

Emergencia y salto epistémico en el estudio de casos históricos para la investigación interdisciplinar en derecho comparado

Emergence and epistemic leap ahead in the study of historical cases for interdisciplinary research in comparative law

Johannes San Miguel Giralt¹

University of Helsinki (FI)

johannes.sanmiguelgiralt@helsinki.fi

Resumen

La inusitada velocidad de reacción regulatoria requerida en la actualidad junto al carácter antiético de la experimentación legislativa impone al derecho comparado con mayor énfasis que nunca la tarea de asistir y alimentar al regulador con los insumos necesarios para ejercer su labor. En el contexto de pluralidad metodológica en el que se desenvuelve actualmente la disciplina, el método casuístico destaca sobre todo en el estudio y análisis de experiencias históricas de dinámicas de trasplantes legales, incorporación de instituciones jurídicas a derecho interno y armonización normativa. En este contexto, los estudios interdisciplinares de derecho comparado e historia del derecho adquieren relevancia especial porque permiten superar el actual estado de cosas en la región, lastrada por la generalización superficial y la macro-comparación epidérmica en términos de mera confrontación sintáctica con selección aleatoria y arbitraria de las entidades nacionales o sub-nacionales, así como de las categorías o parámetros susceptibles de comparación. De este salto cualitativo se derivan nuevas categorías como los estudios comparados de derecho colonial y los sistemas mixtos.

Palabras-clave: derecho comparado; investigación; interdisciplinariedad; historia del derecho; casuística.

¹ Doctoral Researcher, University of Helsinki. Doctoral degree, University of Havana. University of Helsinki, Porthania Bldg., Yliopistonkatu 3, 00100, Helsinki, FI.

Abstract

The unusual speed of regulatory reaction as required today, coupled with the unethical nature of legislative experimentation, both highlight the importance of comparative law with greater emphasis than ever, and its task of assisting and supplying the regulator with the necessary inputs to carry out his purpose. In the context of the current methodological plurality, the casuistic method stands out above all in the study and analysis of historical experiences of legal transplant dynamics, incorporation of legal institutions into internal law and normative harmonization. In this context, interdisciplinary studies in comparative law and legal history acquire relevance allowing scholars to overcome the current state of affairs in the region, burdened by superficial generalization and epidermal macro-comparison in terms of mere syntactic confrontation with random and arbitrary selection of national or sub-national entities, as well as of the categories or parameters susceptible to comparison. From this qualitative leap, new categories arise, such as comparative studies of colonial law and mixed systems.

Keywords: comparative law; research; interdisciplinarity; legal history; case study.

Una introducción necesaria

Seamos prácticos, útiles y eficientes. La sociedad actual vive a una velocidad exponencialmente superior a la de hace 200 años, no digamos hace 2000 años. La evaluación del enfoque regulatorio y legislativo apropiado frente a los nuevos fenómenos tecnológicos, éticos, climáticos, económicos, demográficos y geopolíticos requiere una velocidad de reacción inusitada por parte de los decisores en política, cuando no literalmente proactivos (Gilberg, 1986; Kane, 1988; Salonen, 2019, p. 127; Wheeler, 2023; Carroll, 2004, p. 33)². La

² Un esfuerzo medio de observación del actual panorama académico invita a considerar que los estudios sobre velocidad de reacción legislativa son nuevos, pero realmente no lo son. Es lo cierto que tales estudios teóricos han estado asociados siempre a un contexto regulatorio muy específico y en tal sentido deben destacarse al menos dos especialmente relevantes: el mercado de los derivados financieros y la reciente irrupción de la Inteligencia Artificial.

En lo concerniente al mercado de derivados financieros, varios autores han destacado que la década del 80 ha sido notable precisamente por la velocidad en la creación, comercialización y expansión de derivados de diverso tipo sin que los reguladores técnicos (ni aún los propios contadores y abogados corporativos) tengan oportunidad de seguir el paso quedando rezagados respecto de la iniciativa de los oferentes en el mercado financiero.

La cuestión de la velocidad de reacción legislativa se torna más dramática en el actual contexto de la IA y los LLM. *The Brookings Institution* ha destacado tres desafíos regulatorios que impone la IA: la velocidad de regulación, qué se debe regular y quién debe regular; los dos últimos dependen de modo esencial del primero que es el más importante desafío. En un giro verdaderamente dramático y sorpresivo de eventos para los propios congresistas, los tres CEOs más importantes del ámbito de las tecnologías (Sam Altman de OpenAI, Brad Smith de Microsoft, y Sundar Pichai de Google) en audiencia ante un comité especializado del Congreso, urgieron al sector público a ponerse al día y mantener el paso regulatorio para evitar efectos indeseados y distorsiones innecesarias en el mercado. Esta petición de velocidad regulatoria desde el propio mercado hacia el sector público es particularmente rara, mucho más si consideramos que proviene de EEUU y no de Europa.

