga del potere dalla regolazione. Naturalmente questo apre molteplici interrogativi: come si fa a governare la tecnologia digitale? Quando gli attori non sono definiti, e applicano regole tecniche, ‘codici’ che solo gli specialisti possono comprendere? Con che tipo di norme: autonormazione da parte dei soggetti della rete, soft law o hard law accompagnata da sanzioni? A che livello: globale, europeo, nazionale? Quel che è certo è che occorre non solo rendere accessibile, conoscibile e controllabile l’algoritmo⁴², ma altresì sviluppare una nuova concezione della privacy, che vada oltre l’impostazione soggettiva rispetto alla quale il consenso informato appare come l’unico strumento di tutela⁴³, per sviluppare invece misure di tipo precauzionale, che riescano ad intervenire prima che gli algoritmi siano elaborati. Con l’effetto di ridurre al minimo e finanche vietare, in situazioni di incertezza scientifica sugli effetti potenziali, l’attività potenzialmente dannosa⁴⁴. In questa direzione si stanno orientando molti dei documenti elaborati

⁴⁰ In questo senso C. Casonato, *Potenzialità e sfide dell’intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, *Rivista di BioDiritto*, 1/2019, 177 ss., spec. 178. Così anche M. Barberis, *Populismo digitale. Come Internet sta uccidendo la democrazia*, Milano, 2020, spec. 184 ss.

⁴¹ Contro questa impostazione, affermando di continuare “a ritenere che Internet debba svolgersi come un diritto spontaneo”, T.E. Frosini, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Diritto dell’informatica*, 2020, 465 ss., spec. 483.

⁴² B. Caravita, *op. cit.*, 466 ss.

⁴³ C. Casonato, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, *cit.*, 125 ss.

⁴⁴ Il principio di precauzione è richiamato in vari interventi di Andrea Simoncini, tra i quali si veda ad es. A. Simoncini, *L’algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, *cit.*, 86 ss. Sulle diverse declinazioni di questo principio e la loro applicabilità all’intelligenza artificiale v. P. Zuddas, *Pregiudizi digitali e principio di precauzione*, in *ConsultaOnline*, 9 luglio 2020.

a livello internazionale ed europeo, che restano però al momento relegati nel campo della soft law, incapaci pertanto di produrre effetti vincolanti su un settore in continua, rapidissima, inafferrabile espansione⁴⁵. Insomma, il lavoro per i costituzionalisti non manca.

Inoltre, dobbiamo ricordare che lo Stato costituzionale contiene, tra i suoi principi, quegli ‘anticorpi’ che debbono guidare le decisioni politiche finalizzate alla regolazione. Tra i molti che potremmo evocare, mi limito qui a riferirmi a due aspetti strettamente collegati che costituiscono il cuore del costituzionalismo di questa epoca: quelli della concretezza e del pluralismo. Nel senso che le decisioni che riguardano le persone umane, al plurale, debbono essere assunte ‘in concreto’, tenendo conto della irripetibile specificità di ciascuno, come ha affermato in tanta giurisprudenza, anche recente, la Corte costituzionale italiana. Essa, secondo quanto già qualche anno fa segnalava Marta Cartabia, “sempre più frequentemente dichiara l’illegittimità costituzionale delle disposizioni legislative che contengono “automatismi”, in particolare quando esse sono formulate in modo tale da non permettere al giudice (o eventualmente alla pubblica amministrazione) di tenere conto delle peculiarità del caso concreto e di modulare gli effetti della regola in relazione alle peculiarità della specifica situazione”⁴⁶.

Molteplici sono le conseguenze che derivano da tali principi e molteplici le considerazioni che si potrebbero fare riguardo all’impatto sull’intelligenza artificiale. A partire dalla necessità di sgombrare il campo dalle sirene di una “giustizia esatta”⁴⁷, condivisa da uomini e macchine oggi, forse domani delegata, per

⁴⁵ Nell’ambito dell’Unione europea, si veda ad es. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni. Creare fiducia nell’intelligenza artificiale antropocentrica, COM/2019/168 final, disponibile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0168&from=IT>. E il Libro Bianco sull’intelligenza artificiale - Un approccio europeo all’eccellenza e alla fiducia, COM(2020) 65 final, disponibile al seguente link: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb-2020_it.pdf. Molteplici studi e documenti sono stati messi a punto dal Consiglio d’Europa. V. ad es. Algorithms and Human Rights. Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications, Strasbourg 2018, al seguente link: <https://rm.coe.int/algorithms-and-human-rights-en-rev/16807956b5>.

⁴⁶ M. Cartabia, I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana, 2013, in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf, 12 ss.

⁴⁷ V. Manes, L’oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnologia, in U. Ruffolo (a cura di), op. cit., 554.

inarrestabile attrazione fatale⁴⁸, integralmente a justice machines⁴⁹. Nell'ultimo libro scritto prima di morire, "Dominio e sottomissione", che ho già citato qui diverse volte, Remo Bodei ci mostra un'altra faccia di questo tema: egli ci ha detto, quasi come un lascito, che "la questione da porre non è se si punta troppo sulle macchine, ma se invece si punta troppo poco sulle persone"⁵⁰. Insomma, il diritto dell'intelligenza artificiale potrebbe essere colto come un'occasione per riflettere sulle specificità dell'umano, non riproducibili da nessuna macchina, ovvero sul "ruolo e lo spazio che vorremo mantenere per noi stessi, per il nostro potere e i nostri diritti"⁵¹. In sostanza sui core values, i valori non negoziabili, della democrazia costituzionale. Le ricadute giuridiche di questa impostazione non mancano. Tali principi si oppongono in radice a qualsiasi automatismo e decisione puramente algoritmica, e non sembrano al momento adeguatamente tutelati dalle norme vigenti, né in ambito europeo né domestico⁵², che, se pur escludono una decisione basata unicamente sul procedimento automatizzato, rimettono poi al soggetto leso una sorta di probatio diabolica⁵³.

Qualsiasi sia il tipo di intervento regolatorio prescelto, occorre tenere conto che il progresso tecnico è inarrestabile. Esso fa parte del nucleo essenziale del mistero che connota l'essere umano e lo spinge ad andare sempre oltre, come ci ricorda il folle volo di Ulisse nella *Commedia* dantesca e come ci mostra, più semplicemente, la traiettoria storica dell'Occidente, ovvero di quella parte della civiltà umana che è più nettamente incline a superare i limiti con tutti i mezzi, con "indomito ardore", è stato detto proprio in riferimento all'intelligenza artificiale⁵⁴.

⁴⁸ A. Simoncini, S. Suweis, op. cit., 11-12.

⁴⁹ M. Luciani, op. cit.

⁵⁰ R. Bodei, op. cit., 329.

⁵¹ C. Casonato, *Potenzialità e sfide dell'intelligenza artificiale*, cit., 182.

⁵² A questo riguardo non possono essere considerati soddisfacenti né il Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento generale sulla protezione dei dati - GDPR), né il d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51, Attuazione della direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio.

⁵³ A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., 81.

⁵⁴ V. Zamagni, *Occidente*, Bologna, 2020, 29.

In altre parole, questi sviluppi appartengono alla nostra epoca⁵⁵ e il principio di realtà ci impone di non ignorarli, di farci, in qualche modo, i conti. Essi possono essere sia disvelati – nel senso di portati all'attenzione dell'opinione pubblica attraverso una costante e corretta informazione⁵⁶ – che indirizzati, attraverso decisioni politiche che vadano nella direzione di un riallineamento delle due frecce del progresso delle quali parlavo all'inizio.

Ben prima che la tecnologia digitale ci ponesse con le spalle al muro, imponendoci di guardare in faccia la situazione e di reagire, cosa ci hanno detto le scoperte nel campo dell'energia nucleare, della chimica, della fisica, della biologia e della genetica, delle neuroscienze? L'energia nucleare può servire alla guerra, ma anche alla medicina; la genetica a creare mostri, ma anche a curare malattie già dal momento del concepimento o a creare risorse alimentari supplementari per mezzo degli ogm; le neuroscienze possono servire a controllare le coscienze o a curare le patologie delle funzioni cerebrali.

Come ha scritto uno scienziato passato attraverso una delle più drammatiche esperienze del Novecento, Primo Levi: "Siamo figli di quell'Europa dove è Auschwitz: siamo vissuti in quel secolo in cui la scienza è stata curvata, ed ha partorito il codice razziale e le camere a gas. Chi può dirsi sicuro di essere immune dall'infezione?"⁵⁷.

Questo stringente interrogativo tocca la capacità dei principi della democrazia costituzionale di farsi senso comune, di permeare di sé la nostra epoca e chi in essa abita, compresi coloro che delle innovazioni che qui abbiamo sinteticamente richiamato sono i protagonisti, gli scienziati⁵⁸.

Vorrei chiudere con altre parole di Primo Levi, scritte poco prima della sua morte, nel 1986, in un articolo sul quotidiano *La stampa*⁵⁹, di recente riprese da Gustavo Zagrebelsky.⁶⁰

⁵⁵ A. D'Aloia, op. cit., 16, citando Norbert Wiener, uno dei padri della cibernetica, che scriveva nel 1948.

⁵⁶ Ivi, 21.

⁵⁷ P. Levi, *Così fu Auschwitz*., in *La Stampa*, 9 febbraio 1975, ora in Id., *Opere*, I, 1997, 1190 ss.

⁵⁸ A. Simoncini, S. Suweiss, op. cit., 14, secondo i quali "occorre interiorizzare i valori tutelati dal diritto costituzionale nella stessa progettazione delle macchine".

⁵⁹ P. Levi, *Covare il cobra*, in *La Stampa*, 11 settembre 1986, ora in *Opere* II, Torino, 1997, 990 ss.

⁶⁰ G. Zagrebelsky, *Che cosa divide scienza e coscienza*, in *La Repubblica*, 19 ottobre 2019.

“Mi piacerebbe (e non mi pare impossibile né assurdo) che in tutte le facoltà scientifiche si insistesse a oltranza su un punto: ciò che farai quando eserciterai la professione può essere utile per il genere umano, o neutro, o nocivo. Non innamorarti di problemi sospetti. Nei limiti che ti saranno concessi, cerca di conoscere il fine a cui il tuo lavoro è diretto. Lo sappiamo, il mondo non è fatto solo di bianco e di nero e la tua decisione può essere probabilistica e difficile: ma accetterai di studiare un nuovo medicamento, rifiuterai di formulare un gas nervino. Che tu sia o non sia un credente, che tu sia o no un “patriota”, se ti è concessa una scelta non lasciarti sedurre dall’interesse materiale e intellettuale, ma scegli entro il campo che può rendere meno doloroso e meno pericoloso l’itinerario dei tuoi compagni e dei tuoi posteri. Non nasconderti dietro l’ipocrisia della scienza neutrale: sei abbastanza dotto da saper valutare se dall’uovo che stai covando sguscerà una colomba o un cobra o una chimera o magari nulla”.



La comparación en el Derecho del Trabajo. Valores que se omiten

MARÍA DEL CARMEN PIÑA

Resumen: El presente ensayo, expone datos concernientes al origen del Derecho Comparado e indicios en torno a su conceptualización. Se busca exhibir la entidad de la disciplina dentro del sistema jurídico, postulando teorizaciones respecto al deber ser de esta materia y en aras de mostrar su estado actual y utilidad para cualquier operador jurídico. La pretensión es conectar esta disciplina en una era de grandes reformas legislativas, dentro de la dogmática laboral en Argentina. El trabajo se elabora a partir de la conferencia de un comparatista, vinculado a OIT dictada a fines del siglo pasado. El intento es exponer la vigencia de ese pensamiento en la problemática laboral actual y relevar algún uso abusivo del Derecho Comparado por parte de los legisladores al momento de emprender sus reformas, dejando entrever un conflicto de valores.

