

MAURO BUSSANI

**EL DERECHO DE OCCIDENTE**  
**Geopolítica de las reglas globales**

Traducción de  
María Elena Sánchez Jordán

CÁTEDRA DE CULTURA JURÍDICA

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2018

## ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA.....	15
PREFACIO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA.....	17
PREFACIO.....	19

### PRIMERA PARTE EL ASALTO A LOS LUGARES COMUNES

#### CAPÍTULO I DERECHOS Y JURISTAS

1. HÉLICES, CUERDAS Y USURA .....	27
2. LEY Y DERECHO: UNA TORPE EQUIPARACIÓN.....	28
3. DERECHOS SIN JURISTAS.....	30
4. QUIEN DICTA LAS REGLAS ( <i>FUQAHÁ'</i> , LOS PROFESORES ITALIA- NOS Y F. D. ROOSEVELT).....	31
5. LAS CADENAS DE MONTAJE DEL DERECHO .....	35

#### CAPÍTULO II JURISTAS Y JUSTICIA

1. LAS MENTIRAS DE LOS JURISTAS .....	37
2. TEORÍAS Y PRÁCTICAS.....	38
3. LA JUSTICIA OCCIDENTAL FRENTE AL ESPEJO DEL DISCURSO PÚ- BLICO .....	39

	Pág.
4. EL CUÁNDO Y EL DÓNDE DE LA JUSTICIA.....	41

**CAPÍTULO III  
NOSOTROS Y LOS OTROS**

1. PREMISA.....	45
2. PENSAMIENTOS TONTOS.....	45
3. LA ESTRUCTURA ÍNTIMA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS.....	46
4. CAPAS.....	48
5. JEFES, TIERRAS Y FAMILIAS EN ÁFRICA.....	51
6. <i>SIYĀSA, DHARMA, LI, GIRI</i> : LA FUERZA ACTUAL DE LA TRADICIÓN.....	54
7. EL DESARROLLO JURÍDICO ENTRE REGLAS PROPIAS Y AJENAS ....	60

**PARTE SEGUNDA  
LAS REGLAS GLOBALES, ENTRE TIEMPO Y GEOGRAFÍA**

**CAPÍTULO IV  
PREMISAS**

1. UNIFORMIDAD FRENTE A COMPETENCIA.....	63
2. LA CONJURA DE LOS INOCENTES.....	66

**CAPÍTULO V  
*RULE OF LAW*: ¿DE QUIÉN Y PARA QUIÉN?**

1. <i>LAS RULES OF LAW</i> .....	69
2. SUPERPOSICIONES.....	72
3. EL DERECHO, UNA FÁBRICA DEL PODER AMERICANO.....	72
4. ABOGADOS, ESTUDIANTES Y CONSTITUCIONES: LAS FIBRAS DE LA EXPANSIÓN.....	74
5. LA PROMESA DE FUTURO.....	78
6. <i>RULE DOCTORS</i> .....	79
7. CUIDADOS SIN HISTORIA.....	82
8. LA FRAGILIDAD DEL PROYECTO DEL VIEJO CONTINENTE.....	86

## CAPÍTULO VI

**LA GLOBALIDAD TRAICIONADA.  
DENTRO Y MÁS ALLÁ DE LA CRISIS**

1. PRESIONES SELECTIVAS .....	93
2. PREGUNTAS TARDÍAS .....	94
3. LOS PREPARATIVOS DE LA TEMPESTAD.....	95
4. LA CRISIS DE LAS REGLAS.....	97
5. LA TRISTE HISTORIA DE LAS AGENCIAS DE CALIFICACIÓN .....	100
6. LAS REGLAS DE LA CRISIS .....	104
7. BAJO EL DERECHO, POCO O NADA.....	109

## CAPÍTULO VII

**INTERMEDIO. EL AMBIGUO OCASO DEL ESTADO**

1. LA DISOLUCIÓN DEL INTERÉS NACIONAL .....	111
2. EL ESTADO COMO HÁBITO .....	113
3. LOCALISMOS .....	116

## CAPÍTULO VIII

**RULE-MAKERS Y RULE-TAKERS. EL CASO DEL COMERCIO GLOBAL**

1. PODERES DISPARES, PODERES IRRESPONSABLES .....	119
2. GROCIO Y LA OMC .....	123
3. DERECHO MERCANTIL INJUSTO Y POCO SOLIDARIO .....	126
4. PARADOJAS Y CINISMOS .....	136
5. COMERCIO GLOBAL Y ELECCIONES DE OCCIDENTE .....	138

## CAPÍTULO IX

**EL DERECHO DE LOS JUSTOS**

1. EL RUMOR DE LOS ENEMIGOS.....	141
2. TRIBUNALES Y DELITOS .....	142
3. NO TENEMOS FRONTERAS: TENEMOS PELEAS.....	144
4. LOS PROBLEMAS DE LOS VENCIDOS .....	148
5. GRITOS EN LA OSCURIDAD .....	150
6. VISIONES EN TRÁNSITO .....	155

	<u>Pág.</u>
7. EL MUNDO EN EL BOLSILLO .....	156
8. ATROCIDADES Y SIMBOLISMOS .....	158
9. ¿BONDADES ESTADOUNIDENSES FRENTE A ASPEREZAS EUROPEAS? .....	162

### **PARTE TERCERA**

#### **LOS DERECHOS HUMANOS: ¿CUÁNDO Y DÓNDE?**

##### **CAPÍTULO X**

##### **MAPAS, LENGUAJES Y DESAFÍOS**

1. MULTIPLICACIONES .....	167
2. RAÍCES .....	168
3. DERECHOS SOBRE EL PAPEL.....	170

##### **CAPÍTULO XI**

##### **DERECHOS SIN DERECHO**

1. DERECHOS Y POLÍTICA.....	175
2. LA FRAGMENTACIÓN DE LAS IDENTIDADES.....	178
3. EL DINAMISMO DE LAS IDENTIDADES .....	181
4. UNIVERSAL Y RELATIVO .....	183
5. ¿MACROPARTICULARISMOS? .....	183
6. MÁS ACÁ DEL DISCURSO .....	186

##### **CAPÍTULO XII**

##### **LAS PRÁCTICAS**

1. LA TORTURA COMO RUTINA Y LA RELIGIÓN COMO LÍMITE A LA SÁTIRA .....	189
2. MUJERES.....	194
3. LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LOS PROFETAS DEL PASADO .....	202

##### **CAPÍTULO XIII**

##### **UN TIEMPO PARA LAS SOLUCIONES**

1. EJERCICIOS DE INDIFERENCIA .....	209
2. ¿CAMELOS EN EL FUNERAL? .....	211

	Pág.
3. EJERCICIOS DE DIFERENCIA.....	215
4. LA DECISIÓN DEL CANDOR – EL CANDOR DE LAS DECISIONES ...	216
5. CONTRA EL VIENTO.....	221

## PARTE CUARTA

### DERECHO Y DEMOCRACIA

#### CAPÍTULO XIV

#### NUESTRA DEMOCRACIA Y LAS LARGAS RAÍCES DE (SU) DERECHO

1. ALEGRÍAS Y DESENCANTOS .....	225
2. LA PRIMACÍA DE LA DEMOCRACIA: CUESTIÓN DE TIEMPO .....	225
3. DEMOCRACIA Y DERECHOS .....	227
4. ¿ESPECIALIDAD Y SECULARIDAD? (GREGORIO VII, EL REY ANDRÉS II Y PODIEBRAD, MOLINEROS Y BATANEROS).....	230
5. EL DERECHO, ENTRE «PUREZAS» Y TOTALITARISMOS .....	233