El problema de la velocidad regulatoria en el ámbito de las nuevas tecnologías y particularmente la IA ha sido denominado en el ámbito académico y en el sector público como el problema de la Reina Roja, en alusión a una réplica del personaje de la Reina Roja a Alicia en la novela de Lewis Carroll de 1871, *A Través del Espejo*. La academia aún no ha tomado el toro de la velocidad regulatoria en IA por los cuernos, pero los actores del mercado que están directamente involucrados ya han sonado la voz de alarma a la luz de un fenómeno que a ellos mismos asusta. Han llamado a cambiar la cultura regulatoria y abandonar las prácticas de micro gestión pública del pasado propias de la era del Taylorismo de la producción industrial en serie y pasar a una gestión

experimentación legislativa en vivo no es aconsejable porque es ineficiente, socialmente costosa, antiética y lesiva a los derechos humanos; ningún político está moralmente autorizado para decir: vamos a regular tal fenómeno de tal manera y ver qué pasa (Ranchordás, 2021 y 2013; Heldeweg, 2015; FINLEX. Suomen Oikeusministeriö)³. Llegado a este punto se impone, como nunca, el derecho comparado como campo específico del conocimiento jurídico con la misión de proponer soluciones normativas a partir de la experiencia de otros Estados o entidades subnacionales (Mak, 2015, p. 67; Husa, 2018, p. 63; Kahn-Freund, 1966)⁴.

Con el tiempo, el derecho comparado dejó de ser una rareza aristotélica para constituirse en un campo del conocimiento con vocación científica y para la asistencia a los que deciden en política, a los organismos que generan autorregulación, a los sujetos que suscriben contratos y a los *stakeholders* con intereses y la misión de defender o amparar a un sector específico de la sociedad. De igual manera, el derecho comparado apoya al individuo que interactúa con la administración, con el Estado y con otros individuos (Kraut, 2002)⁵. Sin embargo, la experiencia ha demostrado que el derecho no es un fenómeno estático sino dinámico porque inhibe o fomenta una conducta social y personal, motivando a su vez un nuevo comportamiento regulatorio desde el Estado. Luego, el carácter dinámico del fenómeno jurídico impone a los comparatistas la visión diacrónica en vez de sincrónica (Thier, 2017) (Miller, 2016)⁶. Ya no cabe duda alguna, es imposible entender la ley vigente sin su evolución; es imposible comprender las soluciones normativas paralelas sin acudir a su origen. Para los comparatistas, ya es el momento de la historia del derecho.

pública más colaborativa y proactiva.

³ Los autores consagrados al estudio académico de la experimentación legislativa han reconocido que uno de sus principales problemas es el potencial daño a los sujetos regulados en la forma de vulneración a los principios generales del derecho. Ranchordás en particular, reconoce este problema junto a las cuestiones de validez metodológica interna que impiden determinar correctamente si las consecuencias regulatorias son el resultado de la legislación experimental u otros factores ajenos además de la imposible generalización del experimento por deficiencias en la validación metodológica externa. A pesar de la enorme importancia que ha adquirido en la actualidad la gestión pública basada en evidencia (*evidence-based decision-making*), los requerimientos de la metodología legislativa empírica (*Rechtsetzungsmethodik*) y de modo particular su vocación interdisciplinaria no admite experimentos cuyos resultados contradigan el régimen de derecho vigente y para ello se han desarrollado modelos, guías e indicaciones que conduzcan dichos procesos ius-experimentales en sus diversas formas y manifestaciones: *Gesetzgebungsexperiment*, *Modellversuch*, *Praxistest*, los proyectos pilotos del derecho holandés (*proeftuinen*). Para ello, la mayor parte de los países con fuerte institucionalidad legal como es el caso de los Estados miembros de la UE, han desarrollado unidades de asistencia legislativa con trabajo serio y continuo; en este sentido cabe señalar el ejemplo de FINLEX, en Finlandia y su guía de legislación sobre proyectos experimentales. En dicha guía, el cuerpo de asistencia legislativa señala la enorme importancia de tomar en consideración la opinión de los involucrados, el marco constitucional dogmático, los principios generales del derecho con especial énfasis en la proporcionalidad y la temporalidad estricta, no discriminación, carácter reducido de la muestra regulatoria, reserva legal previa, entre otros.

⁴ En cuanto al propósito o fin último y mediato del derecho comparado no hay opinión asentada con carácter de *res certae*. El actual estado de expansión casi descontrolada de la disciplina refleja la pluralidad de métodos y enfoques con los que intenta abordar su objeto de estudio por medio de la “contextualización interdisciplinaria del derecho” a la que se refiere Mak. Por su parte, Husa arguye que el debate metodológico en derecho comparado no es inútil o estéril sino que es instrumental para que el investigador justifique la delimitación de su objeto de investigación así como las fuentes de las que hará uso. En cualquier caso, el “regalo divino de la libertad” que goza todo comparatista, como lo aseveró Otto Kahn-Freund, no es solamente descriptivo sino además propositivo.

⁵ Es pertinente recordar el valor instrumental de las primeras experiencias de estudios comparados al menos en el ámbito cultural proto-Occidental y de modo especial el caso del encargo de Alejandro Magno a Aristóteles de recopilar, comparar y analizar más de cien constituciones materiales de las polis griegas que formaban parte del imperio. Probablemente de las primeras experiencias más completas en los albores de la disciplina comparada.