Abstract: *The present text exposes data concerning the origin of Comparative Law and indications about its conceptualization. It seeks to exhibit the entity of the discipline within the legal system, postulating theorizations regarding the duty to be of this matter and in order to show its current status and usefulness for any legal operator. The aim is to connect this discipline in an era of great legislative reforms, within the labor dogmatic in Argentina. The work is based on a lecture given by a*

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Diplomada en Derecho Comparado (Universidad Attila Josep en Sèged, Hungría). Profesora Titular de Metodología de la Investigación Jurídica (UCC). Profesora de módulos de Derecho Comparado en Especialidades y Carrera de Doctorado (UNC, UCC y Universidad Siglo21). Miembro del Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Ex Juez de la Sala VI de la Cámara Única del Trabajo de Córdoba. Co Directora de la carrera Interinstitucional de Derecho Laboral (UNC, UCC y Universidad del Litoral) Contacto: mcpina@hotmail.com.ar

comparative lawyer linked to the ILO at the end of the last century. The intention is to expose the validity of this thought in current labor issues and to reveal some abusive use of Comparative Law by legislators at the time of undertaking their reforms, revealing a conflict of values.

I. Introducción

En los años ochenta, un eximio juslaboralista enseñaba a su discípula: “Es vieja advertencia de los comparatistas que el Derecho Comparado no es un catálogo de normas extranjeras, sino un conjunto de experiencias no nacionales respecto de conductas jurídicamente relevantes”. Su recomendación era vertida dentro de un contexto en crisis, recién salido de una feroz dictadura, que había también asolado el derecho del trabajo en Argentina¹.

En aquellos años, el derecho positivo requería modificaciones y el impacto de haber vivido un flagelo en términos gubernamentales presagiaba que habría cambios insurgentes.

Intentar hoy una reconstrucción histórica permitiría verificar que algunas de aquellas reformas legislativas, se llevaron a cabo de modo irreflexivo e incluso, mostrando a veces, una fuerte inadecuación respecto a los problemas genuinos que estaban pendientes de respuesta y solución.

Un ejemplo paradigmático lo constituyó la reforma laboral que instituyera los contratos precarios. La mencionada normativa se espejó en una norma similar que había sido dictada en España. En relación a este país, dos notables juristas ya se habían pronunciado, vaticinando que con la misma se destruiría el derecho del trabajo. Ellos eran: María Emilia Casas Baamonde y Fernando Valdez del Re. Ambos anticiparon la catástrofe. No obstante, el gobierno español de ese momento, imbuido en un marcado utilitarismo ético, sostuvo que era necesario sacar al país de la postración económica en la que estaba sumido. No

¹ MONZON, MÁXIMO DANIEL, fue una rara avis en el Derecho del Trabajo en Argentina. Contemporáneo y amigo de Norberto Centeno - autor de la Ley de Contrato de Trabajo (20.744)- sedujo por su fina inteligencia. Su pensamiento, sólido por su formación filosófica y en Teoría General del Derecho, trascendió las fronteras argentinas. Quizás para nosotros, desde nuestra Córdoba de las Campanas, sea aún más valioso, porque dedicó generosamente tiempo y esfuerzo para alentar a un grupo de entusiastas locales, deslumbrados por su extraordinaria lucidez y creatividad en la transmisión del conocimiento. Tuve la suerte de ser su discípula.

importaba que para ello, se sacrificarían algunas generaciones de trabajadores en pos de lograr su resurgimiento².

A su tiempo, los legisladores argentinos imitaron a rajatablas aquellos textos normativos flexibilizadores, con total prescindencia del dato que a todas luces se verificaba en torno a la ineptitud de la legislación denunciada, sancionaron la Ley N° 24.013 y su decreto reglamentario.

Los nuevos modelos contractuales laborales que allí se introdujeran, fueron incluso bautizados con el mismo nombre con que habían nacido en el país ibérico. Parte de la doctrina laboral argentina, a poco de haberse instrumentado, los catapultó con el nombre de “*contratos basura*”.

Varias son las hipótesis que podrían postularse para entender la razón de semejante ineptitud legisferante. Lo verificable sin embargo, es que por bastante tiempo, nuestro país tomó como significativa referencia, el Estatuto de los trabajadores y la doctrina laboral de los juristas españoles, casi por sobre cualquier otra y quizás en buena parte, por la ductilidad que permitía compartir un discurso y una legislación donde sonaba el mismo idioma.

Lo que queda expuesto es que la funesta reforma legislativa en nuestro país, tomó como modelo extranjero la normativa española, trasplantando el modelo de contratos precarios. Es atinado concluir que el acto jurídico comparativo no fue atinado.

El ejemplo fue paradigmático, pero por cierto no el único que se verifica a lo largo de cambios legislativos atinentes al derecho del trabajo.

Saber derecho positivo enseñaba Enrique Martínez Paz, es saberlo comparativa-

² CASAS BAAMONDE, MARÍA EMILIA Y FERNANDO VALDEZ DEL RE, “*Nouvelles formes d’emploi dans le Droit de Travail Espagnol*” Colloque International sur les formes d’emploi. *A partir de 1976, España debía generar políticamente un período de transición entre las instituciones franquistas y las instituciones democráticas. Durante esta transición los inconvenientes fueron numerosos y complejos. Fue entonces cuando debieron establecerse nuevos balances radicalmente diferentes a los del pasado. Por lo tanto, se dio prioridad obvia y necesaria a la regulación de las cuestiones políticas. Por esas razones el debate sobre el empleo que implica la crisis económica sólo podría abordarse con retraso. Los cambios políticos en España incidieron de forma significativa sobre la legislación del trabajo. Las nuevas formas de empleo que se implementaron, fueron formas devaluadas, pobres y sub-protegidas, que sirvieron a las cambiantes necesidades patronales tales como la adaptación de la mano de obra a las fluctuaciones de la producción y del mercado, en un ambiente social y cultural especialmente sensible a los valores patronales y a la economía de mercado. Se constata por otra parte, la ausencia de una política ordenada y coordinada en lo concerniente al empleo y a la cual es necesario atribuir la exaltación de del empleo temporal como medio de creación de nuevos puestos de empleo.*

mente. Claro que la cita pertenece a un jurista que reverenciara la entidad del Derecho Comparado dando luz, no sólo al famoso Instituto que por años iluminara la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, sino que fuera señoero en su enseñanza y obra, conocida y reconocida -como el profeta- más a veces en el extranjero que en su propia tierra.

Es posible que la simple alusión al Derecho Comparado, produzca cierto escozor, desinterés o desprecio en algunos de aquellos que a diario ponen todo su afán en el aprendizaje, en la creación, reforma o aplicación del derecho del trabajo. La referencia puntual enfoca a veces a algunos los estudiantes, abogados, jueces, juristas y en particular a los legisladores.

También a veces es preciso remarcar, que tomar una institución o una norma jurídica, aislarla del sistema local o nacional de relaciones laborales y compararla con lo que aparentemente constituye la institución o norma correspondiente en otra provincia o en otro país, puede convertirse en una manipulación incierta y peligrosa. Más aún, es probable que una comparación semejante de los aspectos aislados de los diferentes sistemas de relaciones laborales, lleve a la formulación de conclusiones falsas, principalmente si ella es realizada con el fin de una evaluación comparativa.

Las instituciones deben ser consideradas en su contexto general del sistema de relaciones de trabajo de las cuales ellas son parte. El punto de partida de una comparación nacional (interna) o internacional, no puede ser una institución en sí, sino las funciones que ella cumple. Estas funciones reflejan el funcionamiento del sistema de relaciones laborales en su totalidad. No deben compararse las instituciones aisladas de su contexto histórico y cultural, por lo que es necesario colocarlas en el conjunto jurídico al cual ellas pertenecen y a la luz de la evolución histórica de la cual ellas han dependido.

El comparatista no debe ocuparse de la comparación de dos disposiciones normativas, sino del valor revelador de los pensamientos sociales que separan dos reglas del derecho.

No es la regla de derecho en si misma lo que interesa, sino lo que ella representa y sólo se puede entender cuando esta regla se encuentra en su evolución histórica y en su contexto jurídico.

II. Algún dato sobre el origen del Derecho Comparado.

El acto de comparar es innato a la persona. No hay nada que la mente humana haga con mayor frecuencia que comparar. Bernardin Saint-Pierre lo dice en forma expresa. Desde siempre, ésta ha efectuado comparaciones. Para elegir, para desechar, para mejorar lo que tiene, para la innumerable cantidad de conductas que se pueden identificar en el comportamiento humano.

Discernir implica por cierto y de forma inmediata, establecer analogías, entrever razones y esbozar razonamientos.

Al adentrarse con este presupuesto en el mundo jurídico, es verificable que la apelación a la comparación muestra una vieja tradición.

Desde la antigüedad se ha pensado siempre que el conocimiento de los derechos extranjeros era de primordial importancia para el legislador.

Ya en la Grecia clásica, con motivo del característico interés de los pensadores griegos, asiduamente fue empleado el estudio de modelos jurídicos foráneos para su posterior aplicación en la *polis* y aquí es donde aparecen las primeras investigaciones comparativas.

Licurgo en Esparta y Solón en Atenas, viajaron por el mundo entonces conocido para descubrir las instituciones antes de legislar e incluso los *decemvirs* encargados de redactar la Ley de las XII Tablas, se habrían informado de leyes extranjeras, particularmente leyes griegas, cuya influencia es visible en la primera legislación escrita de Roma. Todavía se cita a Platón en cuya obra *Las Leyes* hace la comparación y a Aristóteles, quien discutió las constituciones existentes, principalmente la de Cartago.

En el Imperio Romano en cambio, no se verifican ejemplos de especulaciones respecto del derecho comparado.

Será necesario esperar el siglo XVIII y especialmente *L'Esprit des Lois* (1748) para encontrar un recurso sistemático a las enseñanzas sacadas de otras legislaciones. El mismo Montesquieu tiene el mérito de comprender la palabra *loi* en su sentido físico, lo que conduce a investigar las relaciones existentes entre fenómenos jurídicos, históricos, políticos y aun climáticos. En este título, se ha podido ver en él al primero de los comparatistas³.

³ ANCEL, MARC, *Utilité et Méthodes du Droit Comparé*. Editions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1971, pags. 10, 12.

Puede resultar ocioso y por cierto hartamente incompleto para esta exposición formular un rastreo histórico. Más útil parece remarcar algunos trazos para afirmar que el término *Derecho Comparado*, comienza a utilizarse en forma asidua a partir del año 1900, en oportunidad de llevarse a cabo en París el primer Congreso Internacional de Derecho Comparado, bajo los auspicios de la exposición mundial simbólicamente representada por la Torre Eiffel.

El congreso de París intenta encontrar su *droit commun législatif* en la legislación positiva de la Europa continental mediante la comparación de códigos y textos.

Los mejores juristas de la época participan y las repercusiones son considerables. Uno de los principales animadores, Raymond Saleilles, presenta en la síntesis de su informe los progresos realizados en los últimos treinta años.

Lambert, otra de las figuras señeras de aquel evento, cuyo sueño era un "*droit commun de l'humanité*", refiere que el derecho comparado debía resolver las accidentales e indivisas diferencias en los sistemas jurídicos de los pueblos que se encontraran en etapas de desarrollo cultural y económico similares, así como reducir la cantidad de divergencias en materia legal, que podían atribuirse no tanto a las características políticas, morales y sociales de los diferentes países, cuanto al accidente histórico o a circunstancias temporales contingentes⁴.

Con el mismo motivo, cabe señalar como dato histórico, que el primer congreso de Derecho comparado se celebró en La Haya en 1932 y posteriormente en el mismo lugar ocurrió en 1937.

En esos tiempos constituye materia de discrepancia la propia noción de existencia del Derecho Comparado. Lo fue también el hecho de que se confundiera el derecho comparado con la legislación comparada y perdura hasta la actualidad el intento de demostrar que no se trata de la misma cuestión.

Surge de la indagación que desde aquel congreso primero, el derecho comparado ha mostrado un ininterrumpido desarrollo pese a los cambios verificados en las actitudes humanas hacia la existencia.