#### CAPÍTULO XV

#### DERIVAS Y EXPANSIONES

1. RETROCESOS POSIBLES .....	239
2. ACELERACIONES .....	241
3. LA EXPANSIÓN DE LA DEMOCRACIA: UNA DECISIÓN TRANSPARENTEMENTE ETNOCÉNTRICA .....	242
4. TRASPLANTES Y RECHAZOS .....	243
5. LOS LÍMITES DE NUESTRO DISCURSO .....	245
6. UNA <i>GLOBAL COURT FOR DEMOCRACY AND DEVELOPMENT PROGRAMS</i> .....	247
7. MÁS ALLÁ DEL <i>DEMOCRATIC SHORT-TERMISM</i> .....	248
8. DECISIONES ARCHISABIDAS .....	250
9. EN LUGAR DE LAS CONCLUSIONES.....	256

ÍNDICE DE AUTORES CITADOS .....	259
---------------------------------	-----

ÍNDICE ANALÍTICO .....	273
------------------------	-----

## PRÓLOGO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA

*Con estas líneas me gustaría introducir al lector de habla hispana en el libro que he tenido el privilegio de traducir. Su autor, uno de los más reputados comparatistas de nuestros días, ha efectuado un valiosísimo esfuerzo de sistematización y condensación, en unas pocas páginas, de las principales claves que explican cómo se genera y, sobre todo, cuál es el alcance que tiene en la actualidad el derecho de los países occidentales en la formación de la mayoría de los fenómenos sociales y económicos más relevantes a nivel mundial. Además, nos ayuda entender cómo (nosotros, los occidentales) hemos logrado que los tentáculos de nuestro derecho, representados en algunas de sus categorías centrales —la rule of law, la propia idea de justicia, o la democracia como forma de organización del gobierno, tal y como nosotros las entendemos, por supuesto—, lleguen prácticamente hasta el último confín del mundo.*

*Como escribe Mauro Bussani en el prefacio de su libro El Derecho de Occidente, no nos hallamos ante un libro de derecho sino ante un libro sobre el derecho, afirmación que de inmediato lo lleva a destacar su función de lente a través de la cual podemos (debemos, más bien) observar numerosos fenómenos de fundamental relevancia para la comprensión de la realidad en la que estamos inmersos. Con esta reflexión inicial, el autor atrapa al lector desde la primera línea, avisándolo (avisándonos) de que su discurso no está dirigido (al menos, no exclusivamente) al jurista y le pone sobre la pista del valor explicativo que posee el derecho para la comprensión de un importante número de cuestiones que, a pesar de su trascendencia vital para cualquier habitante de este planeta, en muchas ocasiones o bien pasan desapercibidas o no son entendidas adecuadamente.*

*Me parece que no me equivoco si afirmo que este es un libro necesario para las personas interesadas en el mundo en el que viven. Lo es porque, como el propio autor destaca, el derecho penetra e incide en casi todos los aspectos de la realidad que nos rodea, a pesar de lo cual de pocas materias se habla y se escribe con tal grado de desconocimiento como del derecho: sucede en los medios de comunicación, en la vida cotidiana y ocurre, incluso, entre muchos colegas juristas. Con el propósito de superar esta situación, Bussani se detiene en la explicación sobre el origen,*

*la estructura y el alcance del derecho occidental, lo que sin lugar a dudas ayuda al lector a evitar un gran número de los errores que se cometen cuando se habla de derecho. Pero esta obra es necesaria, sobre todo, porque nos enfrenta a nuestras propias contradicciones y a los terribles ejercicios de cinismo que practicamos en Occidente para justificar nuestras acciones y decisiones (al caso del Torture Memo, magníficamente descrito en el libro, me remito).*

*Adelanto al lector interesado que no se encuentran en esta obra referencias a acontecimientos muy recientes que, con total seguridad, tendrán importantes consecuencias en nuestro futuro cercano —pienso en la crisis de los refugiados, en el Brexit, en los atentados que han tenido lugar en Europa (de nuevo, Occidente como centro del discurso) el verano de 2016, o en la complicada situación que se está viviendo en Turquía—, lo que se explica porque el libro vio la luz en 2010. Esta circunstancia no impedirá, sin embargo, encontrar en la obra abundantes reflexiones que ayudarán a entender mejor algunos de los sucesos recién aludidos, tal y como revela un rápido repaso a su estructura. Así, partiendo de una aproximación al concepto de derecho y a sus fuentes de producción, enseguida pasa a ocuparse con cierto detenimiento de las distintas capas que lo conforman. A continuación, efectúa una reflexión crítica acerca de la idea misma de derecho global y del decisivo papel que juega Estados Unidos tanto en su elaboración como en el funcionamiento de organismos internacionales que tienen un peso decisivo en la economía mundial, sin eludir el espinoso asunto de las (escasamente eficaces) reglas de origen occidental dictadas en materia de justicia penal internacional, y su comparación con otras formas alternativas de impartir justicia que se han puesto en práctica en diversos lugares del planeta que han sufrido guerras atroces. Es seguro, en mi opinión, que una de las partes más ilustrativas del pensamiento del autor es la que dedica a los derechos humanos, pues a través de la exposición de algunos ejemplos particularmente significativos, nos lleva a replantearnos nuestra (occidental) aproximación a los mismos. Y termina, por fin, con una especie de recordatorio sobre la importancia —y la necesidad— de tener presente los estrechos vínculos que existen entre democracia y cultura jurídica, con el fin de evitar fallidos experimentos de trasplante de la primera a cualquier país, con independencia de su historia, de su organización social y de la tradición en la que se sitúa.*

*Voy acabando ya, y lo hago con una advertencia y con un elogio. Respecto a lo primero, tengo que decir que no es un libro de fácil lectura: como se pone de manifiesto en todas y cada una de sus páginas, y como trasluce el propio índice de la obra, aborda temas difíciles, muchos de los cuales son susceptibles de distintas aproximaciones; y el autor lo hace desde un profundo conocimiento de las raíces y las estructuras de nuestro derecho, pero también de nuestra historia, nuestra religión y nuestra cultura, así como de las ajenas. Por lo que se refiere al segundo aspecto, me parece que uno de los principales méritos de esta obra consiste en obligarnos a practicar una especie de ejercicio de empatía, invitándonos a colocarnos en la posición de los otros —esto es, de quienes no forman parte de la sociedad occidental—, ciudadanos de sistemas jurídicos, religiones y culturas —de civilizaciones, en suma— diversos a las imperantes en nuestro lado del mundo. Particularmente significativos son, en este punto, algunos de los ejemplos que Mauro Bussani estudia a propósito del tratamiento de los derechos humanos: la prostitución infantil o la mutilación genital femenina son realidades terribles que, naturalmente, es preciso erradicar lo antes posible, solo que queda claro que no*



*podemos quedarnos solo en las manifestaciones, las recogidas de firmas o las declaraciones grandilocuentes efectuadas desde Occidente, realizadas muchas veces para tranquilizar nuestras conciencias. Es preciso conocer los problemas, tener en cuenta su origen y tratar de solucionarlos in situ, haciendo énfasis en las medidas educativas y, por qué no, también en las económicas, que podrían contribuir a que las conciencias de esos otros vayan asimilando que derechos como los de indemnidad sexual y de integridad física son derechos absolutos e inviolables en cualquier lugar del mundo.*

*Para terminar, me gustaría agradecer profundamente al autor, amigo carísimo, que me haya propuesto traducir su obra: además de darme la ocasión de aprender y reflexionar sobre cuestiones que resultan fundamentales para entender mejor cómo se ordena el mundo, ha terminado de convencerme de la importancia que tiene el acercarnos a los países, a las culturas, a las sociedades no occidentales, libres de prejuicios y desprovistos de la voluntad de querer imponer nuestras convicciones —de todo tipo— a las suyas.*

M.<sup>a</sup> Elena SÁNCHEZ JORDÁN  
Universidad de La Laguna

## PREFACIO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA

Leerse traducido es un juego de seducción. Descubres, poco a poco, detalles tuyos y ajenos, superas el aburrimiento del *déjà vu*, filtras emociones y pensamientos. Te asalta un feliz desconcierto. Y luego está el encanto. El encanto es mérito de la traductora, la profesora María Elena Sánchez Jordán. Para ella va un agradecimiento que no se agota en esta página.