⁶ Sobre el carácter sincrónico y diacrónico de los estudios de derecho comparado y su importancia, remítase el lector a autores como Thier. De modo particular, Carey Miller expone como la historia del derecho de algún modo explica semejanzas inusitadas entre dos ordenamientos legales distintos como es el caso de Escocia y Sudáfrica, bajo la etiqueta de “accidente de la historia”.

A partir de aquí, hay que reconocer que el derecho actual comparte una relación en constante conflicto con la historia del derecho, y la lingüística jurídica (Watson, 1993; Husa, 2018, p. 56)⁷. La ley se expresa y toma forma con las estructuras sintácticas y gramaticales, lo cual es un componente de entropía adicional porque el lenguaje es otro fenómeno social y cultural complejo que actúa como vehículo del derecho (Husa, 2022, p. 45; Id., 2023, p. 201)⁸. La principal razón para esta asociación radica en que el derecho adquiere su estructura con el tiempo y nunca de manera aleatoria: la ley nunca es caprichosa. La razón que subyace en el carácter temporal de la formación de un sustrato normativo fenoménico radica en que el derecho opera como una manifestación cultural más que como un agregado aleatorio de textos legislativos.

Ya entró la interdisciplinariedad al derecho comparado (Husa, 2022, p. 113)⁹. Conviene señalar desde el inicio que en ciencias sociales la alusión a la interdisciplinariedad levanta sentimientos encontrados de simpatía y antipatía. Lo primero porque preliminarmente alude a lo que está de moda, al signo de los tiempos, al referente que proviene de los centros de generación de conocimientos en ciencias sociales a nivel global. Lo segundo porque la interdisciplinariedad en ciencias sociales y particularmente en derecho, concretamente, continúa siendo un enigma envuelto en un acertijo en el que los investigadores continúan chocando con una pared místicamente infranqueable como la plataforma 9 ¾ de King's Cross Station. El derecho como campo del conocimiento todavía necesita arriesgarse a un salto de fe como Harry Potter en la estación ferroviaria. Pero ocurre que los jímagas Weasley (el derecho comparado y la historia del derecho) ya se adelantaron, ya saltaron, y les fue bien.

A diferencia de los principales centros globales de generación de conocimiento jurídico, en sentido general el ámbito académico latinoamericano continúa de algún modo lastrado por la generalización superficial y la macro-comparación epidérmica con selección aleatoria y

⁷ Los autores en derecho comparado reconocen el vínculo inextricable, pero a la vez establecen una clara diferencia entre los iuscomparatistas (*comparatists*) y los historiadores del derecho (*legal historians*). No parece evidente una hegemonía directa de uno sobre otro, pero si se intuye una especie de intento de subyugación o dominación conceptual desde los historiadores hacia los iuscomparatistas. Tal intención o propósito de dominio epistemológico en Watson ha sido debidamente notado.

⁸ Los estudios lingüísticos con perspectiva de derecho comparado constituyen una disciplina muy joven cuya legitimidad epistemológica deriva del carácter necesario del enfoque interdisciplinar. La carta de identidad disciplinar deriva básicamente de los aportes de Heikki Mattila con su aporte clásico *Jurilinguistique Comparé* en el que propone no solo una renovada atención a las cuestiones de lenguaje en derecho comparado sino además su inserción en el contexto del lenguaje con propósito específico (LSP). En términos resumidos, la importancia de los estudios lingüísticos para el derecho comparado se resume en una ilustrativa expresión de Husa: el flujo de información entre sistemas legales discurre a través de la traducción; pero esta última debe ser entendida no solo en estrictos términos sintácticos sino en al menos tres dimensiones: traducción del contexto social, del sistema normativo y traducción reconstructiva del derecho extranjero.

⁹ La esencia interdisciplinar del método comparado en derecho ya es cuestión aceptada a nivel global, la mayor parte de las discrepancias entre los autores en materia metodológica radican únicamente en detalles pero sin duda hay consenso académico generalizado en torno al tema. La interdisciplinariedad tiene una primera consecuencia o presupuesto que es relativo al pluralismo, la fragmentación e incertidumbre metodológica: ya no es posible la investigación en derecho comparado siguiendo los lineamientos de un manual de metodología al respecto. El manualismo metodológico quedó completamente superado en los centros globales de producción del conocimiento jurídico y queda adosado únicamente en las estructuras académicas más reticentes a la renovación epistemológica. Dicha fragmentación e incertidumbre a su vez nos lleva de la mano hacia la diversidad del *savoir faire* en derecho comparado.