Si bien las guerras mundiales debilitaron y casi por completo destruyeron la fe en un derecho mundial y pese al escepticismo que prevalece entre cosmovisiones diferentes, resulta claro el desarrollo y enriquecimiento de la disciplina en análisis.

⁴ ZWEIGERT KONRAD- KÖTZ HEIN, *Introducción al derecho comparado*, Colección Estudios Jurídicos, Oxford University Press, México, 2002, pag. 4.

No obstante lo dicho, el derecho comparado sigue ocupando un lugar bastante modesto en los programas académicos.

Al encarar en la universidad y fuera de ella la investigación jurídica, se alerta desde antaño a no descuidar la investigación comparativa. Gutteridge ha dicho que el problema de la investigación comparativa está íntimamente ligado con el de la investigación jurídica en general⁵.

En referencia a la primera, sostiene que el derecho comparado ofrece oportunidades inmejorables para trabajos de creación. Que el terreno es virgen y casi nunca se corre el riesgo de que unos trabajos se anticipen a otros. Que cualquier operador jurídico halla en el uso del método comparativo nuevos caminos para la investigación y un escape a la rutina.

Pese a que importantes juristas tanto europeos como americanos a lo largo del siglo XX pusieron de relieve ese papel, la especialidad de derecho comparado no ha tenido un interés especial en la actividad universitaria y docente de algunos países de Europa como España y Portugal, pero es algo diferente lo que se ha verificado en países como Gran Bretaña, Francia, Italia y Alemania, que dan cuenta de la existencia de un estudio sistemático dentro del currículo de las carreras como una materia especial de estudio y en casos particulares como Italia, tienen incluida en cada asignatura un apéndice que refiere su estudio desde el derecho comparado.

En los últimos treinta y cinco años, tanto en Europa como en América, se percibe un notable resurgimiento del Derecho comparado que se evidencia en equipos investigadores consolidados, institutos científicos y programas de formación jurídica.

Por su parte, el derecho político ha tomado el modelo constitucional contemporáneo para exportarlo a los estados democráticos y de derecho actuales.

El derecho penal alemán e italiano, han servido de referencia básica a muchos sistemas penales.

Otro ejemplo comparatista clásico lo constituye la codificación como modelo desarrollado en el seno de los ordenamientos jurídicos de la Europa continental.

En cuanto al derecho mercantil, se advierte que está fuertemente vinculado a la comparación como medio para el desarrollo y expansión de sus instituciones. Tanto imperialismos como colonialismos han servido de cauce para trasladar o exportar sistemas jurídicos ajenos cuya influencia en la era post colonial

⁵ H.C. GUTTERIDGE, *El derecho comparado*, pags. 213-214.

no ha desaparecido y más bien, se ha arraigado a consecuencia de las estructuras económicas capitalistas y el proceso de globalización mercantil contemporáneo. Como herramienta jurídica, el derecho comparado se ha mostrado también como instrumento valioso e indispensable en la actividad judicial y procesal. Y un ejemplo paradigmático lo constituyen los Tribunales de la Unión europea, donde los jueces, vinculados a su propia formación y sistema jurídico, requieren del conocimiento y evaluación de otros sistemas jurídicos, para, eventualmente, aplicar soluciones viables y efectivas en sus decisiones.

Con notables excepciones, los comparatistas han tendido a concentrarse en el derecho privado. Las razones históricas para este énfasis son obvias. El derecho comparado moderno, tomó forma como una disciplina a fines del siglo XIX en los momentos exitosos del derecho privado y del *laissez faire*. Tuvo su existencia principalmente para servir a una variedad de fines prácticos, en especial en el dominio del derecho privado. Sin embargo, este énfasis conduce principalmente a examinar áreas fructíferas para el estudio comparado. También impide el análisis del derecho privado mismo y de sistemas legales como un todo en funcionamiento, por fallar al tomar suficiente razón del rol de la regulación moderna y del derecho administrativo en las áreas primitivas del derecho privado.

Varias teorías sobre cómo agrupar sistemas legales en familias dependen de los conceptos de derecho privado. Tales agrupaciones se verían completamente diferentes si fueran hechas, si fueran realizadas sobre la base de separación de poderes, revisión judicial, gobierno parlamentario, procedimiento adverso o no adverso, y así por el estilo⁶

III. Comparación en el Derecho del Trabajo

En el año 1980, Johannes Schregle⁷ es invitado a pronunciar una conferencia para honrar la memoria del profesor sir **Otto Kahn Freund**, quien a esa fecha,

⁶ Este párrafo forma parte de un artículo publicado bajo el título *Derecho comparado, algún dato desde sus orígenes*, el cual se encuentra en la página de IJ Editores el Volumen 1 del Cuaderno del Instituto de Derecho Comparado. Se lo puede consultar en el siguiente enlace: <https://ar.ijeditores.com/index.php?option=publicaciones>

⁷ SCHREGLE, JOHANNES, ex Jefe del Departamento de Relaciones Profesionales de OIT y Secretario General de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. "Relaciones de trabajo comparadas: escollos y posibilidades". Revista Internacional del Trabajo, vol 100, núm 1, enero-marzo 1981.

habría cumplido ochenta años. La ceremonia fue celebrada en la Facultad de Economía de Londres. El disertante expresa que *el profesor Kahn Freund era una autoridad en materia de derecho laboral y de relaciones de trabajo comparadas.*

Retrotraer al momento actual el contenido de esa conferencia, permitiría exhibir la dimensión y vigencia de aquel pensamiento. También para cualquier juslaboralista, verificar que fue en honor de Kahn Freund, puede hoy resultar impactante. En aquella disertación se expuso:

“En 1952, cuando se discutía en el Parlamento de la República Federal de Alemania la ley relativa al régimen orgánico de las empresas, el entonces ministro de Trabajo dijo a favor del proyecto, que se trataba de la legislación más progresista del mundo en la materia. En época más reciente, un antiguo dirigente sindical y el ex ministro de Trabajo preparó un estudio, como parte de la campaña de la Confederación de Sindicatos (DGB) para la prohibición de los lockouts en la República Federal, con el fin de demostrar que los empleadores tenían un derecho de lockout más amplio y lo utilizaban con más frecuencia en ese país que en los demás.

En ambos casos, elegidos como ejemplos del mismo país, los defensores de determinada política interna trataron de fundamentar los argumentos en las relaciones laborales comparadas. En el primer caso, se utilizó la referencia a los sistemas extranjeros para demostrar que el enfoque nacional **era mejor** que el de los demás países. En el segundo, la comparación con las leyes y la práctica de relaciones de trabajo en otras partes se utilizó para demostrar que el sistema nacional **era peor** que el de otros países” (el resaltado es propio).

En su lúcida alocución, Shrengle resalta que esos dos ejemplos, a los que podrían agregarse muchos otros de diversos países, ilustran el hecho de que las relaciones de trabajo comparadas, a menudo se utilizan únicamente para reforzar una posición política determinada, que puede ser de alcance puramente interno. Es evidente que en este contexto, el término “política” se utiliza en su sentido amplio, con alcance genérico, que comprende todos los esfuerzos destinados a obtener (o impedir) cambios en la sociedad.

Un sistema de relaciones laborales es sólo una expresión, un reflejo, de la sociedad de la que forma parte. Sin embargo, los dos ejemplos muestran también que la comparación internacional en materia de relaciones de trabajo, a menudo se hace con el objeto de formular un juicio de valor. Cuando se comparan dos o más sistemas de relaciones laborales, o aspectos específicos de dichos sistemas, explícita o implícitamente se está tratando de establecer cuál sistema o cuáles aspectos son “mejores” o “peores”, más o menos “ventajosos” o más o menos “progresistas” que otros.

Sostiene el disertante que para cualquier comparación significativa, la comparación internacional en materia de derecho del trabajo exige la aceptación de un punto de referencia, de una escala de valores, de un *tertium comparationis*, esto es, de un tercer factor al que puedan referirse los sistemas o fenómenos de relaciones de trabajo de los países que se comparan, un tercer elemento que provea una unidad de medida que permita la comparación internacional.

Una de las dificultades más importantes con que se tropieza en las relaciones de trabajo comparadas, es precisamente que muchas personas intervienen en un diálogo o comparación internacional, sin haberse puesto de acuerdo, previamente acerca de cuál será el *tertium comparationis*, cuando no –y esto es aún peor– suponen implícita o explícitamente que los demás comparten o deberían compartir su propia escala de valores.

El motivo de las divergencias de opinión es que resulta muy difícil, admitiendo que sea posible, llegar a un acuerdo sobre la escala de valores o la unidad de medida que permita medir por comparación- en relación recíproca- las cosas que se quieren comparar. Un ejemplo de la fijación de normas, valores o patrones aceptados internacionalmente que puedan servir como punto de referencia para la cooperación internacional en cuestiones laborales, es la actividad normativa de la OIT, que desde su creación, ha logrado establecer normas internacionales en forma de convenios y recomendaciones.

El propósito de esos textos es establecer una norma mínima o una serie de directrices de la política laboral de aceptación internacional, pero indudablemente no se adoptaron para servir como *tertium comparationis* en la comparación entre países. Sin embargo, dichos textos constituyen una especie de patrón que puede utilizarse para la medición comparada de normas laborales.

Si el problema es considerado desde el punto de vista general, si se aceptase como proposición general que el criterio para la evaluación comparada de las

relaciones de trabajo en diferentes países debería ser el interés de los trabajadores, deberían plantearse algunas preguntas: ¿Qué trabajadores? ¿Los trabajadores de una industria o empresa particular o los trabajadores del país en su conjunto? ¿Los trabajadores empleados o desempleados? ¿La generación presente de trabajadores o las futuras? Estas preguntas sirven simplemente para demostrar que toda comparación internacional de las relaciones profesionales estará inevitablemente involucrada en el centro de un debate sobre las decisiones que deberían tomarse hoy para la orientación de la sociedad del futuro.

Por cierto, podrá sostenerse que, más bien que tomar los intereses de los trabajadores como unidad de medida de la comparación internacional en materia de relaciones laborales, deberían tomarse como valor de referencia conceptos tales como, por ejemplo, libertades fundamentales, independencia nacional, rápida industrialización, construcción de una entidad nacional o incluso la promoción de otros valores. Puede verse fácilmente que el debate sobre las relaciones laborales de trabajo comparadas nos lleva al meollo de la controversia sobre la orientación de la sociedad humana.

Señala que aun suponiendo que el *tertium comparationis* de las relaciones de trabajo comparadas debería ser el grado en que la solución adoptada por un país determinado es más favorable para los trabajadores que la adoptada por otros países, tampoco puede resolverse fácilmente el problema fundamental.

Respecto de muchas condiciones de trabajo puede medirse comparativamente el grado en que son “más o menos favorables para los trabajadores”. En particular, en el terreno de las condiciones materiales de trabajo, especialmente en lo concerniente a la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, puede realizarse una medición valorativa y comparativa de las diferentes normas nacionales con alto grado de precisión y objetividad. También en la esfera de las condiciones generales de trabajo es posible realizar una evaluación comparada. Por ejemplo, una semana de cuarenta horas es más favorable que una de ocho horas; un preaviso de despido de seis semanas es mejor que uno de tres semanas; seis semanas de vacaciones anuales es mejor que cuatro semanas. Todo parece claro y evidente, pero las cosas se complican cuando se combinan disposiciones y prestaciones diferentes. En caso de despido, por ejemplo, ¿es preferible un período breve de preaviso combinado con una indemnización elevada, o un período prolongado de preaviso con una indemnización menor?

El problema real se presenta en la esfera de las relaciones laborales en su sentido técnico: las instituciones, procedimientos y normas que rigen las relaciones entre empleadores y sus organizaciones, los trabajadores y sus organizaciones y el gobierno.