En esta página, en cambio, quiero expresar el deseo de que la lectura del libro suscite críticas, comentarios y, si fuera posible, el debate. Me gustan mucho los temas tratados, como creo que han de gustarle a cualquiera que piense el derecho, toque el derecho, enseñe derecho. El derecho, tanto el nacional como el global, no es únicamente una estación de servicio en la que se llena el depósito con soluciones refinadas por otros, sino que es, también, una fragua de problemas y de oportunidades que toda sociedad debe saber afrontar y aprovechar.

El derecho no es solamente *out-put*; es también —y, quizá, sobre todo— *in-put*: factor de producción de valores, jerarquías, conflictos y respuestas. Lo es —insisto— el derecho doméstico; lo es el derecho de Occidente; lo es el derecho globalizado.

No he considerado oportuno sobrecargar el libro con una lista de actualizaciones. Una lista de revisiones detalladas habría añadido muy poco al plan del libro y, en cambio, habría afectado a algunos de sus méritos. Por un lado, de hecho, la fibra de las cuestiones y el tejido de los argumentos han permanecido sustancialmente iguales respecto a la edición italiana original. Desde el punto de vista del derecho, una nueva administración en los Estados Unidos, el Brexit, el tono consciente de la propia fuerza geopolítica asumido por China o la explosión del Daesh son, todos, datos previstos o incluidos explícitamente en la visión del libro. Por otro lado, quería exponer aquí ideas y reflexiones que, publicadas hace tiempo, no son fruto de la inspiración ni referencias elaboradas por otros en los últimos años. Son ideas y reflexiones que creo que han sabido captar un derecho y un mundo que, afortunada o desafortunadamente, son los que este libro había descrito y previsto.

Mauro BUSSANI

## PREFACIO

Este no es un libro *de* derecho, sino un libro *sobre* el derecho. Se trata de una reflexión que se centra, por un lado, en el papel que desempeña el derecho a nivel global en la generación de los fenómenos económico-sociales; por otro, en el uso del derecho mismo como lupa para examinar algunas cuestiones a las que el discurso público no presta atención, o que no sabe valorar, y que, sin embargo, tienen una gran incidencia en el modo de observar el mundo en el que vivimos.

No son nuestras las autorizadas palabras que señalan que «Todo cambio de sistema, de régimen —desde el que lleva a los señoríos del siglo XII hasta el que desemboca en la Asamblea constituyente francesa de 1789, desde la génesis de los municipios a la formación de los modernos Estados territoriales, desde las reformas del absolutismo ilustrado a las modernas constituciones— ha tenido, al mismo tiempo, su momento jurídico, coesencial al mismo; y con frecuencia ha tenido su preparación en la práctica jurídica, o en el pensamiento jurídico»<sup>1</sup>. Tampoco son de quien escribe las advertencias, procedentes de una fuente igualmente prestigiosa, según las cuales «ninguna institución del Estado es más importante que nuestros tribunales, ninguna ha sido tan malentendida por los gobernados [...] Sin embargo, la opinión popular sobre los jueces y sobre el arte de juzgar está compuesta, principalmente, por eslóganes vacíos, entre los que incluyo la opinión de numerosos juristas y jueces cuando escriben o hablan sobre su propio trabajo. Todo ello es reprochable, y representa solo una parte del daño. De hecho, el derecho nos interesa no solo porque lo usamos para alcanzar nuestros fines, ya sean egoístas, ya nobles, sino porque el derecho es nuestra institución social más estructurada y reveladora. Si lográramos entender mejor la naturaleza del argumento jurídico, conoceríamos mejor el tipo de persona que somos»<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> A. PADOA SCHIOPPA, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Il Mulino, 2003, 295.

<sup>2</sup> R. DWORKIN, *L'impero del diritto* (trad. italiana de *Law's Empire*, Belknap, 1986), Il Saggiatore, 1989, 17.

Y, sin embargo, la fragilidad del derecho en los circuitos de producción de las ideas es paradójica. Nadie duda de que los sistemas jurídicos se corresponden de modo biunívoco con la cultura y la civilización, de las que son tanto fruto como semilla. No obstante, los círculos científicos, intelectuales, mediáticos y políticos, tratan al derecho cotidianamente como fuente de «argucias», o bien como ejercicio literario; como máximo, como mero apéndice de alguna corriente filosófica. No es de extrañar, por tanto, que los mismos circuitos recién aludidos, ante las espinosas cuestiones que se plantean diariamente desde la realidad local y global, dispensen su atención principalmente a las palabras de los economistas, los sociólogos y los científicos de la política, quienes con frecuencia ignoran que el derecho ha orientado de forma potente —y que sigue haciéndolo—, los horizontes sobre los que ejercitan su ciencia y sobre los que todos nosotros adoptamos nuestras decisiones.

## 1. HILOS

En efecto, el derecho forja prácticas y destinos, y precisamente a través de su ángulo visual será como trazaremos aquí una historia y una crónica de algunos de los acontecimientos del planeta que, por lo general, son objeto de otra forma de atención y de otras lecturas<sup>3</sup>.

Si sustraemos nuestra ciencia —ni triste ni alegre— al juego de la disyuntiva entre sofismas y filosofía, encontraremos reglas de diferente origen, jueces de variada toga, productores de derecho con diversa legitimación, estudiosos y abogados, junto a activistas, mujeres y niños, indígenas y banqueros, torturadores y víctimas, situados en el interior de una dialéctica continua entre el «nosotros» y los «otros», así como entre los diferentes grados de «globalidad» —del tráfico, de las comunicaciones, de las ideas— y de «localidad» —de las comunidades, las tradiciones, la identidad—, impuestas por la comprensión de los fenómenos.

En cualquier caso, algunos hilos conductores guiarán la reflexión.

El primero procede de la atención hacia el derecho que incorpora, trasciende o atraviesa la dimensión de los Estados y de las regiones del mundo en las que estos se encuentran. Este es el nivel del discurso que permite aprehender los factores de elaboración y los usos geopolíticos de ese derecho que se quiere global, conjuntamente a su interrelación con la diversidad de las culturas y de las tradiciones jurídicas, formales e informales, que existen en el planeta. Se trata de un análisis que no solo permitirá identificar los instrumentos con los que el derecho determina o trata de guiar la producción de las reglas domésticas y regionales, sino que también servirá para examinar los vectores que empujan la expansión del derecho global, así como aquellos que, a partir de una heterogénea variedad de dimensiones «locales», decretan su fracaso.

---

<sup>3</sup> Paradójica en apariencia, reductiva en la sustancia, pero instructiva de una realidad intencionalmente omitida es la observación de C. GEARTY, «Can Human Rights Survive?», *The Hamlyn Lectures*, 2005, Cambridge U. Press, 2006, 81: «Cabinet ministers ask not, "is the policy good for the country?" but rather "can we get it past the lawyers"?».

Ha de subrayarse (además de que el término regional se empleará aquí para aludir no a entidades subestatales, sino al conjunto de ordenamientos jurídicos pertenecientes a un área geográfica determinada) que la noción de derecho global es bien diferente de la de derecho internacional. Esta última describe el espacio jurídico señalado por los acuerdos entre Estados; la primera, en cambio, además de incluir a la segunda, incorpora tanto el denominado derecho transnacional, que en principio prescinde de los límites de los ordenamientos estatales, como el derecho que expresa una vocación planetaria en sentido propio<sup>4</sup>.

Otro hilo conductor se sitúa en el cuidado constante por las modalidades y los argumentos con los que Occidente, principal artífice de aquel derecho global, se compara con las demás experiencias y tradiciones jurídicas. Son modalidades y argumentos que, muchas veces, parten del presupuesto de que el derecho lo tenemos solo nosotros, mientras que los demás se afanan tratando de imitarnos o, tontamente, de resistirse. Son actitudes que muchas veces desconocen las razones de los otros y, por tanto, con frecuencia son arrogantes, faltas del candor necesario para conducir con fuerza persuasiva las propias razones y, en ocasiones, incluso ciegas en relación con los intereses que el mismo Occidente debería saber cultivar, en la inevitable competición con los modelos ajenos que imponen tanto el presente como el largo plazo.