En tal sentido, la función del método en derecho comparado dejó de ser la garantía de exactitud de las conclusiones de la investigación para pasar a ser garantía solo de la corrección metodológica del camino de la investigación. En este sentido, se emparentan con el derecho comparado diversos campos del conocimiento y distintos saberes metodológicos: estudios jurídicos básicos (*Grundlagenfächer*), ciencias económicas con particular referencia a las recientes doctrinas del *path dependence* y *legal origins*, estudios culturales vinculados a la antropología y etnología, etc. Tan es así que se ha descrito al derecho comparado en términos de parasitismo interdisciplinar por nutrirse de modo sustancial y significativo de otras disciplinas sin alcanzar a realizar un aporte simétrico.

arbitraria de las entidades nacionales o sub-nacionales, así como de las categorías o parámetros susceptibles de comparación (el llamado *tertium comparationis*)¹⁰. Este enfoque sigue siendo ineficiente porque no cristaliza en un derecho comparado como campo específico del conocimiento con carácter propositivo y queda en la descripción incompleta (Bonilla Maldonado, 2013, p. 15)¹¹. El derecho comparado no se reduce a mera enumeración de hallazgos, sino que además propone, sugiere, aconseja al ámbito regulatorio y legislativo cual podría ser el contenido idóneo u óptimo de una eventual reforma legal a partir de experiencias similares en otros lugares del mundo.

Se ha constatado que las ciencias naturales y técnicas aplicadas superan a las ciencias sociales y humanidades en cuanto a método científico, verificación y cuantificación de resultados, repetibilidad, y demás criterios metodológicos que garantizan una correcta praxis científica. Sin embargo, esto no significa que los campos del conocimiento sociales no ameriten estudio y análisis. El principal argumento en apoyo de este último criterio ha sido lo que cabe denominar como “sublimación de la casuística”, entendido como el proceso de extracción, refinación y destilación de principios generales, doctrinas y teorías a partir de la observación de casos particulares. Esto no es ajeno al derecho, es el comportamiento típico del derecho anglosajón por medio del precedente y también del derecho romano.

En la pluralidad metodológica de la Nube de Oort

Los autores clásicos y modernos del derecho comparado reconocen que el principal desafío no radica en el contenido sino en el método a utilizar por los comparatistas. Verificada la evolución desde la metodología doctrinal formalista estricta del siglo XIX y XX hacia el enfoque funcional y recientemente una visión contextual, se impone un marco de reflexión sobre la misión, las tareas, y el propósito del derecho comparado, para advertir las decisiones metodológicas a tomar en el ámbito investigativo.

Hay cada vez mayor conciencia entre los comparatistas en torno a la importancia y necesidad de incorporar plenamente la historia del derecho, la lingüística, los estudios sobre experiencias culturales y sociales para completar el mix o más bien las variables de la fórmula

¹⁰ El *tertium comparationis* sigue siendo una de las categorías técnicas más crípticas en toda la ciencia del derecho y su conceptualización o sistematización se antoja aún elusiva y resbaladiza. Varios factores conspiran contra una teoría final y asentada sobre dicho concepto: la dependencia del contexto cultural de comparación, la imposibilidad de erigir un catálogo de *tertia* con vocación *numerus clausus*, las dificultades ontológicas para establecer parámetros de comparación y sus cualidades (la cuestión de la mesurabilidad epistémica –*epistemic commensurability*–), los problemas de asociación lógica con el mínimo común denominador. En este sentido, el derecho comparado para que obedezca a un criterio científico, no puede discurrir totalmente en un ámbito relativista que impida el carácter medible de los parámetros de comparación. Se requiere que el derecho comparado esté dotado de categorías medibles.

Sin embargo, la cuestión del *tertium* se nos presenta irresoluble dentro del concepto de tradiciones legales de Patrick Glenn en los cuales se comparan sistemas legales con raíz axiológica distinta; esto significa que de alguna manera el comparatista tiene que encarnar a la ISO (Organización Internacionales de Normalización) y redactar para sí el Sistema Internacional de Unidades.

¹¹ La integralidad metodológica de la investigación comparada en derecho también pasa por la inclusión del estudio de las dinámicas de circulación global del conocimiento jurídico. La región ha sido testigo de algunos avances, muy discretos en el tema, pero que distan de ser significativos. Para expresarlo en términos más oníricos, del mismo modo que la Corriente del Golfo calienta los litorales europeos, la inversión en intercambio académico desde los centros globales calienta los fríos, viejos y oxidados esquemas de reflexión y análisis jurídico particularmente en Latinoamérica, con puntuales excepciones. En materia de circulación del conocimiento jurídico, vale destacar que no es unidimensional y que está asociado a cuestiones de metajurídica o base socioeconómica.

(para una mejor expresión). Esta idea ha sido plenamente expuesta y fundamentada con rigor en innumerables ocasiones, sin embargo, se ha reconocido que, en la praxis investigativa y académica, no pasa de un saludo a la bandera (*lip service*, dirían desde el ámbito anglosajón).

A tono con lo anterior, se ha hablado y discutido sobre la relevancia de disciplinas del conocimiento que han demostrado su valor para el análisis del derecho comparado. Entre tales disciplinas, dentro del propio derecho caben mencionar la historia del derecho, los estudios lingüístico-jurídicos, teoría del derecho, sociología del derecho, los distintos cuerpos doctrinales de conocimiento por ramas o subramas del derecho (constitucional, administrativo, civil, penal, laboral, ambiental, internacional, etc.). Es importante mencionar los campos del conocimiento fuera del derecho que aportan de modo significativo a los estudios comparados: demografía, economía, etnografía, geografía, sociología, historia, etc.