Afirma el profesor alemán que nadie puede demostrar que el concepto del tribunal laboral sueco o del tribunal laboral de Sri Lanka es mejor o peor que el de arbitraje de las reclamaciones o el de la Junta Nacional de Relaciones de Trabajo de los Estados Unidos. Es igualmente imposible decir si la negociación colectiva por empresa en el Canadá o el Japón es mejor o peor que la negociación a nivel de la industria o de la economía en Dinamarca o Noruega.

Colige en que dejando a un lado la dificultad de ponerse de acuerdo sobre una unidad o patrón universal, en toda comparación internacional en materia de relaciones de trabajo, se presenta la cuestión capital de **qué es lo que debe compararse**. Parece una perogrullada decir que no puede compararse lo que no es comparable, pero ¿estamos seguros de que cuando emprendemos estudios de relaciones de trabajo comparadas comparamos realmente cosas comparables?

Es dable observar que en muchos países, los conflictos de trabajo se someten a los tribunales laborales, y, en consecuencia, puede surgir la tentación de comparar esos tribunales desde el punto de vista internacional. Pero, ¿para qué sirve comparar los tribunales laborales de por ejemplo, Suecia, Francia, la República Federal de Alemania y la República de Irlanda? El tribunal laboral sueco sólo es competente en materia de conflictos de derecho emanados de los convenios colectivos. Los tribunales laborales franceses entienden en los conflictos individuales. En la RFA, los tribunales laborales son competentes para entender en los conflictos de derechos emanados de cualquier norma vigente, tales como leyes, convenios colectivos, contratos de empleo, etc. Por último, el tribunal laboral irlandés no es realmente un tribunal en sentido estricto del término, sino una junta de conciliación.

Es evidente que no se pueden tomar como objeto de comparación internacional cosas que tienen el mismo nombre o nombres similares en diferentes países. Más importante que el nombre es la **función**. Esta es una proposición fundamental para las relaciones de trabajo comparadas.

Si se adopta un enfoque funcional, se debe hacer totalmente abstracción del nombre de la institución, mientras que, si se quiere mantener la operación hi-

potética de la comparación de los tribunales laborales, se debe excluir el tribunal laboral irlandés (a pesar que lleva ese nombre) e incluir instituciones que no lleven el nombre pero que en realidad cumplen funciones de tribunal laboral, tales como los tribunales industriales de Inglaterra, los tribunales de trabajo en la India, el tribunal de arbitraje profesional en Singapur, el tribunal industrial de Kenia y las juntas de conciliación y arbitraje de México.

Subraya que si se toman como punto de partida las funciones y no las instituciones, el único **método** significativo de comparación internacional en materia de relaciones de trabajo es comparar la forma como se cumplen ciertas funciones en los diferentes países y los medios utilizados.

Otro aspecto a destacar lo constituye una reflexión sobre la razón de ser de ciertas instituciones del derecho del trabajo, donde se entrevé un nuevo horizonte para la comparación internacional en la materia. Ese nuevo horizonte es el **factor tiempo** y aclara que la respuesta a los interrogantes debe buscarse en la evolución histórica del sistema de relaciones laborales de cada país.

Se advierte que no tiene sentido tomar instantáneas de los sistemas de relaciones de trabajo de los diferentes países en un momento determinado y luego yuxtaponer esas fotografías a fin de establecer comparaciones. El sistema de relaciones laborales de cada país, evoluciona en todo momento. Surgen nuevos problemas y se buscan, debaten, adoptan o rechazan nuevas soluciones. Cualquier estudio que describa el sistema de relaciones de trabajo de un país o una industria en particular, forzosamente será anticuado en el momento mismo en que se publica.

Es un campo en que se está experimentando en forma permanente en todo el mundo. A menos que se logre introducir este elemento evolutivo en la comparación internacional o, por lo menos, que se tengan en cuenta esos cambios continuos, simplemente no podrá abrigarse ninguna esperanza de aprovechar las enseñanzas que puedan inferirse de las relaciones profesionales comparadas.

Como beneficio directo derivado de la comparación internacional basada en una apreciación adecuada de las dimensiones históricas y evolutivas, se enriquece el enfoque y comprensión de las legislaciones de trabajo y mejora la aptitud para analizar los fenómenos de relaciones de trabajo.

Enfatiza en que ningún sistema de relaciones de trabajo podrá comprenderse sin evaluar sus orígenes históricos. Ben Roberts⁸ ha hablado al respecto

⁸ ROBERTS B.C: *Future Industrial relations: Netherlands, Norway, Sweden and the United*

de “*modelo basado en la historia*”, mientras que sir Otto Kahn Freund⁹ en sus trabajos, sobre derecho laboral comparado, se refirió a *normas legales nacidas en los albores de la historia*.

Incluso aún si se es consciente de que las relaciones de trabajo no son algo estático, sino un proceso que cambia permanentemente, y de la necesidad de adoptar un enfoque funcional más bien que de instituciones, es necesario estar siempre prevenidos contra el peligro de caer en las trampas que tienen los conceptos, las nociones y las palabras. Las relaciones laborales comparadas se enfrentan con un tremendo problema de terminología. No se trata de la traducción en sí de términos de un idioma a otro: se acepta en general que conceptos tales como convenio colectivo, conciliación y arbitraje o participación de los trabajadores pueden traducirse en diferentes idiomas.

En materia de relaciones de trabajo comparadas, los problemas de terminología, van más allá de la dificultad de una traducción literal. Los conceptos expresados en palabras están cargados de valores, emociones, experiencias y esperanzas. Extraer esas palabras de su contexto nacional y traducirlas a lo que parece ser su equivalente en otro idioma y, por ende, en otra sociedad, es una tarea realmente muy complicada. En su obra *Labour and the law*, el profesor Kahn Freund se refiere a este problema diciendo que “no se debe subestimar el significado real de la magia de las palabras”, y habla de “la utilización de palabras y símbolos que expresan una política, una aspiración, una tradición”¹⁰.

Destaca por fin que **la comparación internacional es sin duda un método**, quizás el mejor, para explicar y analizar el “por qué” de ciertos fenómenos de relaciones de trabajo. Como dijo John Dunlop: “El método comparativo lleva a formular interrogantes acerca de las razones de las comparaciones y contrastes observados”.

La comparación del sistema de relaciones de trabajo del propio país con el de otros, presenta además el gran valor de difundir el conocimiento de la experiencia nacional. Para cada problema de relaciones de trabajo existe una diver-

Kingdon (Ginebra, Instituto Internacional de Estudios Laborales 1972), pag1, cit por Schregle, op cit.

⁹ KHAN FREUND, OTTO: “*Pacta sunt servanda- a principle an its limits: some thoughts prompted by comparative labour law*” en *Tulane Law Review* (Nueva Orleans), junio de 1974, pag 894, cit por Schregle, op cit.

¹⁰ KAHN FREUND, OTTO, *Labour and Law* (Londres, Stevens and Sons, segunda edición, 1977), pag 13, cit por Schregle, op cit.

sidad de posibles soluciones y el conocimiento de la manera como los diferentes países enfocan el mismo problema ayuda a buscar una solución para el propio país con mejor conocimiento de las cuestiones en juego y de las probables consecuencias del curso de acción adoptado. Es indudable que las relaciones de trabajo comparadas no son lo mismo que una operación de importación y exportación, pero ningún país tiene derecho de monopolio sobre su propio sistema y experiencia.

Un enfoque comparativo de las relaciones de trabajo obliga a rebasar el contexto nacional y a mirar hacia el propio país desde fuera, desde el exterior. Ello hace posible juzgar y evaluar las relaciones de trabajo que conocemos, sin prejuicios añejos ni ideas preconcebidas. Esto así, lo comprendió como nadie sir Otto Kahn Freund, quien pasó parte de su vida profesional en un país y el resto en otro. Sobre este aspecto escribió: "Si el ambiente en que nos movemos nunca cambia el curso de la vida, se tiende a suponer que una institución, una doctrina, una práctica, una tradición, son inevitables y universales, mientras que en realidad, pueden ser el resultado de condiciones sociales, históricas o geográficas específicas del país o la región en el que ha crecido y en el que se vive"¹¹.

El estudio comparado de las relaciones laborales muestra que los fenómenos que se producen en la materia son expresiones muy fieles de la sociedad en que operan, de sus características y de las relaciones de poder entre los diferentes grupos de intereses. Es imposible comprender las relaciones de trabajo si no se entiende la forma como se establecen y cumplen las reglas y se adoptan las decisiones en la sociedad de que se trata.

Las relaciones de trabajo no solo tienen que ver con intereses y procedimientos, instituciones y normas, y con la adecuación y conciliación de esos intereses. La comparación internacional permite destacar la importancia de las actitudes, valores, emociones, ideologías, sentimientos e incluso religiones.

En última instancia las relaciones de trabajo pueden comprenderse y explicarse sólo como emanación de todos los rasgos característicos de una sociedad determinada: económicos y jurídicos, políticos y culturales, racionales e irracionales. Quien intente por tanto comprender el sistema de relaciones industriales de otro país, tiene que conocer y comprender todas las características mencionadas de ese país.

En sentido más amplio, la comparación internacional hace que se tome conciencia de que el sistema de relaciones de trabajo en el propio país no evoluciona

¹¹ KAHN FREUND, OTTO, *Labour relations; heritage and adjustment*, op cit, pag. 2

en forma aislada, sino que es parte de una evolución mundial. Adoptar el enfoque funcional en la comparación de las relaciones de trabajo permitirá destilar la multiplicidad y variedad de acontecimientos y procesos que tienen lugar en el conjunto de las relaciones de trabajo del mundo- o de ciertas regiones- o de ciertas provincias de un mismo país- toda una serie de tendencias generales.

Las afirmaciones y recomendaciones expuestas precedentemente, han sido extractadas de la conferencia aludida antes. Luce como evidencia incontrovertible, que esos cometidos, que fueron vertidos hace mucho tiempo, no sólo resultan realidades incuestionables, sino que pueden una vez más servir para hoy reflexionar sobre los procesos de construcción y reformas legislativas dentro del mundo del derecho del trabajo en Argentina y de modo particularizado en las reformas procesales en tránsito en la provincia de Córdoba dentro del mismo ámbito de la dogmática laboral.

IV. Derecho comparado como una moda. Uso y abuso

Las advertencias y recomendaciones precedentes, si se utilizasen como un marco reflexivo, hoy podrían impactar y cotejarse respecto del material legislativo producido por aquellos abogados a la redacción de proyectos de leyes o de reformas laborales.

Algo es indubitable, y es que se vive un tiempo de cambios sísmicos en la legislación. El sistema jurídico argentino se ha visto conmocionado a partir del dictado del nuevo Código civil y Comercial de la Nación, aprobado por ley 26.944 y promulgado según decreto 1795/2014. “*Un código de principios y de jueces*” como ha dado en describirlo, Aida Kemelmajer de Carlucci, una de sus co autores.

Con este nuevo cuerpo legal, todo el sistema jurídico se ha visto compelido a su revisión para su adecuación y coherencia.

Dentro del aludido contexto de análisis, la obra de Luis Moisset d’ Espanés, -un pensamiento emblemático del Derecho Civil argentino- exhibe una fuerte adhesión y compromiso al estudio del Derecho Comparado. De ella se desprende un conocimiento profundo y moderno de esta disciplina. Afirma que los comparatistas no deben limitar su campo de investigación al dominio de los códigos y de las leyes. Todas las fuentes deben retener su atención.

Expone en torno a los estudios comparados del derecho, tanto para la comparación internacional (**Derecho comparado externo**, supuesto en que se compara el derecho de dos o más países o sistemas jurídicos), como el interno de un país (**Derecho comparado interno** y ejemplifica el caso de México, con treinta y cuatro códigos civiles, uno por cada estado.

Fomenta el estudio de la ley extranjera, no para introducirla como tal, sino en el intento de producir una realidad jurídica dada, aquella del país –o de la provincia- cuyo modelo jurídico se admira. Enseña que el comparatista debe conocer en profundidad su derecho nativo.