«Occidente», acláremoslo, es un término que se empleará en dos sentidos; mejor, uno se utilizará al principio y el otro aflorará en el curso de la reflexión. En la mayor parte de los casos, la referencia se hará al habitual perímetro geopolítico de la noción —el euro-atlántico (con sus prolongaciones oceánicas)—, centro propulsor de los argumentos y actitudes a las que acabamos de hacer referencia. Situados en otra vertiente de la reflexión, nos daremos cuenta, sin embargo, de que aquella noción existe y ha podido consolidarse (proyectándose más allá de su propia geografía) también gracias a su derecho y al modo en el que este ha sabido afianzarse entre los miembros de su sociedad, en las percepciones capilares y en los horizontes de las expectativas difusas sobre cómo aquellas mismas sociedades deben organizarse y deben superar sus propios conflictos. Emergerá, así, un «Occidente jurídico», que además de tratarse de una dimensión cognitiva preciosa, será un término de comparación, una frontera móvil y, como toda frontera, una posición útil para observar los hechos del mundo, útil para valorar mejor la identidad propia y la ajena.

Un ulterior hilo conductor viene dado por el incesante reconocimiento del factor «tiempo» como instrumento para ordenar el análisis. Tiempo como selector de cambios, como generador de identidad, mas también como productor de conciencia frente al pasado de cualquiera, y de visiones maduras, en relación con el futuro de cualquiera. La consideración del

---

<sup>4</sup> Acerca de los niveles de discurso posibles en materia de dimensión jurídica —global, internacional, regional, transnacional, estatal, territorial, subestatal, no estatal—, véase, por todos, W. TWINING, *Globalization and Legal Theory*, Northwestern U. P.-Butterworths, 2000, 139.

papel que desempeña el tiempo en la producción de fenómenos (también) jurídicos nos obligará a reflexionar sobre el tortuoso pasado del que son hijos nuestros derechos y nuestra sociedad; nos impulsará a subrayar las peculiaridades de nuestra historia, así como a convertirlo en un instrumento para interpretar el presente, tanto el propio como el ajeno; nos exhortará a no malvender dichas peculiaridades a un precio muy inferior al que nos han costado, imponiendo por otra parte su compra a quien no ha tenido aquel pasado.

Así, el tiempo se presenta como sucesiva y potente dimensión cognitiva de nuestro análisis, adversaria de todo tipo de oportunismo de corto plazo y de su ingenuo o cínico electorado; dimensión rica en oxígeno, útil a los gobernantes y asesores, con frecuencia faltos de aliento en las subidas de la historia y de las tradiciones jurídicas, tanto propias como ajenas.

## 2. ESTRUCTURAS

Obviamente, el libro no fomenta ninguna «pan-juridicidad». No se trata de considerar al derecho como la medida de referencia exclusiva, o como la más importante; se trata de aprehender su utilidad y de extraer las enseñanzas debidas del análisis de los fenómenos que nos rodean.

Sin embargo, antes es necesario explicar qué es el derecho, noción hija de diferentes historias. Ello explica por qué la *primera parte* conduce al lector hacia la respuesta a los interrogantes sobre qué debe entenderse por derecho, nuestro y ajeno (capítulo I); sobre cómo se ha forjado, habitualmente, la reflexión sobre la idea de justicia y cómo en cambio podemos pensar en ella, nosotros y los otros, en el tiempo pasado y en el que está por venir (capítulo II); con qué lentes examinar la existencia de la abundante variedad de estratos jurídicos, formales e informales, que tanto en Occidente como fuera de él gobiernan la vida de las personas y de las instituciones (capítulo III).

Sobre estas bases, el discurso podrá dirigirse hacia la comprensión del papel que ocupa el derecho a la hora de esculpir los fenómenos, y de las razones por las que es obstinado el intento de Occidente de forjar aquel derecho a su imagen y semejanza.

La *segunda parte* se abre con algunas premisas metodológicas sobre las bondades y los defectos de la uniformización de las reglas que se encuentra en el corazón del modo de pensar —antes incluso que de producir— el derecho global (capítulo IV). El paso sucesivo viene dado por el examen de los factores de producción de aquel derecho, y del peso ejercitado sobre ellos por la maquinaria jurídica de Estados Unidos, respecto de la cual se ponen de relieve los elementos impulsores y su influencia en la actuación de las instituciones internacionales —haciendo referencia aquí, en particular, al Fondo Monetario Internacional y al Banco Mundial— (capítulo V). El capítulo VI desvela las raíces (jurídicas) de la reciente crisis financiera, enfatiza la necesidad de encontrar una nueva ordenación general de las re-

guciones y se esfuerza en indicar cuáles son las soluciones que prometen un futuro menos borrascoso. La reflexión sobre la crisis, no obstante, llama ineluctablemente la atención sobre el tema (amplísimo, y que merecerá, en el capítulo VII, la mención de algunas dinámicas, útiles para continuar el discurso) del ámbito de maniobra que en este, como en muchos otros sectores, puede decirse que siguen aún firmemente en manos del Estado. En el capítulo VIII, el análisis de los factores de elaboración y de las modalidades de funcionamiento de los órdenes jurídicos globales apunta hacia dos aspectos ulteriores: la aparente, paritaria horizontalidad y la sustancial, vertical desigualdad expresada por aquellos a favor de los sujetos más fuertes en el tablero geopolítico; y, además, la irresponsabilidad que caracteriza a los productores de las reglas y a los decisores de las disputas. En esta perspectiva, los supuestos prácticos escogidos como paradigmáticos, extraídos del régimen jurídico de la OMC (estándares de trabajo, adjudicación de contratos públicos, solución de disputas), añaden al cuadro la prueba de que las actuales reglas se ponen al servicio de un Occidente hasta ahora miope (también) en relación con sus propios intereses a largo plazo. El capítulo IX se detiene en otro ángulo de la visión globalizante que alimentamos respecto de nuestro derecho, presentando las razones de la retórica (abundante) y de los éxitos (escasos) que han acompañado el nacimiento de las reglas —todas ellas occidentales—, en materia de justicia penal internacional, confrontándolas luego con formas alternativas de justicia (en Sierra Leona, en Timor Oriental, en Kosovo, Camboya o Ruanda), que se han revelado muy eficaces en la persecución de los delitos más crueles. Teniendo en cuenta su creciente especificidad disciplinar, dedicamos a los derechos humanos una *parte* autónoma, la *tercera*. Aquí, tras haber presentado y discutido los principales términos en torno a los que gira el debate transnacional (capítulos X y XI), se pondrá este último ante el espejo de las modalidades prácticas con las que algunos de los derechos humanos «caminan» en (y a veces sobre) la vida de las personas y de los grupos; se hará referencia, en particular, a las reglas en materia de tortura, libertad religiosa y de crítica, de mutilación genital, de prostitución y de sustento familiar, de medio ambiente y de desarrollo de los pueblos indígenas (capítulo XII). El capítulo XIII se reserva a la valoración de conjunto y, por tanto, a la crítica a los dogmatismos que recorren el debate, a su retórica altiva, pero también a la identificación de un recorrido alternativo a los habituales, que permita que la nobleza de la idea evite las trampas de la ideología y le garantice un destino operativo anudado a la realidad de los tiempos, de los lugares y de la dinámica de las culturas. La *parte cuarta*, y última, nos lleva al final de nuestro viaje a través del derecho y de su papel tantas veces ignorado, poniendo de manifiesto cuán profundas son las raíces que nuestras propias democracias hunden en la historia de la propia cultura jurídica (capítulo XIV) y cómo, sin la conciencia de este dato, las prácticas de exportación de la democracia pueden revelarse funestas, y los debates relativos a las mismas, un mero ejercicio de retórica, de oportunismo y —o, alternativamente—, de «fuego amigo» con respecto a nuestros intereses y nuestras razones (capítulo XV).