La confluencia de este importante número de disciplinas del conocimiento particularmente de las ciencias sociales al derecho comparado también determina una pluralidad metodológica. Dicha diversidad en el método recorre los más variopintos ademanes investigativos posibles. Lo que podemos considerar como *mainstream* metodológico en derecho comparado por la cantidad de estudios y atención significativa que recibe es el método doctrinal. Por diversas razones también se le conoce como método técnico¹². Cabe mencionar el método de modelación, por el cual los autores enumeran y clasifican distintas entidades normativas en tipologías. En menor medida debe aludirse al método cuantitativo, la historia de vida y los enfoques culturales o etnográficos. Por último, cabe una mención no marginal al grupo focal.

Dentro de la Nube de Oort metodológica caracterizada por la acumulación de formaciones más o menos densas, más o menos masivas, moviéndose a mayor o menor velocidad unas respecto de otras, se debe mencionar para el contexto específico del derecho comparado histórico, el método del estudio de casos.

Breve revisión de la casuística histórica en derecho comparado

En términos generales, confirmado el inextricable e íntimo vínculo entre el derecho comparado *per se* y la historia del derecho, los iuscomparatistas se han lanzado de lleno a la descripción de eventos históricos considerados relevantes. Una revisión somera permite concluir al menos preliminarmente que existe una buena muestra en términos cuantitativos de investigación de derecho comparado a partir de casos históricos concretos, tanto en el área académica iberoamericana, europea como norteamericana¹³.

La concentración de los esfuerzos investigativos de derecho comparado en la casuística histórica ha demostrado ser muy útil por varias razones. La primera de ellas porque permite penetrar más allá del velo de reflexión estrictamente teórico y consagra los esfuerzos académicos a “realmente hacer algo” (*to actually do something*, una vez más desde el mundo

¹² Es moneda corriente la alusión al vocablo “técnico” en derecho y esto requiere aclaración.

¹³ A la publicación de los esfuerzos individuales y colectivos de investigación histórica por casos se ha dedicado, por ejemplo la revista *Comparative Legal History*, haciendo énfasis en la intersección entre derecho e historia y como el curso de los acontecimientos influye de modo decisivo en la forma que adopta el derecho vigente al momento.

anglosajón). La segunda de las razones es que aporta al derecho comparado la experiencia propia del investigador en su propio contexto cultural. La tercera de las razones, vinculada a la anterior, alude a que obliga o impone a los demás investigadores (sobre todo en el contexto de retroalimentación a partir de la revisión por pares) a sumergirse en las interioridades de la experiencia histórica local presentado por cada caso bajo análisis con lo cual expande necesariamente el horizonte de reflexión comparada.

Estos esfuerzos no solo quedan en las iniciativas individuales de cada investigador, sino que se elevan a proyectos más o menos formales, a esfuerzos colectivos de concentración de energías personales para encaminar la investigación comparada con perspectiva histórica por estudio de casos¹⁴. Una parte importante de estos estudios se insertan dentro de categorías o etiquetas más o menos consagradas como los estudios sobre derecho colonial y sistemas de derecho mixtos. También cabe hablar de la diversidad temática dentro de los recientes estudios históricos de caso: desde las profundidades del estricto derecho privado, pasando por el derecho constitucional y administrativo, incluyendo materias de orden más o menos mixto y más recientes como ambiental, laboral, propiedad intelectual, banca y mercados financieros, derecho internacional, entre otras.

En resumen preliminar, el estudio de casos históricos tiene carta de identidad metodológica y ha probado su entidad y relevancia en el derecho comparado actual.

Del rezago hispanoamericano en derecho comparado histórico

En términos generales, el estado de salud del derecho comparado histórico cabe ser calificado como óptimo. La explosión de estudios casuísticos concretos sobre fenómenos históricos en derecho con inclusión en el análisis de factores extra-jurídicos no ha hecho otra cosa que aportar a la salud de la disciplina. Desde los *clusters* centrales de producción de conocimiento jurídico, el salto cualitativo secundario ya ha producido: esta vez desde las especificidades de la casuística hacia la generalización, desde lo local a lo global, desde la praxis con marco espacio-temporal concreto hacia la reflexión abstracta, desde la curiosidad cultural hacia la sistematización teórica, desde las particularidades locales hacia la teorización general.

Entiéndase bien la idea anterior, la delantera global del derecho comparado ha incorporado reflexiones generalistas a partir de la casuística histórica con especial vocación teórica y sistematizadora. Sin embargo, se requiere la extensión de este enfoque hacia todas las zonas donde se genere derecho comparado. En este sentido, el área hispanoamericana aún queda rezagada en relación con los centros globales de producción del conocimiento jurídico: Europa y EEUU con la reciente incorporación de Asia.