Este jurista cordobés fue lector comprometido y reflexivo de la obra de René Rodière, clásico comparatista francés. Receptó para enseñar del jurista galo, la confección de una taxonomía sobre el Derecho Comparado a partir de la cual se formularan los siguientes interrogantes al momento de efectuar una labor jurídica comparativa o estudios comparativos del derecho: **¿qué se compara?**, **¿quién compara?**, **¿por o para qué compara?** y **¿cómo compara?**

Cada una de estas preguntas encuentra respuestas contundentes en otras aseveraciones: “El derecho comparado tendría el mérito de proporcionar al legislador proyectos de reforma y motivos para admitir, o rechazar, determinados modelos, según que estuvieran o no en armonía con la infraestructura de las instituciones del país que procura elaborar un proyecto o reformar una ley vigente (...). El derecho comparado puede y debe ser utilizado por los legisladores”¹².

En concordancia con lo expresado, emerge de nuevo el recordado comparatista alemán, que huyera de su país natal durante el nazismo para ser acogido y reconocido en Inglaterra (Universidad de Oxford). Sir Otto Kahn Freund, quien alertó respecto a una cuestión sumamente peligrosa e importante: *Sobre el uso y el abuso del derecho comparado*. Así se tituló una célebre conferencia dictada en aquella universidad.

En fecha mucho más reciente, otro jurista, también de la Universidad de Oxford, escribía un libro que erosionó toda la filosofía jurídica de los últimos cincuenta años, al haber cuestionado incluso a su propio maestro. Se trata de Ronald DWorkin, discípulo de H.L.A. Hart. Aquél escribió la obra titulada *Taking rights Seriously* – Los derechos en serio. En el ámbito que nos convoca este estudio, hoy valdría postular, *Tomar en serio el Derecho Comparado*.

¹² RODIÈRE, RENÉ, *Introducción al Derecho Comparado*, Instituto de Derecho Comparado del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Barcelona, 1967.

Ello así, porque, a más de las dificultades y gravámenes que genera al sistema jurídico y a sus destinatarios últimos una legislación deficitaria, muchas veces inadaptada al contexto, ineficiente frente a las necesidades a las cuales debiera regir, hoy emerge como necesidad ineludible tomar en serio el derecho comparado. Esto así, para aquellos que podrían estar incluidos en la pregunta, quiénes comparan: legisladores, jueces, abogados, juristas y estudiantes de derecho.

Bien prevenía Alan Waston acerca de la cantidad de errores que pueden cometerse en los estudios de Derecho Comparado. Los trasplantes jurídicos no son sencillos escribió.

En su obra, Kahn Freund refiere que su interés no miraba al Derecho Comparado como instrumento de investigación o de enseñanza, sino como **instrumento de reforma del derecho**. Se pregunta ¿cuáles son los usos y cuáles son los abusos en la utilización de modelos extranjeros –a lo que podrían agregarse internos- en el procedimiento de formación del derecho?

¿Cuáles condiciones se deben cumplir para que sea aceptable y aún posible para aquellos que elaboran nuevas leyes utilizar normas e instituciones desarrolladas en países extranjeros? También la pregunta podría plantearse en un ámbito local, respecto al intento de imitar la legislación de otra provincia foránea en relación a la que postula la reforma.

Son preguntas sobre las que habría que esperar respuestas en procura de identificar la raíz de los problemas que conlleva la elección de un modelo erróneo, al momento de elaborar o reformar una normativa atingente en el caso que nos ocupa, al derecho sustantivo del trabajo o derecho procesal del trabajo.

Hay una evidencia incontestable y es que el derecho se ha abierto a la influencia extranjera. También que cuando se habla de extranjería, la referencia es inclusiva de los modelos diferentes que se hallan dentro de un país, tal el caso de los sistemas procesales diversos, según las provincias legisferantes.

Detectar y explicar cierto tipo de incoherencias en la asunción de un determinado modelo y el rechazo de otro que sería complementario, está dada por la ideología y en el poder de la profesión forense.

Otro dato verificable es que generalmente los estudios legales comparados se concentraron al inicio en cuestiones de derecho privado. Sin embargo, a posteriori, se observan varias diferencias notables, tales como los estudios de Mauro Capeletti en el área del derecho procesal. El mismo Rodolfo Sacco ya en los años 80, expuso en su obra que los estudios de Derecho Comparado habían irrum-

pido notablemente en las áreas del derecho constitucional, el derecho procesal y el derecho social¹³.

Hoy, una meta práctica ampliamente reconocida del Derecho Comparado es ser útil al proceso de confección de leyes. Otra es la armonización de leyes nacionales y el encuadramiento, interpretación y aplicación de leyes supranacionales (caso de incorporación de los Tratados).

Por otra parte, para explicar cómo la metodología comparativa, adecuadamente concebida avanza tanto en la teoría como en la práctica, es necesario estar atentos a la noción de que el Derecho Comparado consiste en **una variedad de métodos para ver el derecho**. Al discutir este asunto, Rabel determinó el estudio sistemático de esta disciplina sobre una nueva base en el siglo XX. Dos palabras son claves en la forma en que él hizo esto: **función y contexto**.

No es posible comparar reglas legales, instituciones o sistemas, sin comprender acabada y seriamente cómo funcionan y no se puede saber cómo funcionan si no se las sitúa en su contexto legal, económico y cultural.

V. Reflexiones finales

Es posible que el material antes referido, algún destinatario pueda ser tildado de excesiva teorización, o inútiles contenidos. Son los riesgos que tiene asumido quien escribe. Lo interesante es que frente a los proyectos en tránsito y respecto a las normas ya sancionadas, hoy existe la posibilidad- con lo expuesto hasta aquí- de efectuar una evaluación razonable de su contenido, en atención a los antecedentes legislativos y respecto a ciertas perspectivas de futuro. Es posible efectuar un análisis que arroje algún resultado en cuando a la predictibilidad de su **eficacia**.

En junio del próximo año, se pondrá en marcha la reforma procesal laboral en Córdoba, anuncia un artículo periodístico¹⁴.

Siempre es útil reflexionar sobre el alcance de las reformas procesales y otro tanto a las que vinculan al Derecho Laboral según propuestas del Poder Ejecutivo. Para ello conviene comenzar reconstruyendo algunas piezas que podrían ser válidas para el estudio evaluativo de la labor legislativa.

¹³ SACCO, RODOLFO, *Introduzione al Diritto Comparato*, IV Edizione, G. Giappichelli Editore. Torino, 1990.

¹⁴ COMERCIO Y JUSTICIA, pag. 12 A, jueves 13 de diciembre de 2018.

Eduardo Couture profetizó que “el que sólo sabe derecho, no sabe ni siquiera derecho”. El ejercicio en la profesión de abogado, la función en la magistratura y una fuerte inquietud por la comprensión y dimensión del derecho y su rumbo, marcan inexorablemente la mente y en el espíritu de quien ha emprendido esta búsqueda.

La reforma procesal laboral de la provincia de Córdoba ya es una ley. Se desconoce si las cátedras universitarias de esta Córdoba la docta, hayan analizado o intervenido en su proyecto y discusión.

Todo esto permite traer a la memoria una propuesta metodológica elaborada por el procesalista italiano Mauro Capelletti atingente al Derecho Comparado, a la que éste refiere como *una propuesta enteramente personal*.

El trabajo postula seis etapas. Quisiera sólo dejar expuesta la última:

“Una última etapa del análisis comparativo –no necesaria, sino únicamente posible, y en verdad tanto más audaz y riesgosa, representa en cierto modo un corolario de todas las demás. Se trata de prever desarrollos futuros. El comparatista –y aquí pretendo expresarme de manera un tanto provocativa- es el único **profeta científico** posible. Profeta, porque sobre la base de la investigación realizada, puede sacar a la luz tendencias evolutivas, las cuales presumiblemente están destinadas a continuar y a difundirse, al estar radicadas en problemas y necesidades reales de la sociedad, y al haber sido “valoradas” a la luz de los datos empíricos concernientes a su eficacia en la solución del problema. Pero es en verdad profeta “científico”, porque su predicción del futuro no se basa en sus preferencias o idiosincrasia, como tampoco en intuiciones o “iluminaciones” personales, sino en resultados de un análisis concreto de la realidad social. (el resultado es propio).

En paráfrasis con un texto evangélico, respecto al maestro Capelletti, *no soy digna de desatar la correa de sus sandalias*.

Propongo a quienes inquietan los proyectos o las reformas ya consumadas que emergen del Derecho del Trabajo, abrir la puerta al estadio del Derecho Comparado y tomarlo en serio. No temer a las tormentas, como decía Shakespeare, porque es el viento de las cosas nuevas.

Reflexiones sobre el derecho comparado y los estilos jurídicos

Reflections on comparative law and legal styles

ROXANA SOTOMARINO CÁCERES*

Resumen: El Derecho comparado propone el análisis comparativo con una mirada interdisciplinaria. Mediante este artículo, reflexionamos en cómo se generan diferencias o particularidades con ayuda de la Psicología Social.

Palabras claves: Derecho comparado. Psicología y Derecho, Análisis Cultural del Derecho, estilos jurídicos

Abstract: Comparative Law proposes analysis with an interdisciplinary perspective. Through this article, we reflect on how differences or particularities are generated with the help of Social Psychology.

Introducción

A través de este artículo, profundizamos en las diferencias que generan un particular estilo jurídico como rasgos particulares que determinan la actuación efectiva del Derecho en un espacio y tiempo determinado. Nuestra perspectiva es interdisciplinaria; se pretende generar una hipótesis que explique las particularidades en la generación, interpretación, aplicación del Derecho incluso, dentro de una misma tradición jurídica, sistema jurídico o familia jurídica. Se

* Roxana Sotomarinó Cáceres es Doctora en Derecho, Magíster en Derecho civil y Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú-PUCP. Cuenta con estudios de pre grado y posgrado en Psicología. Es docente de la PUCP entre otras universidades. Realizó una investigación post doctoral en la Universidad Paris I, Panthéon-Sorbonne. Es investigadora, Árbitro y ejerce la profesión en forma independiente. Correo: rsotomarinó@pucp.edu.pe

estimula una mirada crítica hacia el aprendizaje social repetido a través del tiempo, susceptibles de crear un condicionamiento repetido a través del tiempo. Ello genera un esquema cultural que impacta en nuestra concepción del Derecho.

I. Derecho comparado

Corresponde al Derecho comparado, la tarea de advertir las similitudes y las diferencias, los nexos que subyacen en los ordenamientos jurídicos y que han generado la actual estructura, los mecanismos de creación, de interpretación, aplicación y enseñanza del Derecho en los Estados, a lo largo y ancho del planeta. Para Zweigert y Kötz¹, la expresión *Derecho comparado*, "(...) implica una actividad intelectual en la que el derecho es el objeto y la comparación el proceso". Gambaro y Sacco², mencionan que el análisis de las diferencias entre reglas y soluciones jurídicas es objeto de una ciencia o saber, que debe ser desarrollado o proyectado de manera crítica. Ese saber es el Derecho comparado. El examen comparativo en la ciencia jurídica, supuso, por lo general, una tarea limitada al ordenamiento positivo territorial o al casuístico. Pero, esto responde a ciertos modelos impuestos a través del tiempo, la cultura, entre otros factores. Ajani, Anderson, Arroyo y Pasa³ destacan la cognición inmersa en el proceso de comparación jurídica.

II. Nociones básicas en el Derecho Comparado: ordenamiento jurídico; familia jurídica; sistema jurídico; tradición jurídica

Aunque hemos recurrido ya al término, "ordenamiento jurídico", cabe acoger los comentarios de Rubio y Arce⁴, quienes destacan que las normas jurídicas no

¹. Zweigert, Konrad y Hein Kötz (2002). *Introducción al Derecho comparado*. Primera edición en español. México DF: Oxford University Press, p. 3.

². Gambaro, Antonio y Rodolfo Sacco (2010). *Sistemi giuridici comparati. Trattato di Diritto Comparato*. Terza edizione. Milanofiori: Utet Giuridica, p. 1.