### 3. ALICIA EN EL PAÍS DE LOS ADIVINOS

En conclusión, quizá pueda «sorprender a alguno —y disgustar a otros—, pero el derecho cuenta»<sup>5</sup>. Cuenta en la construcción y el desarrollo de los hechos y de las culturas, locales y globales. Cuenta, en el nivel en el que hemos situado nuestro discurso, porque permite medir las virtudes y los defectos de Occidente, así como las resistencias a nuestras ambiciones. Cuenta porque hace posible entender nuestras razones y las ajenas en sus dimensiones operativas, esto es, en el terreno en el que nacen y se combaten los derechos y las responsabilidades.

Es igualmente seguro que el establecimiento, en el curso de la reflexión, de algunos puntos fijos, así como el esbozo de algunas perspectivas, no desafiará la amplitud de los fenómenos. Al contrario, los reconocerá, probando su articulación y su dinamismo incesante. Del mismo modo, reconoce la necesaria selección efectuada en torno a las cuestiones potencialmente relevantes. Es tan penetrante el derecho, tal y como se entiende aquí, en los horizontes cotidianos de cada uno (y son tan numerosas las modalidades con las que Occidente y su derecho intentan incorporar a sus propias razones la complejidad del mundo) que la extensión del tratamiento dispensado a problemas importantes como son aquellos conectados, por ejemplo, al derecho medioambiental, del mar, de la energía, de la contratación comercial, de la propiedad intelectual —a los que se hará algunas referencias, siquiera ocasionales— habría convertido la obra en un tratado, propósito ajeno al editor y al autor (así como a la capacidad de este último)\*.

Entre los objetivos claros de quien escribe se encuentra, en cambio, el de alimentar la conciencia acerca del papel del derecho entre los instrumentos de comprensión del mundo, sustrayéndolo tanto de la impotencia de su visión burocrática, reforzada por dos siglos de *filibusterismo* positivista, como de la aridez de su visión metafísica, que, como la mirada interior de los antiguos adivinos, se cree con frecuencia cercana a la verdad, solo porque se encuentra alejada de la realidad<sup>6</sup>.

Por tanto, se trata simplemente de poner al derecho frente al espejo del variado cúmulo de fenómenos que él mismo contribuye a producir. Pero, tal y como le sucede a Alicia, el paso de un lado al otro del espejo genera el riesgo de que el modo de observar algunos acontecimientos del mundo deje de ser el mismo.

<sup>5</sup> G. Rossi, *Il gioco delle regole*, Adelphi, 2006, 76.

\* Esta es una afirmación del autor, que la traductora no comparte en absoluto [N. de la T.].

<sup>6</sup> Cfr. R. JACOB, *Images de la justice. Essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen Age à l'âge classique*, Le Léopard d'or, 1994, 229 y s.



PRIMERA PARTE  
**EL ASALTO A LOS LUGARES COMUNES**

# CAPÍTULO I

## DERECHOS Y JURISTAS

### 1. HÉLICES, CUERDAS Y USURA

Es posible pensar o tocar, aprender y divulgar, programar y llevar a cabo una interminable serie de cosas, nociones y actividades sin prestar demasiada atención al lugar en el que nos encontramos. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando comentamos o escuchamos la explicación del principio de los vasos comunicantes, de la estructura helicoidal del ADN, o cuando tratamos de aplicar la teoría de supercuerdas a las fuerzas electromagnéticas que atraviesan el planeta.

Sin embargo, nada de esto es posible cuando se trata de reglas jurídicas. Entre los legos en derecho, muchos saben que la presencia del jurado es muy habitual en el proceso penal estadounidense, y algunos saben que en Estados Unidos el jurado, a diferencia de lo que sucede en los restantes sistemas occidentales, también se utiliza en los procesos civiles. Muchos saben que las reglas cardinales en cuestión de matrimonio se adscriben a regímenes poligámicos en gran parte de los países islámicos y en el África subsahariana, o a monogámicos, como el tunecino o el chino (con una excepción parcial en el Tíbet). En cambio, es menos conocido que en Estados Unidos, por lo general, el ciudadano no tiene que dirigirse a un tribunal administrativo para hacer valer la ilegalidad de los actos de la Administración pública, puesto que los tribunales ordinarios también se ocupan de estos casos; o que la regla que prohíbe los intereses usurarios no es un precepto que se encuentre en todas partes, y que, donde está en vigor, recibe una aplicación muy variada.

Los ejemplos podrían multiplicarse sin interrupción, dando testimonio de la variedad de reglas jurídicas que gobiernan a los habitantes del planeta, tanto en los aspectos centrales como periféricos de su existencia.

Pero ¿de qué hablamos cuando hacemos referencia a reglas jurídicas?

## 2. LEY Y DERECHO: UNA TORPE EQUIPARACIÓN

La opinión corriente da por supuesto que no hay derecho si no existe un Estado que lo produzca<sup>1</sup>. En realidad, y dejando de lado la controversia, puramente académica, que opone el papel cognitivo del pluralismo jurídico al fetichismo positivista, en las reflexiones más maduras es pacífica la opinión que sostiene que el derecho es el conjunto de reglas a través de las cuales una comunidad dada (sin importar su grado de sofisticación social o económica) se organiza a sí misma y a sus propias relaciones, internas y externas. Debemos simplemente reconocer, por tanto, que es indispensable hablar de derecho en referencia a las reglas que gobiernan cualquier sociedad y comunidad, con independencia de la arquitectura institucional de la que estén dotadas<sup>2</sup>.

De resto, la forma occidental de Estado que conocemos —y que hemos conocido en las últimas diez o quince generaciones— solo representa una etapa, que se anuncia como intermedia<sup>3</sup>, en la larga historia de las organizaciones supraindividuales. Una historia caracterizada por el ensamblaje de comunidades cada vez más extensas, por su colapso, por la creciente autonomía de los grupos y de los individuos, por su recomposición a través de distintos títulos y con tamaños diferentes<sup>4</sup>. El error de perspectiva habitual, que lleva a considerar al derecho como hijo del Estado se debe, pues, a una serie de razones, relacionadas entre ellas, y todas ellas deudoras de la historia o de sus narraciones menos cándidas.

Antes del siglo XIX el derecho vive, incluso en Occidente, sin que las sociedades reguladas por él conozcan la figura del legislador omnipotente que nos es tan familiar. Un derecho que vive sin legislador puede ser (hoy, como entonces) un derecho revelado, un derecho de los doctos, o un derecho consuetudinario. Tanto el derecho de los doctos como el consue-

<sup>1</sup> En cuanto a los argumentos tratados tanto en este como en el próximo epígrafe, además de las referencias concretas que se encuentran en las notas, véase, sobre todo, R. SACCO, «Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law» (pts. 1 & 2), *Am. J. Comp. L.*, 39, 343 (1991); ID., *Antropologia giuridica*, Il Mulino, 2007, 92 y ss.

<sup>2</sup> Entre otros muchos, P. STEIN, *I fondamenti del diritto europeo*, Giuffrè, 1987, 3 y ss. (trad. de *Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement*, Butterworths, 1984); B. DE SOUSA SANTOS, *Toward a New Common Sense. Law, Globalization, and Emancipation*, Butterworths, 2002, 2.<sup>a</sup> ed., *passim*, esp. 16 y s., 86 y ss., 384 y ss.; J. H. MERRYMAN, «Comparative Law Scholarship», *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, 21, 271 (1998), 271 y ss.; M. CHIBA, «Introduction» y «Conclusions», en ID. (ed.), *Asian Indigenous Law in Interaction with Received Law*, Kpi, 1986, 1 y ss., 385 y ss.; F. VON BENDA-BECKMANN, «Who's Afraid of Legal Pluralism?», *J. Leg. Pluralism*, 47, 37, 48 y ss. (2002). Cfr. además E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (reimp. de la 1.<sup>a</sup> ed. 1913), Duncker & Humblot, 1929, 49 y ss., 315 y ss.; S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1918), SANSONI, 1946, 2.<sup>a</sup> ed., 25 y ss. Acerca de los límites dentro de los cuales la noción de derecho puede extenderse a las sociedades animales más evolucionadas, véase R. SACCO, *Antropologia*, *op. cit.*, 19.