No es suficiente con denunciar el problema, es necesario además advertir sus posibles causas. En la cuestión que ocupa esta contribución, deben señalarse, una vez más, las

¹⁴ En tal sentido, cabe destacar la iniciativa institucional *CoCoLaw: Comparing Early Modern Colonial Laws*, un grupo de investigación dedicado a indagar en la intersección entre derecho comparado e historia del derecho en el contexto colonial en las Américas.

dinámicas propias de producción, circulación y difusión del conocimiento jurídico desde el centro hacia la periferia en términos de irradiación térmica facilitada por las tecnologías y la comunicación online. Otra de las razones para el rezago hispanoamericano la constituye el problema del idioma, en el que la cultura pedagógica refractaria a la enseñanza intensiva de otras lenguas con vocación de desarrollo de habilidades comunicativas juega un papel negativo en las posibilidades concretas de integración académica desde el mundo hispano hacia los centros generadores de conocimiento en derecho comparado. Adicionalmente deben mencionarse la precariedad de la vida académica, el retroceso sostenido de las habilidades de lectura y análisis en la comunidad universitaria, la desestimación de la investigación teórica, el forzado pluriempleo de los docentes, la carencia de financiamiento tanto público como privado para la investigación, el uso político de las universidades como refugio de la clientela partidista, la instrumentalización ideológica de las aulas y la investigación, así como el enclaustramiento dogmático de los alegados líderes académicos en compartimentos estancos restringidos a la exégesis limitada de los textos normativos vigentes bajo la pretensión de excelencia académica.

A tono con lo denunciado anteriormente, el camino de la generalización teórica a partir de la casuística histórica queda trunco en el área hispanoamericana. Esto es verificable a partir del salto descomunal en términos de excelencia experimentados por otras áreas de los países en vías de desarrollo (el Sur Global, en el lenguaje moderno) como es el caso de Asia. Cabe observar un desarrollo exponencial e inusitado de la atención por las autoridades académicas en los países asiáticos por la investigación comparada en derecho y particularmente a partir de la casuística histórica. Esta sensibilidad epistemológica está motivada por muchos factores como la atención en la competitividad, en la necesaria excelencia de los graduados universitarios, en la emulación con Occidente para lograr más altos estándares de desarrollo, etc. En cualquier caso, y hablando como hispanoamericano, Asia está haciendo la tarea y nuestra región no.

De la casuística a la generalización en dos ejemplos: Roma y EEUU

La sublimación desde la casuística a la generalización teórica no es nueva; varios ejemplos históricos y actuales dan muestra de la importancia en derecho de la inducción de principios, teorías, doctrinas, postulados y corolarios a partir de la iteración: el derecho romano y el anglosajón, un fenómeno jurídico histórico y otro actual en el que toda la dinámica ocurre entre niveles: un ecosistema casuístico amplio de primer nivel, un mini-ecosistema o terrario controlado en el tercer nivel y todo lo que está entre uno y otro, ubicado en el segundo nivel.

La sublimación de la casuística ocurre en un contexto de ecosistema integrado por multitud casi infinitesimal de casos interactuando con tribunales adjudicadores de carácter judicial o arbitral, mediadores, negociadores, todos en un gran escenario entrópico/caótico donde surgen las más variadas innovaciones, interpretaciones y argumentos posibles sobre la ley aplicable. De este contexto casi de locura descontrolada comienzan a filtrarse como linfa por los capilares linfáticos aquella casuística que contiene los argumentos, los razonamientos

que las cortes de segundo nivel consideren más dignos de evaluación, siempre con los ojos puestos en los tribunales superiores, en la academia y en el propio ego del adjudicador que no es poca cosa (ya se ha señalado la importancia en derecho de la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación).

En un segundo nivel, aún entrópico, pero más controlado, lento, reflexivo, sosegado, de dimensiones más reducidas, la casuística ha sido filtrada, tamizada de modo que se analizan argumentos menos repetitivos, menos básicos, formalmente correctos, materialmente relevantes, pero se mantiene la dinámica mayéutica entre proponentes de los argumentos y los adjudicadores de la sede judicial. En este contexto de ecosistema más pequeño y controlado, se exploran diversas ramificaciones argumentativas, se descartan algunas, se confirman otras y se insertan aquellas que resultan totalmente nuevas. La propia biosfera *in genere* (todos los actores incluidos, las partes como proponentes argumentativos y los adjudicadores como evaluadores argumentativos) no queda en posición estática, sino que se mueve hacia formas de regulación estatal (o autorregulación) para perfilar su manera de operar hacia un modo más eficiente, proactivo y resolutivo, emulando la teoría evolutiva de Darwin en sistemas normativos.