³. Ajani, Gianmaria, Miriam Anderson, Esther Arroyo Amayuelas, Bárbara Pasa (2010). *Sistemas jurídicos comparados Lecciones y materiales*. Primera Edición. Barcelona: Universitat de Barcelona, p. 19.

⁴. Rubio, Marcial y Elmer Arce (2017). *Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano*.

se encuentran dispersas ni fragmentadas; más bien se organizan en grupos, en ramas del Derecho que le brindan “unidad de sentido”. Y cada una de estas ramas, sea constitucional, civil, penal, laboral, “ordena” a las normas jurídicas bajo determinadas pautas, principios de jerarquía y competencia. Como señalan estos autores, “el conjunto organizado de normas jurídicas, se le denomina *ordenamiento jurídico*”⁵.

Se pueden observar discrepancias sobre algunos términos usados en el Derecho comparado. Por ejemplo, para David y Jauffret-Spinozi⁶, el término “sistema jurídico” apuntaba a designar al conjunto de ramas que, en un país dado, se combinan para formar el derecho nacional. En este contexto, los significados de ordenamiento jurídico y sistema jurídico, se conectan. Merryman⁷ utilizó el término “tradición legal”, en abierta distinción del término “sistema legal”. Este último, involucra “un conjunto operativo de instituciones, procedimientos y reglas legales”. Para este autor, “hay un sistema federal y cincuenta sistemas estatales legales en los Estados Unidos, sistemas legales separados en cada una de las otras naciones, y aún otros sistemas legales distintos en organización estatales” como la que fuera la Comunidad Económica Europea, actualmente la Unión Europea y las Naciones Unidas⁸. Estos sistemas legales nacionales se clasifican con frecuencia, en grupos o familias. De esta manera, por ejemplo, los sistemas jurídicos legales de Inglaterra, Nueva Zelanda e incluso, del Estado de Nueva York o de California, se denominan sistemas de “derecho común” y habrían “buenas razones” para agruparlos de esta forma. Pero, ello no significa que tengan instituciones, procesos y reglas “idénticas”. Para Merryman, habría diversidad entre ellos. De la misma manera, Francia, Alemania, Italia y Suiza tendrían sus propios “sistemas legales” de la misma manera que ocurre con Argentina Brasil y Chile. Sistema legal refleja un concepto similar al de ordenamiento jurídico o al de sistema jurídico.

Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 57.

⁵. *Ibidem*, p. 57.

⁶. David, René y Camille Jauffret-Spinozi (2010). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Traducción de Jorge Sánchez Cordero. Décimo Primera edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

⁷. Merryman, John Henry (1969/2011). *La tradición jurídica Romano-Canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, p. 15.

⁸. *Ibidem*, p. 15.

Según Merryman⁹, el término “tradición legal” no es “conjunto de reglas de derecho acerca de los contratos, las sociedades anónimas y los delitos, aunque tales reglas serán casi siempre, en cierto sentido, un reflejo de esa tradición”. La tradición legal, más bien, acoge:

(...) un conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas, acerca de la naturaleza del derecho, acerca del papel del derecho en la sociedad y el cuerpo político, acerca de la organización y la operación adecuadas de un sistema legal, y acerca de la forma en la que se hace o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho. La tradición legal relaciona el sistema legal con la cultura de la que es una expresión parcial. Ubica al sistema legal dentro de una perspectiva cultural.

Mientras que, para Merryman, el sistema legal incluye reglas jurídicas aplicables de manera obligatoria, la tradición legal más bien, se forja progresivamente, a través de la historia, la política, entre otros factores. Y con una visión “euro centrista”, serían tres tradiciones legales las que tuvieron gran influencia (la de derecho civil, el derecho común y el socialista). El derecho civil es el más antiguo y difundido; se origina en el 450 a. c. A su vez, la de derecho común, establece como fecha de inicio el año 1066, “cuando los normandos derrotaron a los nativos defensores en Hasting y conquistaron Inglaterra”. La tradición de derecho socialista en cambio, se originó con la Revolución de Octubre en 1917. Antes de ello, la tradición dominante fue la del derecho civil. Las tres fueron resultados del imperialismo de Europa occidental en siglos anteriores. La historia modificó la importancia de la tradición socialista en los términos originalmente planteados por Merryman (como en su momento, por René David). Merryman se refirió al derecho de los países escandinavos, por ejemplo, para destacar que no habría sido posible incluirla en ninguna de las tres tradiciones antes señaladas.

La traducción literal del término *Law*, en ciertos contextos puede significar *Ley*. Pero, como se sabe, en muchos casos, se asimila a lo que, desde nuestra tradición Romano Germánica, involucra un espectro más amplio y es la referencia al Derecho.

⁹. *Ibidem* p. 17.

En la misma línea, Castán Tobeñas, Castán Vázquez y López Cabana¹⁰ precisan que, en el Derecho comparado, la noción de sistemas jurídicos involucra el “conjunto de normas e instituciones que integran el Derecho positivo” las cuales rigen en una determinada colectividad. Pero, En la misma obra, Castán Tobeñas advierte que al ser diversa la estructuración del Derecho, la categoría de un sistema no se aplicaría a otro. Es posible hallar sistemas jurídicos con base legislativa y otros contruidos esencialmente a través de la jurisprudencia o apoyados en un derecho consuetudinario, no escrito ni creado por los jueces o por las autoridades sino solo por la propia población.

En diversas ocasiones, se ha utilizado el concepto de *sistema jurídico* como sinónimo de familia jurídica. Pero, en otros casos, se ha señalado que ambos son distintos. La noción de familia jurídica (como la de tradición en los términos enunciado por Merryman) refleja los lazos que unen el ordenamiento jurídico de un país con otro. El de sistema respondería, además, a un desarrollo teórico posterior, capaz de destacar conexiones estructurales de un ordenamiento jurídico con otro. Pero, depende de cada autor el significado que le atribuye, pues, como hemos podido advertir, para Merryman un sistema legal, incluye reglas concretas vigentes (pues regulan los contratos, las sociedades, etc.) dentro de una frontera nacional.

Ajani et al.¹¹ resaltan que “al igual que otras disciplinas, el Derecho comparado emplea una terminología propia para exponer los resultados de la investigación.” Por esta razón, mencionan que, respecto de la clasificación, es útil tener en cuenta lo siguiente:

- a) Se denominaría sistema al “conjunto de reglas jurídicas aplicadas en una comunidad (local, estatal, supraestatal)”;
- b) Sería familia (o gran sistema), al “grupo de ordenamientos con características comunes”;
- c) A la terminología antes mencionada, se añadiría la denominación y concepto de *flujo* (la cursiva es nuestra). Este sería “cualquier dato de la experiencia jurídica que, propio de un sistema, sea recibido en otro e introduzca en ese último un elemento de desequilibrio”.

¹⁰. Castán Tobeñas, José, José María Castán Vázquez y Roberto M. López Cabana (2000). *Sistemas Jurídicos contemporáneos*. Madrid: Abeledo-Perrot, p. 15.

¹¹. Ajani et al., *Op. Cit.*, p. p. 30 y 31.

d) También se hace referencia al *estilo* el que sería entendido o enunciado como una *macro noción* (la cursiva es nuestra); dicho concepto comprendería a “cinco elementos de caracterización de un sistema: el desarrollo histórico, la naturaleza de las fuentes y de la interpretación, la mentalidad de los juristas, la presencia de institutos jurídicos propios (como el *trust* en el Derecho inglés o el abuso del Derecho en los sistemas Romanos Germánicos) y la ideología (entendida como el conjunto de las voces políticas o religiosas que influyen en el Derecho).”

Aquí, existiría cierta semejanza entre el concepto de familia jurídica y el de sistema o sistemas jurídicos planteados por otros autores. En ambos casos, se han destacado las afinidades o elementos comunes que permiten integrar o agrupar (de manera que no siempre es pacífica o fácil) el Derecho de dos o más países a partir de un pasado común; la integración incluye similares nociones sobre las fuentes del Derecho (la ley, la decisión de los jueces) y las tradiciones o costumbres compartidas. La definición de ordenamiento jurídico nacional, refleja el conjunto de reglas jurídicas aplicadas al interior de una frontera nacional o al interior de un Estado, sea Constitución, leyes, reglamentos, jurisprudencia del Poder Judicial o Tribunal Constitucional, entre otras. Tras este concepto, existiría una visión más bien local.

La noción de “familia jurídica” enuncia la conexión o vínculo que, en mayor o menor grado, desarrolla el Derecho de un país, con otro u otros. Pero, aunque la terminología parece recordarnos la relación de “truncos comunes” que se presenta en las familias, las relaciones son bastante más complejas; obedecen a procesos en donde las similitudes y diferencias se han grabado a través de la historia, la política, economía, los cambios sociales, la filosofía, la religión. Reiteramos, sin embargo, que estas “etiquetas” ayudan a comprender las conexiones.

Como hemos podido observar, el término “sistema jurídico” puede aplicarse tanto para el Derecho de los países o de manera similar a la de ordenamiento jurídico nacional; la de familia jurídica, tradición jurídica en cambio, agruparía sistemas jurídicos u ordenamientos jurídicos locales a partir de sus elementos comunes. El Derecho aplicado en la República Francesa o a la República del Perú, se podría “etiquetar” como un sistema jurídico. Sin embargo, también el “sistema” con el añadido de “gran sistema”, puede registrar a un conjunto de ordenamientos jurídicos nacionales, como menciona Ajani et al.¹²

¹². *Ibidem*, p. p. 30 y 31.

Existe, en todo caso, distintas formas de organizar o de clasificar a los distintos ordenamientos de acuerdo a los fundamentos esgrimidos por uno o más juristas. Lazos históricos comunes; el desarrollo y aplicación de la noción de Fuentes de Derecho; la prevalencia de alguna o algunas; la tradición en el desarrollo de figuras típicas; la formación de un lenguaje o vocabulario determinado, entre otras cuestiones, facilita la comprensión sobre todo metodológica, de los mecanismos que sostienen la categorización en grandes sistemas, familias o tradiciones jurídicas.

René David según texto actualizado con Camille Jauffret-Spinozi¹³, identificó a las familias de Derecho o grandes sistemas de la manera siguiente:

Romanos germánicos, en el que se debían incluir a los ordenamientos jurídicos desarrollados en el continente europeo a partir del siglo XII; además se remarcó la procedencia geográfica (“al sur de la actual Dinamarca y al oeste del límite oriental del Sacro Imperio Romano”). En esta familia se incluyó al Derecho de los territorios colonizados por España, Francia y Alemania a través de tres continentes;

La familia del *Common Law*, la que debía ser agrupada a partir de su origen, basado en la colonización normanda de Inglaterra en el siglo XI; se extendió hacia las posesiones (como Irlanda) y a las colonias inglesas (Estados Unidos, la parte de Canadá que no es francesa, Australia, Nueva Zelanda);

La familia o sistema de tipo *socialista*, que inició con la revolución bolchevique de 1917, pero se impuso en los territorios rusos con el poder soviético. Luego, se ampliaría el Derecho de tipo socialista a los Estados (desde la Europa centro oriental, hacia Asia y África) como resultado de la Segunda Guerra Mundial. El modelo fue de “colectivización de los recursos productivos”, tomándose en cuenta el “monopolio del poder de un partido de inspiración comunista” (según comentan Ajani et al, en la obra ya citada).

La familia o sistemas filosóficos o *religiosos* que incluyeron al Derecho musulmán, hindú, hebreo, de Extremo Oriente, de África, etc. sin que existiera conexión entre ellos.