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, P. GROSSI, «Globalizzazione, diritto, scienza giuridica», en ID., «Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 70, Giuffrè, 2006, 279, 294 y ss.; véase también *infra*, cap. VI.

<sup>4</sup> Por ejemplo, M. VAN CREVELD, *The Rise and Decline of the State*, Cambridge U. P., 1999, *passim*. Con particular atención a la dimensión europea, en relación con la puesta en jaque de muchos lugares comunes, incluso por parte de historiadores prestigiosos, pueden leerse páginas ilustrativas en P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, 1995, 41 y ss.

tudinario pueden, a su vez, cultivar relaciones más o menos intensas con el ultramundano, o bien pueden dar lugar a un derecho «tecnocratizado», gestionado por figuras profesionalizadas como jueces, abogados o profesores. La variedad de soluciones es notable<sup>5</sup>.

En cualquier caso, el poder legislativo moderno no existía ni en la antigua Roma, ni en los tiempos de Justiniano. Es más, Justiniano se cuidó de subrayar que lo único que había querido hacer con su *corpus iuris* era recoger las prestigiosas interpretaciones doctorales precedentes, corrigiéndolas y racionalizándolas, en su caso<sup>6</sup>. En cuanto a las reglas contenidas en dicho *Corpus*, una de las razones fundamentales por las que supieron garantizarse en el tiempo autoridad y legitimación, y por las que sirvieron, durante siglos, como plataforma de desarrollo del derecho cotidiano, fue (no tanto porque habían sido establecidas por un antiguo emperador romano, sino) porque dichas reglas eran percibidas como las vestiduras de un consistente saber doctoral que, habiéndose formado de modo espontáneo, había sido capaz de elaborar nociones y criterios de juicio transtemporales<sup>7</sup>.

Durante siglos, el poder legislativo moderno ha sido ajeno al desarrollo del *common law* inglés: aquí se transmite la idea de que el derecho se encuentra en la sociedad en estado amorfo, fruto de costumbres maduradas en el reino durante años; se trata de un derecho que el juez debe descubrir y «decir» en sus decisiones<sup>8</sup>. El legislador terrenal desempeña un cierto papel en la *sharī'a* y en el derecho hebreo<sup>9</sup>, en los que la norma vincula por su conexión con lo sagrado, elemento que es, en principio, inmutable. Es declamado como inmutable (proyección de un orden cósmico superior, o madurado en los usos de la comunidad local), también, el derecho consuetudinario de la tradición india, china y japonesa. Inmutabilidad que —más allá de sus posibles usos<sup>10</sup>— deja obviamente poco espacio para la idea de

<sup>5</sup> Véase, en general, C. GEERTZ, «Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective», en ID., *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, Basic Books, 1983, 167 y ss.; y ya en su momento, M. WEBER, *Economia e società, III: Sociologia del diritto* (1922), Edizioni di Comunità, 1995, 1 y ss., 11 y ss.

<sup>6</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Storia di Roma tra diritto e potere*, Il Mulino, 2009, 465 y ss.; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Vallardi, 1925, 8.ª ed., 3 y s.; A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Einaudi, 2005, 6 y ss.

<sup>7</sup> R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Giappichelli, 1961, 2.ª ed., 517-518; A. WATSON, *Law Making in the Later Roman Republic*, Clarendon P., 1974, 102 y s.; G. PUGLIESE, «Diritto», en *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. 3, Treccani, 1993, 34, 42 y ss.

<sup>8</sup> H. J. BERMAN, *Law and Revolution. The Formation of Western Legal Tradition*, Harvard U. P., 1983, 445 y ss.; L. M. FRIEDMAN, *Storia del diritto americano*, Giuffrè, 1995, 103 y ss. (trad. italiana de *History of American Law*, 1985, 2.ª ed.); G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Harvard U. P., 1982, 1 y ss.

<sup>9</sup> Véase W. B. HALLAQ, *The Origins and Evolutions of Islamic Law*, Cambridge U. P., 2005, *passim* y 178 y ss.; A. ABÉCASSIS, «Droit et religion dans la société hébraïque», *Archives de philosophie du droit*, 38, 23 y ss. (1993); I. ENGLARD, «Law and Religion in Israel», *Am. J. Comp. L.*, 35, 185, 191 (1987), respectivamente. Para una valoración de conjunto, G. C. KOZLOWSKI, «When the "Way" Becomes the "Law": Modern States and the Transformations of "Halakhah" and "Sharī'a"», en W. M. BRINNER y S. D. RICKS (eds.), *Studies in Islamic and Judaic Traditions*, vol. 2, Scholars P., 1989, 97 y ss.; S. FERRARI, *Lo spirito dei diritti religiosi*, Il Mulino, 2002, 47 y ss., también para ulteriores referencias.

<sup>10</sup> La inmutabilidad empleada como categoría metafísica es un factor que sirve como eficaz multiplicador en el tiempo del *statu quo* a favor de quien lo controla, pero también como

un legislador terreno omnipotente y lo relega, pues, a una posición alejada de la clave de bóveda de las estructuras sociales profundas<sup>11</sup>.

El escenario varía —en Occidente— cuando un conglomerado de circunstancias arma una revolución, empeñada en enterrar reglas y costumbres feudales, en el momento en el que se percibe que son injustamente opresivas. Fue sustancialmente entonces cuando la idea legalista, nacida en numerosos círculos y debates<sup>12</sup>, pudo prevalecer e imponer su visión, que confunde ley y derecho, derecho y legislador, derecho y Estado. En efecto, es la Revolución francesa la que entrega a una fuerza política el poder legislativo ilimitado, del tipo moderno; o sea, el que nosotros conocemos<sup>13</sup>. Es verdad que se trata de una figura de legislador que resulta, desde el principio, más bien ambigua: lucha por lograr liberar al país de las normas del pasado, sustituyéndolas por aquellas dictadas por la razón y, sin embargo, su ley reclama obediencia no porque sea racional, sino porque proviene de un órgano con competencias legislativas. Es sin embargo igualmente cierto que se sientan todas las bases para que no se siga identificando el derecho con el derecho natural o racional, sino con el derecho «positivo», es decir, el impuesto por el Estado.

### 3. DERECHOS SIN JURISTAS

Debe subrayarse aquí una consideración a la que se ha hecho referencia en el epígrafe anterior. Si el derecho puede existir sin el legislador, nada impone que el derecho deba ser confiado a los juristas, ligados a esoterismos de casta y de profesión, dotados de un vocabulario especializado y comunicado a través de boletines específicos.

A pesar de la ausencia de un «legislador», el jurista nace en Roma al mismo tiempo en que el interés por el derecho se convierte en laico<sup>14</sup>. Es

---

potente medio de comunicación en las relaciones entre gobernante y gobernado, porque agrava, en el plano de la retórica, la carga de la prueba de quien quiera argumentar lo contrario.

<sup>11</sup> También para ulteriores referencias, véase G. AJANI, A. SERAFINO y M. TIMOTEO, *Diritto dell'Asia orientale*, Utet, 2007, 3 y ss., 47 y ss., 77 y ss.; R. W. LARIVIERE, «Dharmaśāstra, Custom, "Real Law", and "Apocryphal" Smṛtis», *J. Ind. Phil.*, 32, 611 y ss. (2004); W. MENSKI, *Hindu Law. Beyond Tradition and Modernity*, Oxford U. P., 2003, 121 y ss.; L. ROCHER, «Law Books in an Oral Culture: The Indian Dharmaśāstra», *Proc. Am. Phil. Soc.*, 137, 254 y ss. (1993); R. MAY, *Law & Society East and West. Dharma, Li and Nomos, Their Contribution to Thought and to Life*, Franz Steiner, 1985, esp. 15 y ss., 40 y ss.