En este segundo nivel los argumentos propuestos por las partes en el primer nivel incluyen los aportes justificativos, matizadores o denegatorios de los adjudicadores que dejan de ser evaluadores argumentativos para asumir adicionalmente el rol de proponentes en este segundo nivel, participando de una dinámica de juego de roles dentro del cuerpo profesional de jueces y/o árbitros con sus propias reglas de interacción que incluyen motivaciones personales, académicas, profesionales, de colegiación, políticas, etc. En cualquier caso, el pool argumentativo en el segundo nivel es el resultado de esta constante interacción que resulta de la filtración de la casuística caótica y trepidante del primer nivel, así como de la casuística más sosegada y compleja filtrada al segundo nivel. El propio sistema tiene sus instrumentos para controlar los procesos de filtración de argumentos: los procedimientos de *overruling* y *distinguishing* en el contexto anglosajón han sido perfilados con este propósito¹⁵. Desde el punto de vista histórico, las *legis actiones* del derecho romano y su evolución dan cuenta de la vocación del sistema por autorregularse y controlar la entropía de la casuística legal. Su equivalente funcional moderno de los *writs* ha dejado de cumplir esta función con la explosión de la tipología de mociones y *briefs* a la disposición de los operadores del sistema legal, a su vez determinada por la irrupción sostenida de las fuentes formales de carácter legislativo sobre todo desde FDR en los años 30.

En el último nivel ocurre la destilación final del petróleo hacia la producción de gases combustibles energéticamente eficientes como el propano, el metano y el butano, tienen bajo punto de ebullición y queman limpiamente. La casuística del segundo nivel una vez procesada por los adjudicadores vuelve a destilarse y se filtra hacia el último y tercer nivel de modo muy selectivo. Es aquí donde ocurre la parte más reflexiva de la sublimación porque constituye

¹⁵ Los pronunciamientos relativos al *overruling* y *distinguishing* constituyen instrumentos para controlar el flujo argumentativo ascendente sobre todo entre el nivel *a quo* y el segundo nivel; en el caso de la Corte Suprema ingresan y ganan relevancia otras variables como el carácter técnico del *petition* y *writ of certiorari* y por supuesto, las dinámicas políticas en el nivel federal. Al final, la propia ciencia del derecho es en última instancia, resultado de la interacción política históricamente determinada.

tarea autoimpuesta por los propios adjudicadores de tercer nivel la producción de doctrina legal con vocación generalizadora que con la ayuda del mundo académico se convierten en principios, postulados, teorías, conocimiento jurídico al fin y al cabo.

El necesario paralelo con el derecho comparado histórico

Las dinámicas sucintamente descritas con anterioridad muestran un flujo interno piramidal ascendente de los sistemas normativos, entendidos estos no solo como norma escrita sino como la totalidad que incluye el aspecto formal y además el comportamiento de los protagonistas, las reglas informales, la propia interacción entre contexto de descubrimiento y de justificación, etc. De este movimiento constante, desde lo caótico hasta lo controlado, comienzan a surgir por inducción desde la repetición enfática las principales teorías que constituyen el conocimiento jurídico moderno. Esto ha sido posible fundamentalmente en dos experiencias normativas específicas, la histórica romana y la moderna de EEUU por varias razones entre las cuales cabe mencionar sus respectivas alarmantes dimensiones y pluralidad geográfica, cultural, religiosa, demográfica, étnica, etc, todo lo cual convierte a la ley en el único punto de integración de la convivencia humana. Adicionalmente, a pesar de que ambos se desarrollan dentro de una entidad estatal única (SPQR o EUA), comparten la característica de la relativa autonomía legal entre regiones o estructuras sub-nacionales específicas por motivos distintos: configuración autonómica inicial como resultado de un debate constitucional con carácter formal en oposición a la concentración del poder político en una figura central semi-monárquica, o configuración autonómica sobrevenida como resultado no querido pero tolerado de la extensión geográfica y cultural del poder político en un contexto histórico de relativa lentitud del transporte y las comunicaciones.

Del mismo modo que el conocimiento jurídico-doctrinal moderno es en buena medida resultado de la sublimación de teorías a partir de la casuística, el conocimiento de derecho comparado histórico puede y de hecho se enriquece exponencialmente de la casuística histórica. Cada investigador dedicado a escudriñar en un ejemplo específico de comportamiento del derecho en la historia está haciendo un aporte casuístico a la detección de regularidades, a la explicación de una tendencia evolutiva, a la verificación de la eficacia de una solución normativa en un contexto determinado; en fin, a una eventual formulación de doctrinas y teorías en derecho histórico comparado.

Ciertamente es muy difícil en una misma acción investigativa lograr resultados o inferencias relativas al caso histórico concreto y a una regularidad generalizante en derecho histórico comparado. A mi consideración, lo más que es posible lograr con seriedad profesional e integridad ética es emitir conclusiones duras sobre el caso histórico concreto y sugerir determinadas inducciones para el derecho histórico comparado como camino abierto para nuevos intentos posteriores. La elasticidad metodológica tiene límites, tanto en ciencias naturales y aplicadas como en ciencias sociales, tanto en lo nomotético como en lo ideográfico.