Se ha cuestionado el fuerte componente de centralización en el Derecho a partir de la “mirada europea”; la indiferencia ante “las situaciones de pluralismo jurídico” (por la presencia de la costumbre jurídica); una mirada “estática”

¹³. David, René y Camille Jauffret-Spinozi (2010). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Op. Cit.

cuando la realidad ha demostrado que los modelos pueden ser dinámicos; una categorización “excesivamente macro” lo que ha conducido “a los especialistas del área (por ejemplo, América Latina, pero también los ordenamientos escandinavos) a reivindicar la especialidad de ciertos sistemas respecto a la clasificación propuesta”; por ser “desequilibrada en el plano del objeto”, hacia el Derecho civil respecto del constitucional o administrativo; por no ser “homogénea en el plano de los criterios de clasificación”, respecto de los datos (sea la ideología u otros datos formales en las familias sea la socialista, la romano germánico o la de sistemas “religiosos o filosóficos”) según han resaltado Ajani et al¹⁴. La crítica en todo caso, ha resultado acertada destacando la falta de visión para evaluar el Derecho europeo frente a otros. De manera posterior, los comparatistas alemanes Konrad Zweigert y Heinz Kötz (citados por Ajani et al.) en su obra *Introducción al Derecho comparado*, han propuesto una “taxonomía más sensible hacia los estilos de los distintos sistemas” aunque con cierta “exaltación” del Derecho europeo.

Zweigert y Kötz¹⁵ han sugerido la siguiente clasificación y denominación de los grandes sistemas jurídicos:

- a) sistema romanístico;
 - b) sistema germánico;
 - c) sistema angloamericano;
 - d) sistema escandinavo;
 - e) sistema de los países socialistas;
 - f) otros sistemas;
- sistemas de Extremo Oriente, como el islámico, hindú.

Pero no queda muy claro qué divide a la familia o sistema germánico del romanístico, o si se debe seguir concediendo especial importancia al sistema de los países socialistas (y no destacar el caso de China como fenómeno particular) o aludir al sistema escandinavo de manera independiente.

Antonio Gambaro y Rodolfo Sacco¹⁶, en su obra *Sistemi giuridici comparati*, incorporaron una nueva clasificación basada en lo siguiente:

- a) La que aún se denomina *tradición jurídica occidental* (la cursiva es nuestra) la cual incluiría las experiencias de Inglaterra y de los Estados Unidos de

¹⁴. *Ibidem*, p. 32

¹⁵. Zweigert, Konrad y Hein Kötz, *Op. Cit*

¹⁶. *Op. Cit.*, p.p. 31 y siguientes.

América con el *Common Law* y los modelos franceses, alemán, italiana en el *Civil Law*;

- b) Derecho de los países islámicos;
- c) Derecho de la India o derecho hindú;
- d) Derecho de Asia oriental (que incluye a China y Japón);
- e) Derecho del África subsahariana.

Por lo pronto, Sacco y Gambaro analizan el Derecho de África admitiendo su gran diversidad. Bajo su clasificación¹⁷, el Derecho peruano estaría bajo la tradición jurídica occidental. Solo que habría que preguntar cómo articular la existencia de costumbres ancestrales como el *servinacuy* o matrimonio a prueba aún vigente en ciertas comunidades o la visión colectiva de la propiedad. Cabría repensar tales categorías.

Uno de los debates más intensos que dividió a historiadores del Derecho y juristas en Perú, se produjo en torno a asumir o no, la existencia de un Derecho precolombino¹⁸. Jorge Basadre, citado por Carlos Ramos¹⁹, sostuvo que se debe responder afirmativamente a tal pregunta; la organización de los Incas fue de tal complejidad, que no se puede negar que tuviera Derecho como “la institucionalidad normativa encargada de velar por la paz social, cuyo ejercicio recae sobre el Estado, a través del imperio de la coerción (la inminencia del uso de la fuerza) y la coacción (el uso efectivo de la fuerza).”²⁰. Carlos Ramos, ha recogido los manuscritos de 1615 del historiador Guamán Poma de Ayala para destacar que hubo entre los Incas, interés en dictar reglas “que propiciaran una convivencia ordenada”. Existieron costumbres referidas al trabajo colectivo; una sociedad de clases sociales que limitaba las uniones entre “castas diferentes”; un sistema punitivo ejemplarizante, entre otras normas que combinaban lo jurídico y lo religioso. Algo digno de ser destacado, es la mirada colectiva a partir de la reciprocidad y la redistribución para atender los problemas y solucionarlos.

Creemos que se debería considerar como grandes sistemas jurídicos o tradiciones, o familias jurídicas, a la Romano-Germánica; la angloamericana o sistema anglosajón o de *Common Law*; la que muestra rezagos del Derecho socialista o comunista; la familia de base religiosa; el Derecho de la África subsahariana; la familia o tradición jurídica Iberoamericana; y el grupo de sistemas

¹⁷. *Op. Cit.*, p.p. 31 y siguientes.

¹⁸. Ramos Núñez, Carlos (2019). *Historia del Derecho peruano*. Lima: Palestra, p.16.

¹⁹. *Ibidem*, p.p. 16 y 17.

²⁰. *Ibidem*, p.p. 16 y 17.

mixtos dentro del cual estaría India, Japón, Corea del Sur, por ejemplo. Habría que considerar aquello que une a partir de la historia, la política, la economía, la religión, la ideología, el desarrollo social, la formación cultural. Para desarrollar esta ciencia, además, se debe atender, entre otras ciencias conexas, a la adecuada comprensión del lenguaje con una visión renovada de la traducción jurídica en un tiempo y espacio determinado.

En el Derecho comparado, Gambaro y Sacco²¹ han utilizado, además, la noción de *formantes* para destacar los componentes que contribuyen a generar el orden jurídico. Así, existe el formante legislativo; doctrinal; la jurisprudencia (como las máximas que el juez enuncia para motivar su decisión); pero también es un formante importantísimo: la legitimación o justificación invocada a favor del reconocimiento de la norma jurídica como pueden ser en el Derecho hebreo o islámico, la idea de la “voluntad revelada de Dios”. No existiría verdadera comparación “sino una vez que se reconstruyen separadamente todos los formantes”. Por ejemplo, el formante legislativo no está siempre presente en Inglaterra, de la misma manera que lo está en Francia o Alemania. En Inglaterra podemos hallar sectores del Derecho no regulados por leyes sino por la jurisprudencia, aunque ella cambie con relativa lentitud.

La aplicación de montos indemnizatorios por daños punitivos, fueron denominados en el Derecho Inglés como daños *ejemplares* siendo desarrollados a través de fallos jurisprudenciales en Inglaterra y luego en los Estados Unidos de América. Para muchos juristas, es importante considerar que, en materia indemnizatoria, los jueces norteamericanos, han admitido conceptos económicos en la aplicación de los daños punitivos. Frente a ello, incluso, se proyectó un control normativo a través de la legislación que no ha surtido efecto.

Cabe reflexionar en si podemos considerar como formante, el desarrollo de procesos de aprendizaje social de conductas que, como prácticas repetidas a través del tiempo, permite configurar el Derecho, en un espacio físico y un tiempo determinado. Algunos pueden considerar que esta noción ingresa dentro de la cultura. Ello es correcto. Pero, antes de formar parte de la cultura, este proceso se entiende con ayuda de la Psicología Social.

Conviene entender cómo se puede crear percepciones en relación con la forma en la que se concibe y aplica el Derecho, debido a un dinámico proceso de condicionamiento (como un modelamiento primero individual y luego so-

²¹ *Op. Cit.* p. 5.

cial, derivado de la informalidad, por ejemplo). En ello, se pueden considerar formas de aprendizaje social del Derecho.

Pretendemos generar conciencia sobre los mensajes que son procesados de manera cognitiva y conductual. Finalmente, somos los hombres y mujeres los que construimos lo jurídico. Aquí advertimos el procesamiento de la información, el aprendizaje social que condiciona y progresivamente, crea una cultura determinada. No siempre interviene la educación o instrucción de los individuos para fomentar mayor respeto a la regla jurídica. Si ese fuera el caso, en nuestro país, los más “instruidos” cumplirían siempre la ley y eso, sabemos, no siempre es correcto. Muchas veces, opera cierto condicionamiento para actuar de una manera también cuando se trata de incumplir o de respetar la regla jurídica. Este componente explicaría por qué surgen particulares diferencias entre la manera como se estructura y aplica el Derecho entre los germanos, los escandinavos, los italianos, los franceses, los sudamericanos (y ello, incluso, con matices distintos).

No se trata de introducir subjetivismo jurídico (aunque si una perspectiva integrada con otras disciplinas); se pretende advertir que probablemente, opera el aprendizaje social por observación algunos grupos sociales, al imponer cierta disciplina y respeto concreto o efectivo hacia el ordenamiento jurídico; al difundir modelos de éxito o fracaso personal, ante el respeto de la normativa, se logra a través del tiempo, introducir en los ciudadanos la idea de que las reglas de Derecho nacen para ser cumplidas. Esto explicaría por qué en algunos grupos, la regla es actuar informalmente ante el Derecho (adoptando incluso máximas como “hecha la ley, hecha la trampa” o mensajes similares).

El formante del que hablamos, apunta a que hay mensajes transmitidos socialmente que establecen un aprendizaje y lo refuerzan de manera continua (una persona que daña a otra y no paga la indemnización lo que, al ser ampliamente difundido por los medios de prensa escrita y hablada, refuerza la presencia de un patrón o modelo). Muchas veces, estos modelos llegan a la población de manera subliminal y no hay conciencia de la necesidad de erradicarlos por parte de las autoridades (legislativas, judiciales y hasta del propio medio académico). Es así como finalmente, se pueden construir símbolos culturales y, de esta manera, progresivamente, un propio estilo jurídico.

El Derecho de los Estados Unidos de América difiere en sus orígenes, del aplicado en Alemania, Francia, Italia, España, Portugal, Bélgica, Suiza, entre

otros. En el caso de Inglaterra, operaron algunos cambios por su asimilación a la Unión Europea (que ya fue dejada sin efecto). Pero, en los últimos tiempos, se asiste a procesos de “americanización” del Derecho europeo, sobre todo en el ámbito de la responsabilidad civil, por ejemplo. Esto se ha dado por la recepción de propuestas nacidas de la jurisprudencia norteamericanas como la fórmula del *marked share* recogida como responsabilidad por cuota del mercado ante daños masivos en Francia, por ejemplo.

La actual estructura de ambos derechos sea en su faceta objetiva como subjetiva, plantea indudablemente, un distinto sistema de fuentes, de formantes, de mecanismos de aplicación del Derecho para solucionar los problemas, de influencia de la propuesta económica, etc. Pero el rasgo que los une es el compartir la noción de un Derecho laico separado de la religión, de la importancia atribuida al respeto a los derechos fundamentales y a la democracia por lo menos, en teoría.

III. Los estilos jurídicos

Zweigert y Kötz²² desarrollan la idea de los estilos jurídicos luego de mencionar que la teoría de las “familias jurídicas” ha buscado “proporcionar respuestas a diferentes preguntas planteadas por el Derecho comparado como son la posibilidad de dividir el complejo y amplio número de sistemas jurídicos, a unos pocos grupos. Se brinda a esta “masa de sistemas jurídico, un orden comprensible”. La clasificación, en todo caso, no puede depender de un solo criterio como señalan Zweigert y Kötz. Para evaluar el fenómeno jurídico, se toman en cuenta distintos factores como la propia normativa, lo que plantea la doctrina, la jurisprudencia, la historia, el grupo social en sus expresiones antropológicas. El producto o Derecho actual, en los diversos países del planeta, ha sido resultado de diversos procesos, en los que está presente la política, la ideología, la filosofía. En todo caso, Zweigert y Kötz²³, subrayan que un “aspecto decisivo” de los sistemas jurídicos, lo constituyen sus estilos jurídicos pues ellos son los que marcan las diferencias.

²² *Op. Cit.*, p. 71.

²³ *Ibidem*, p. 75.