<sup>12</sup> Véase P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Laterza, 2007, 104 y ss.

<sup>13</sup> Más allá de la Mancha y del Atlántico norte no se hubieran podido producir resultados de este tipo en virtud del difícil equilibrio entre *common law* y legislador, que ha caracterizado toda la historia del derecho angloamericano. Desde el tiempo de los normandos, se percibe que el derecho elaborado por los tribunales es el principal instrumento de organización de las relaciones sociales, mientras que, primero el soberano, y luego el Parlamento, serán vistos —más allá de las revoluciones inglesa y americana— como agentes capaces de restringir los derechos de los ciudadanos. Véase, en general, P. STEIN, *I fondamenti*, op. cit., 109 y ss.; H. J. BERMAN, *Law and Revolution*, op. cit., 445 y ss.; M. J. HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Harvard U. P., 1977, 1 y ss.

<sup>14</sup> A. SCHIAVONE, *Ius*, op. cit., 29 y ss.; Id., *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Laterza, 1987, v y ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Storia di Roma*, op. cit., 169 y ss.; M. HUMBERT, «Droit

verdad que antes de ese cambio romano existía ya la función del juez, y es también seguro que las personas entendidas tenían un especial conocimiento de las costumbres. Pero esta aptitud no se consideraba, necesariamente, una cualidad profesional como la entendemos hoy. Fueron hombres de religión, funcionarios administrativos, personajes apreciados por su equilibrio y su corrección quienes se ocuparon, sin ser juristas, de las tareas jurídicas.

La figura del jurista como tecnócrata o como cultivador científico del derecho no existe en la Grecia clásica, ni en la historia africana anterior a los contactos con Roma, con el Islam y con Europa. Y, sin embargo, Grecia, el África tradicional y la civilización del bronce, son todas ellas sociedades que fundaron su propia existencia sobre una abundante producción jurídica<sup>15</sup>. Y, sin embargo, también en aquellas civilizaciones, como en todos lados y como siempre, el derecho se colocó en una constante relación biunívoca con la cultura que lo expresa. Una cultura que lo puede manifestar —y esta es la nota destacable— con o sin juristas profesionales. En otras palabras, el derecho se ha vivido, puede vivirse y desarrollarse sin la actividad del jurista tal y como nosotros la conocemos; esto es, sin tener como contrapunto un aparato de conocimientos elaborado de forma crítica.

#### 4. QUIEN DICTA LAS REGLAS (FUQAHĀ', LOS PROFESORES ITALIANOS Y F. D. ROOSEVELT)

Es preciso aprehender otro dato. No existe una discusión seria sobre el punto de que una tradición jurídica no es un conjunto de reglas sobre la imposición fiscal, sobre las sociedades de capital o sobre las tareas de la policía, reglas todas que son mutables y que pueden estar inspiradas por aspectos contingentes o incluso por la admiración hacia otros modelos<sup>16</sup>. Una tradición jurídica debe ser concebida, más bien, como «un conjunto de actitudes profundamente enraizadas y condicionadas por la his-

---

et religion dans la Rome antique», *Archives de philosophie du droit*, 38, 34 y ss. (1993); F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford U. P., 1946, *passim* y esp. 6-12, 30 y ss., 60 y ss.

<sup>15</sup> Para las primeras referencias desde la perspectiva del texto, con relación a la civilización egipcia: S. CURTO, *L'antico Egitto*, Utet, 1981, 314 y ss.; J. ASSMANN, «Potere e salvezza. Teologia politica nell'antico Egitto», en *Israele e in Europa*, Einaudi, 2002, 176 y ss. (trad. it. de *Herrschaft und Heil. Politische Theologie in Altägypten, Israel und Europa*, Carl Hanser, 2000); A. A. SCHILLER, «Coptic Law», *Jur. Rev.*, 43, 211 (1931); para la mesopotámica, B. JACKSON, «Evolution and Foreign Influence in Ancient Law», *Am. J. Comp. L.*, 16, 372-373 (1968); sobre la Grecia clásica, N. LEMCHE, «Justice in Western Asia in Antiquity, or: Why no Laws Were Needed», *Chi.-Kent L. Rev.*, 70, 1695 (1995); R. GARNER, *Law and Society in Classical Athens*, St Martin P., 1987; M. GAGARIN, *Early Greek Law*, U. California P., 1986; A. LANNI, *Law and Justice in the Courts of Classical Athens*, Cambridge U. P., 2006, *passim*, esp. 15 y ss.; para el África tradicional véase, por ejemplo, el catálogo compilado y anotado por E. OKUPA, *International Bibliography of African Customary Law*, Lit, 1998. Para consideraciones análogas, con respecto a las tradiciones asiáticas, W. MENSKI, *Comparative Law in a Global Context. The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge U. P., 2006, 2.ª ed., 196 y ss., 228, 493 y ss., 543 y ss.

<sup>16</sup> Por todos, A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, U. Georgia P., 1993, 2.ª ed.; el vol. 10(2), enero 2008, de «Theoretical Inquiries in Law», dedicado a *Histories of Legal Transplantations*. «Legal cultures, like languages, can absorb huge amounts of foreign material while preserving a distinctive structure and flavor»: M. GALANTER, «Predators and Parasites: Lawyer-Bashing and Civil Justice», *Georgia L. Rev.*, 28, 633, 680 (1994).

toria, acerca de la naturaleza del derecho y acerca del papel que el derecho debe desempeñar en una sociedad políticamente organizada, acerca del mejor modo de organizar el funcionamiento del sistema jurídico y acerca del modo en el que el derecho debe ser elaborado, aplicado, estudiado, perfeccionado y pensado. La noción de tradición jurídica coloca a un sistema jurídico en relación con la cultura de la que es expresión parcial. Coloca a un sistema jurídico en una perspectiva cultural»<sup>17</sup>.

Más adelante recordaremos que definiciones de este tipo deberían encontrarse bien extendidas, y listas para ser empleadas, en la caja de herramientas de nuestros políticos y científicos sociales, economistas incluidos, con la finalidad mínima de dotarse de la conciencia de una perspectiva capaz de impactar de modo decisivo sobre la comprensión (antes incluso que sobre la solución) de los problemas «ajenos». Aquí, sin embargo, debe subrayarse que si el derecho y su nacimiento son producto de la actividad de una variedad de elementos, no puede decirse que las reglas hayan sido dadas *a priori*, como si se trataran del simple resultante de una comprobación, limitada a las Constituciones o a los «actos normativos».

En todos los contextos, ya sean tecnocráticos, revelados o consuetudinarios, hace falta alguien que «diga» el derecho; esto es, alguien que manifieste en el lenguaje que se espera el contenido de las reglas que son de aplicación. Sabemos que la historia del derecho inglés ha confiado esta tarea al juez; Europa continental nos muestra el derecho elaborado por el teórico y aplicado por el juez. El derecho islámico nos ofrece uno de los modelos más extremos de creación doctrinal del derecho<sup>18</sup>. El derecho revelado es, en gran parte, opera de los *fuqahā'*, esto es, de los intérpretes doctos que destilan distinciones y conclusiones sabias<sup>19</sup>. Mas, en estos contextos, la producción doctrinal se convierte en tremendamente prestigiosa como consecuencia de dos circunstancias. El juez islámico —el *qādī*— no motiva y, por tanto, no anima a extraer la *ratio decidendi*, ni a memorizar el fallo, ni tampoco a imitar el precedente. Además, el área en la que se practica la *sharī'a* no dispone de un órgano judicial superior, de un tribunal supremo, porque la pirámide judicial corresponde a cada uno de los Estados individuales, y no a la comunidad islámica<sup>20</sup>.