En conclusión, necesitamos más casuística histórica en derecho comparado

El derecho comparado moderno ha dado y sigue dando muestras vitales importantes del estudio de casos históricos, pero se requieren más. En este punto es imposible emitir conclusiones exactas sin una revisión de la literatura bajo métodos cuantitativos pero los espacios de socialización académica y editorial son visiblemente reducidos. La reducción de estos espacios no motiva a la dedicación académica de casos históricos porque recordemos que el derecho comparado en general y el histórico en particular son actividades académicas específicamente carentes de vocación lucrativa aún bajo los estándares académicos de las ramas más formales como el derecho civil o penal. El sector académico de naturaleza privada tiene menos incentivos aún para abrir tales espacios, salvo que se trate de una dotación específica (*endowment*) o beca mortis causa (*scholarship*).

Queda el ámbito público, tanto de los Estados nacionales como de los organismos internacionales. Queda la autonomía institucional que le otorgue relevancia a la investigación histórica comparada por casos, aunque aparentemente constituya mero ejercicio de especulación a cargo de *nerds* de los archivos y las fuentes primarias. Iberoamérica tiene un legado histórico excepcional, una documentación que contiene material riquísimo para el análisis histórico, pero carece del incentivo institucional para construir al menos, equipos académicos con dedicación total y constante. Las presiones fiscales, el simplismo político devenido en ignorancia y la dejadez o indiferencia social tampoco ayudan a la labor.

Por último, permítaseme un *attaque au fer* contra el eventual discrepante. Una sola cosa tiene en común toda la intelectualidad iberoamericana: la obsesión por encontrar la voz propia y “liberarse” de las importaciones europeas y norteamericanas. Esta es una constante machacona y ensordecadora en toda la literatura, la música, el arte, la dramaturgia, la ensayística, la poesía, el cine, la televisión; y también las humanidades, las ciencias sociales, la academia en general. Para los juristas, esta es la oportunidad: enrolarse en el estudio y análisis del caso histórico es encontrar la voz propia porque del mismo se inducen principios, postulados y teorías propias. Quien quiera doctrina propia, que hurgue en su propia historia. El que siembra su maíz, que recoja su pinol.

Bibliografía

- BONILLA MALDONADO, D. 2013. El formalismo jurídico, la educación jurídica y la práctica profesional del derecho en Latinoamérica. In: H. OLEA RODRÍGUEZ, (ed.), *Derecho y Pueblo Mapuche. Aportes para la discusión*. Bogotá, Siglo del Hombre, pp. 259-302.
- CARROLL, L. 2004. *A través del espejo*. Córdoba, Ediciones del Sur, 65 p.
- FINLEX, SUOMEN OIKEUSMINISTERIÖ. *Guide for drafters of legislation enabling experimentation projects in society*. Assistance for drafters of experimentation legislation. Helsinki.

- GILBERG, D. 1986. Regulation of new financial instruments under the federal securities and commodities laws. *Vanderbilt Law Review* 39(6):1599-1684.
- HELDEWEG, M. 2015. Experimental legislation concerning technological and governance innovation. An Analytical approach. *The Theory and Practice of Legislation*, 3(2):169-193.
- HUSA, J. 2018. Comparative law and legal history. A match made in Heaven? *Retfærd*, 2:55-65.
- HUSA, J. 2022. *Interdisciplinary comparative law. Rubbing shoulders with the neighbours or standing alone in a crowd*. Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 310 p.
- HUSA, J. 2023. *Introduction to comparative law*. Oxford, Hart Publishing, 353 p.
- KAHN-FREUND, O. 1966. Comparative law as an academic subject. *Law Quarterly Review*, 82: 41-87.
- KANE, E. 1988. Interaction of financial and regulatory innovation. *The American Economic Review*, 78(2):327-334.
- KRAUT, R. 2002. *Aristotle: Political Philosophy*. Oxford, Oxford University Press, 471 p.
- MAK, E. 2015. Watch out for the under toad. Role and method of interdisciplinary contextualisation in comparative law research. *Erasmus Law Review*, 8(2):65-77.
- MILLER, D. 2016. Sibling mixed systems: Reviewing South African/Scottish comparative law. *Edinburgh Law Review*, 20(3):257-284.
- RANCHORDÁS, S. 2013. The Whys and Woes of Experimental Legislation. *The Theory and Practice of Legislation*, 1(3):415-440.
- RANCHORDÁS, S. 2021. Experimental regulations and regulatory sandboxes. Law without Order? *Law and Method*, 1-23.
- SALONEN, A. 2019. *Transnational law of the Over-the-Counter derivatives market. A study on the interactions between finance and law*. Helsinki, Finland. Tesis doctoral. University of Helsinki, 322 p.
- THIER, A. 2017. Time, law and legal history. Some observations and considerations. *Rechtsgeschichte*, 25:20-44.
- VAN HOECKE, M. 2015. Methodology of comparative legal research. *Law and Method*, 4: 1-35.
- WATSON, A. 1993. *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*. Athens: The University of Georgia Press, 362 p.
- WHEELER, T. 2023. The Three challenges of AI regulation. Disponible en: <https://www.brookings.edu/articles/the-three-challenges-of-ai-regulation/>. Consultado el: 25/1/2025.

Submetido: 05/05/2025
Aceito: 18/09/2025