Alessandro Somma²⁴ considera que el “estilo de un sistema (entendido como familia de sistemas) está determinado por factores de tipo jurídico, aunque obtenidos desde un punto de vista externo sobre el derecho y, por tanto, al menos implícitamente, por elementos de orden extrajurídico”. Un estilo jurídico incorporaría particularidades al interior de una familia jurídica, tradición o gran sistema jurídico. En su libro *Introducción al Derecho comparado*, Somma menciona que, en esta materia, se debe entender y respetar el contexto histórico entre otros factores que pueden producir diferencias en los ordenamientos:

De especial interés (y fortuna) es el criterio utilizado para llegar a esta clasificación, precedido por el denominado principio de la relatividad por materia y de la relatividad temporal: cada agrupamiento debe ser valorado en referencia al sector del ordenamiento a partir del cual ha sido elaborado, aquí el derecho privado, y teniendo en cuenta el contexto histórico que, en caso de cambiar, puede perfectamente producir distintos resultados clasificatorios. Dicho esto, la clasificación propuesta pretendía agrupar ordenamientos nacionales a partir de un concepto recurrente en la lingüística y en las artes figurativas, aunque usado también en las ciencias sociales: el concepto de estilo.

Sin duda, para este jurista, “El primer factor que influye en el estilo del sistema es la “evolución histórica” de los ordenamientos: en él se apoya, por ejemplo, la distinción entre el modelo de *common law* y el modelo de *civil law*, y la limitada utilidad del derecho occidental como categoría para abarcarlos a ambos.”

Si retomamos lo expresado en apartados anteriores, convendría reconocer ciertos condicionamientos como formas de reflexionar en lo jurídico y de generar una “mentalidad jurídica”. Así, esta “mentalidad” estaría, por ejemplo: “(...) referida a elementos como la tendencia a la abstracción, típica del *civil law* y relacionada con su origen sapiencial, o la inclinación contraria al enfoque empírico y al razonamiento inductivo, típicos en cambio de los sistemas de *common law*.”

Esta diferente mentalidad, reflejaría “(...) la centralidad que, en Occidente, ha asumido el derecho como instrumento de gobierno de los conflictos sociales, y la tendencia opuesta a su recomposición armónica con instrumentos alternativos al derecho, característica de Extremo Oriente en particular.” Para analizar la “la mentalidad jurídica” y los estilos jurídicos de sistemas o de ordenamientos

²⁴. Somma, Alessandro (2015). *Introducción al Derecho Comparado*. Madrid: Universidad Carlos III.

jurídicos, se “(...) demanda la utilización de instrumentos como los suministrados por la sociología del diritto, y por tanto alimenta un punto de vista externo sobre el derecho: implica la valoración de datos extrajurídicos o, en todo caso, obliga a considerar el derecho según esquemas que no son los dominantes en el contexto occidental”. Sobre el tema, Somma²⁵, agrega:

De hecho, no solamente la sociología se ve involucrada en el estudio de las mentalidades. Este concepto, elaborado en el ámbito de las ciencias históricas ya en los años veinte del siglo pasado, quiso inmediatamente implicar el llamamiento a valorar el estudio interdisciplinar o, al menos, multidisciplinar, es decir, también los puntos de vista de ciencias sociales como la política, la economía o la antropología.

No es, pues, el único que demanda incorporar al estudio del estilo en el Derecho comparado, a la sociología. Zweigert y Kötz²⁶ han planteado la necesidad de la ayuda de la sociología del derecho pues ante textos como leyes específicas y códigos muy similares a los europeos, se ha observado que estos terminan siendo “aspectos periféricos” que “sorprendentemente” están alejados de las fuerzas reales que modelan la vida jurídica en estas zonas. Gambaro y Sacco han recamado acoger la Antropología Jurídica al desarrollar el Derecho comparado. Estos autores²⁷, exponen que son factores cruciales para forjar el estilo de un sistema jurídico o familia legal, los siguientes:

El desarrollo histórico.

El modo de reflexión legal en cuanto a la tendencia a recurrir a normas abstractas o recurrir al precedente judicial. Y esto lleva a formar “mentalidades”.

Ciertas instituciones de derecho que delinear o ponen en evidencia formas particulares; que generan un vocabulario.

La elección de fuentes de Derecho.

La ideología, la concepción filosófica, religiosa, o política referida a la organización de la vida social o económica. Los principios filosóficos, económicos, políticos, religiosos.

Creemos que esta mentalidad que determina un estilo jurídico, permite delinear diferencias. Puede generar distinciones entre grandes sistemas y también al interior de ellas. Por ejemplo, la comunidad jurídica alemana, la italiana, la

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Op. Cit*, p.79

²⁷ *Ibidem*, p.p. 76-82

española, muestra diferencias o particularidades pese a formar parte del sistema Romano Germánico.

Como bien decía Marcial Rubio²⁸ en su clásica obra peruana sobre Introducción al Derecho (que ya tiene varias actualizaciones), en el Perú “la informalidad supera ampliamente el fenómeno de lo jurídico y es un aspecto estructural de la manera como se organiza nuestra sociedad”. Involucra un problema en las fuentes y el “relajamiento tolerado por la fuerza de las cosas, del cumplimiento de los principios de jerarquización de normas jurídicas que hemos desarrollado”. A ello se suma el poco desarrollo de la autonomía moral para cumplir la ley (en sentido amplio). El Derecho garantiza la convivencia pacífica, existe para defendernos. Pero, en ocasiones, esto no se asume. Y la lenta e incierta administración de justicia, contribuye en distorsionar las ventajas de cumplir las reglas de Derecho.

No todas las áreas del Derecho, muestran esta informalidad. Pero, por ejemplo, se puede observar informalidad en las transferencias de bienes inmuebles, por desconocimiento del trámite, por no pagar tributos; en establecer una nueva relación familiar cuando se mantiene un matrimonio con otra persona; etc. Los ejemplos son muchos pues si algo nos afecta de forma generalizada es la informalidad como relajamiento estructural y tolerado, en la obligatoriedad de normas y principios jurídicos.

Creemos que es importante un diálogo con la Psicología Social además de la Antropología y el Derecho. Es interesante reflexionar en si estos estilos jurídicos que marcan diferencias dentro de los grandes sistemas jurídicos, tradiciones o familias, se construyen progresivamente a través de un aprendizaje social. Nuestra “informalidad jurídica”, por ejemplo, se habría instalado en nuestra cultura a partir de un modelamiento progresivo de conductas humanas que ha permitido desarrollar símbolos y rituales. La teoría del aprendizaje social sugiere que, desde niños, aprendemos a observar y a imitar modelos, de nuestros padres o cuidadores; se produce una identificación con ellos o con personajes significativos de la sociedad por observación; se aprende el lenguaje, a manejar la agresión, a desarrollar un sentido de la moralidad. Se escogen e imitan modelos de personas que aparecen en la sociedad como poderosas y respetadas en una cul-

²⁸. Rubio Correo, Marcial (2009). *El sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Décima edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 211.

tura²⁹. Fue Albert Bandura, el exponente más importante. A partir de lo no jurídico (que llega en forma subliminal), se instalan prácticas jurídicas.

Como indicamos en un trabajo anterior³⁰, conviene advertir de que se produce aprendizaje social por observación de conductas a partir de modelos de éxito y fracaso que se transmite hacia la sociedad (con el consiguiente reforzamiento de estímulos positivos o negativos sobre los individuos y la sociedad); ello se genera a partir de los resultados, en un amplio espectro, de lo que realizan ciudadanos, autoridades y no solo de lo que se produce en la normativa, la jurisprudencia o la doctrina jurídica. Que cierto político logre adquirir fama y dinero, y hasta ganar las elecciones, pese a tener acusaciones probadas en el ámbito penal, puede producir en los individuos, atracción e imitación que, al repetirse, genera facetas culturales. Los abogados y abogadas somos seres humanos y aunque nos formemos para ejercer nuestra profesión, no dejamos de captar y establecer relaciones en base a diversos estímulos sociales que construyen una mentalidad. A partir de este aprendizaje, trasladamos los esquemas de nuestra vida en sociedad, al Derecho. En este sentido, Albert Bandura, un importante psicólogo canadiense y autor de la teoría del aprendizaje cognoscitivo social, desarrolló importantes propuestas en cuanto a que se aprende por observación e imitación de modelos del grupo social.

Sin embargo, es importante considerar también desde una perspectiva interdisciplinaria, que el ser humano y el grupo, puede ser, también sujeto activo de su aprendizaje. En el caso del desarrollo moral, consideramos relevante la teoría de Lawrence Kohlberg³¹. El nivel de razonamiento moral se desarrolla en función del nivel cognitivo de las personas. Se plantean tres etapas de moralidad pre convencional (que va de 4 a 10 años); de moralidad referida al papel convencional (y va de 10 a 13 años); de moralidad de principios autónomos (que va de 13 a más años, pero puede no adquirirse nunca pues los individuos solo se quedan en una moralidad convencional vinculada al control externo).

²⁹. Papalia, Diane E., Sally Wendkos Olds y Ruth Duskin Feldman (1992). *Desarrollo Humano*. Santafé de Bogotá: MacGraw-Hill, p. 21.

³⁰. Sotomarino, Roxana (15 diciembre 2019). "La importancia del Derecho comparado a partir de la comprensión de los estilos jurídicos". En: *Pólemos Portal Jurídico Interdisciplinario*. <https://polemos.pe/la-importancia-del-derecho-comparado-partir-la-comprension-los-estilos-juridicos>.

³¹. *Op. Cit*, p 273.

Una sociedad que exalta modelos de éxito o fracaso y/o que permite la internalización repetida de los mismos a nivel individual y luego grupal, puede finalmente, generar un simbolismo cultural que se traslade al Derecho. Creemos que, ello puede determinar facetas del estilo jurídico.

Si queremos modificar, en todo caso, estas distorsiones que afectan nuestros esquemas jurídicos, es importante advertir estos procesos complejos y fomentar un cambio a través del tiempo. Si lo negativo se internaliza en la cultura y en el Derecho, se puede procurar que sea lo positivo lo que se estimule, internalice en la cultura. En ocasiones, ciertas ramas del Derecho, se enfrentan a la necesidad de una estricta formalización y orden por sus características (como en ocurre en el arbitraje, por ejemplo). En todo caso, deberíamos tomar en cuenta estas nociones. Se trata de un terreno por explorar al impulsar la comparación jurídica, con ayuda de otras disciplinas.

Bibliografía

- Ajani, Gianmaria, Miriam Anderson, Esther Arroyo Amayuelas, Bárbara Pasa (2010). *Sistemas jurídicos comparados Lecciones y materiales*. Primera Edición. Barcelona: Universitat de Barcelona.
- Castán Tobeñas, José, José María Castán Vázquez y Roberto M. López Cabana (2000). *Sistemas Jurídicos contemporáneos*. Madrid: Abeledo-Perrot.
- David, René y Camille Jauffret-Spinozi (2010). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Traducción de Jorge Sánchez Cordero. Décimo Primera edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México. En: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2792/pl2792.htm>. Información recuperada el 23 de julio de 2015.
- Gambaro, Antonio y Rodolfo Sacco (2010). *Sistemi giuridici comparati. Trattato di Diritto Comparato*. Terza edizione. Milanofiori: Utet Giuridica.
- Merryman, John Henry (1969/2011). *La tradición jurídica Romano-Canónica*. Fondo de Cultura Económica.
- Ramos Núñez, Carlos (2019). *Historia del Derecho peruano*. Lima: Palestra.
- Rubio Correo, Marcial (2009). *El sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Décima edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 211.

- Somma, Alessandro (2015). *Introducción al Derecho Comparado*. Madrid: Universidad Carlos III.
- Somma, Alessandro (2006). *Introducción Crítica al Derecho comparado*. ARA Editores.
- Sotomarino, Roxana (15 diciembre 2019). “La importancia del Derecho comparado a partir de la comprensión de los estilos jurídicos”. En: *Pólemos Portal Jurídico Interdisciplinario*. <https://polemos.pe/la-importancia-del-derecho-comparado-partir-la-comprension-los-estilos-juridicos/>
- Zweigert, Konrad y Hein Kötz (2002). *Introducción al Derecho comparado*. Primera edición en español. México DF: Oxford University Press.