Resulta, en definitiva, que tanto en los países en los que se ha difundido el Islam, como en Occidente y en otros lugares, es imposible saber cuál es el

<sup>17</sup> J. H. MERRYMAN, *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, Giuffrè, 1973, 9 (trad. de *The Civil Law Tradition*, Stanford U. P., 1969).

<sup>18</sup> Para resultados y desarrollos paralelos, en derecho hebreo, F. M. DENNY, «Orthopraxy in Islam and Judaism: Convictions and Categories», en W. M. BRINNER y S. D. RICKS (eds.), *Studies in Islamic, op. cit.*, 83 y ss.; J. NEUSNER y T. SONN, *Comparing Religions through Law. Judaism and Islam*, Routledge, 1999, 81 y ss., 127 y ss., 139 y ss.; J. D. BLEICH y A. J. JACOBSON, *Jewish Legal Tradition*, en M. BUSSANI y U. MATTEI (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge U. P., 2012, 281.

<sup>19</sup> W. B. HALLAQ, *The Origins, op. cit.*, esp. caps. 3-6, 57-149; F. CASTRO, voz «Diritto musulmano», en *Dig. IV, Disc. priv.*, sez. civ., Utet, 1990, VI, 287, 289, 291-93.

<sup>20</sup> Además de los autores citados en las dos notas precedentes, véase R. SACCO, *Antropologia giuridica, op. cit.*, 95 y ss., 100; H. P. GLENN, *Legal Traditions of the World*, Oxford U. P., 2007, 3.<sup>a</sup> ed., 177 y ss.

contenido de una «ley» sin conocer las categorías y las modalidades operativas a través de las cuales se aplican las reglas, o sin conocer el papel que juegan y el poder del que disfrutaban los cuerpos que las aplican. Dicho en otras palabras, en ningún lugar es posible entender el lenguaje con el que caminan los derechos y obligaciones, la forma en la que se juzgan los conflictos ni el modo en el que se gestionan las reformas sociales y económicas más relevantes sin conocer el llamado «*legal process*», esto es, sin conocer el conjunto de elementos que abarcan desde el modo en que se forman los juristas (o quienes están llamados a dictar las reglas), a su lenguaje, a las razones por las que aquellos se sienten obligados a tomar cierta decisión o a redactar las sentencias, o las circulares, en un determinado modo, hablando a quién, queriendo ser escuchado por quién, queriendo persuadir a quién.

Un ejemplo nos ayudará a entender mejor lo que se quiere decir. Desde 1942, Italia tiene un nuevo Código civil, que ha sustituido al de 1865; ambos están inspirados, básicamente, en el Código napoleónico de 1804, todavía vigente en Francia. Pues bien, la literatura jurídica italiana de la segunda posguerra solía dialogar con la doctrina alemana, especialmente con aquella anterior a 1900; y ello no por hacer historia, sino por interpretar el derecho vigente, con la convicción de que los conceptos jurídicos habían sido estudiados de forma insuperable por la última generación de los llamados pandectistas alemanes. Esta aproximación se manifestaba en la enseñanza, y entraba a formar parte del bagaje técnico del doctor en derecho, para luego terminar sentándose en los estrados de los tribunales. Así, para esbozar uno de los muchos ejemplos posibles, podemos contar cómo, hasta los años setenta del siglo pasado, el solicitante del resarcimiento de un daño de naturaleza económica siempre obtenía como respuesta del tribunal que la indemnización podía concederse solo en casos de lesiones a derechos como la propiedad, la integridad física o la vida. Esta solución no encontraba ningún apoyo en el código italiano. Se trataba, en cambio, del fruto de las enseñanzas escolásticas que habían convertido en propios los límites indemnizatorios dictados por el codificador civil alemán en 1896 y a los que daban voz los autores germánicos. Durante un largo periodo, pues, quien buscaba el dato legal tropezaba con un modelo de origen francés; quien buscaba las soluciones operativas se cruzaba con un modelo interpretativo de derivación alemana; y, de este modo, el demandante en juicio no podía ni siquiera soñar con ver resarcidos, como sucede hoy, los daños puramente económicos, los biológicos o los «existenciales». Nótese que lo que ha cambiado son las referencias culturales del intérprete. El Código ha permanecido inmutado.

Puede existir, por tanto, una profunda falta de armonía entre dato legislativo y dato jurisprudencial. Mas no se trata de una deformación italiana. La fuerza de los operadores jurídicos es poderosa en todos lados y, con mayor o menor transparencia —en función de los tiempos, los lugares y los sectores del derecho—, está en condiciones de transmitir la palabra a través de los canales que aquellos operadores consideran adecuados a la necesidad.

¿Otro ejemplo? Siguiendo en Occidente, basta con aludir al fenómeno que viene recordado, por lo general, como una de los mayores hitos



políticos del siglo xx y que, más allá de esta característica, se revela como un choque épico acaecido en el terreno jurídico. De hecho, no es posible entender qué representó el *New Deal* de Roosevelt sin comprender el sofisticado y dinámico equilibrio que, a través de una serie de pruebas de fuerza, se produjo, en el curso del tiempo, entre los principales actores del sistema jurídico estadounidense, circunstancia, por otra parte, que no es ajena a algunas notas importantes para nuestro turbulento presente y, en particular, para el americano.

La idea base del proyecto de F. D. Roosevelt era la siguiente: para hacer salir al país de la depresión económica en la que se encontraba inmerso después de la crisis de 1929, le correspondía al gobierno federal la gestión del ciclo económico. Los presupuestos de este asunto, sin embargo, se situaban en fuerte oposición con el tradicional sistema de *common law*, hasta el punto de hacer necesaria su derogación a través de una legislación dictada al respecto, sobre todo para sustraer algunos poderes a los tribunales, vestales del *common law*, y confiarlos a diferentes agencias gubernativas que se estaban creando.

El conflicto ideológico, como ocurre con frecuencia en Occidente, se transfirió al terreno jurídico, en el que el valor de la certeza del derecho, encerrado en la fidelidad al sistema tradicional, terminó por oponerse a los valores de la nueva justicia social, dirigida a una ampliación de la esfera de los derechos de los ciudadanos. En efecto, la legislación y la burocracia introducidas por el *New Deal* no estaban dirigidas a asimilar los resultados y el lenguaje de la elaboración secular del *common law*, sino a superarlos. Aquella legislación y aquella burocracia presuponían el *common law* como un sistema que reflejaba todos los anacronismos y las injusticias del *laissez faire*: las reglas en materia de propiedad y contrato aparecían, pues, como instrumentos destinados no a conectar, sino más bien a aislar las posiciones privadas frente al control social<sup>21</sup>. En su lugar, los defensores del *New Deal* reivindicaban la centralidad del derecho al trabajo, a la vivienda, a la educación, y pensaban que tales derechos podían convertirse en efectivos solo gracias a la acción «subversiva» del gobierno federal.

Assumiendo el papel de guardián del *common law* como parte del orden constitucional fundado en el individualismo propietario<sup>22</sup>, el Tribunal Supremo federal terminó por anular, por considerarlas contrarias a la Constitución, muchas de las leyes votadas por el Congreso en el primer mandato de Roosevelt (1933-1936). El conflicto entre el Tribunal y la administración demócrata se transformó, presentándose como el problema sobre quién encarnaba mejor los valores constitucionales y, en definitiva, sobre quién debía traducirlos en la práctica: el presidente y el Congreso, elegidos por el pueblo, o los nueve jueces del Tribunal Supremo, constitucionalmente situados al margen del circuito democrático.

<sup>21</sup> C. R. SUNSTEIN, *The Second Bill of Rights. FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More than Ever*, Basic Books, 2004, 17 y ss., 54 y ss. En general, sobre este asunto, véase la precisa reconstrucción de J. SHESOL, *Supreme Power. Franklin Roosevelt vs. the Supreme Court*, Norton, 2010.

<sup>22</sup> T. MACKAY, «The Politics of the Courts», en C. L. ZELDON (ed.), *The Judicial Branch of Federal Government. People, Process, and Politics*, Abc-Clio, 2007, 123, 146 y ss.