

## LAS CRÍTICAS AL DERECHO COMPARADO: ACTUALIDAD DE *LOS VIAJES DE GULLIVER*

GABRIELA HAYMES

No es errado reconocer a Jonathan Swift como uno de los primeros comparativistas del derecho. En *Los viajes de Gulliver*, a través de las vivencias y la voz de Lemuel Gulliver, Swift compara el sistema social, legal y político británico con los de aquellas tierras míticas que Gulliver visita en sus viajes <sup>1</sup>.

Está presente en el texto la idea comparativista según la cual la contrastación de nuestras leyes y orden social con las de otros sistemas nos permite adquirir una perspectiva crítica respecto de nuestro sistema propio e incluso intentar alcanzar ideales jurídicos universales. Pero si el proceso por el cual comparamos las leyes se basa en la descripción y el análisis, no podemos ignorar las limitaciones propias de esta tarea. A diferencia de las ciencias duras, que se basan en datos empíricos e hipótesis testeables, los comparativistas estarían limitados por su contexto cultural, lo que siembra dudas sobre su objetividad o capacidad de evaluación neutral. Se critica al derecho comparado por carecer de una metodología coherente; menos aun una metodología que tome en cuenta el marco intelectual y la cultura legal determinadas dentro de las cuales existe la norma.

Reflexiona Gulliver sobre el modo de vida de los habitantes de Lilliput y sus leyes:

*“Hay en este imperio algunas leyes y costumbres muy particulares. Y si no fueran tan directamente opuestas a las de mi querido país me sentiría tentado a decir algo a su favor”.*

Más adelante:

*“Por esta razón, la imagen de la Justicia en sus tribunales está representada con seis ojos: dos delante, dos detrás y uno a cada lado, que sig-*

<sup>1</sup> También se considera a la obra de MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, como otro de los primeros ejemplos del método comparativo.

*nifican circunspección, más una bolsa de oro abierta en la mano derecha y una espada envainada en la izquierda, con que se quiere mostrar que está mejor dispuesta para el premio que para el castigo”.*

Gulliver percibe a las leyes de Lilliput y a la justicia como “peculiares” o “particulares”, ilustrando claramente la influencia cultural intrínseca a todo proceso de comparación. Siendo nosotros producto de nuestro propio concepto de justicia y nuestro sistema legal, consideraríamos también peculiares a aquellos de Lilliput o de cualquier otro país. Esto permite cuestionar aquellas aspiraciones del derecho comparado tales como la posibilidad de abordar objetivamente al objeto de estudio sin que nuestras reacciones instintivas ante aquellas cosas que encontramos “peculiares” nos impidan evaluarlas neutralmente. En palabras de Montaigne: *“Aquellos con los que las personas no están familiarizadas, lo llaman bárbaro”*<sup>2</sup>.

La comparación es así un dispositivo que transforma lo conocido en extraño, pues la cultura extranjera nos da una idea de los disintos caminos que nuestra cultura jurídica podría haber seguido.

El pasaje de Swift alimenta esta crítica según la cual no es posible comparar sin determinar las bases o parámetros a partir de los cuales se realizará la evaluación. Aun cuando éstos no se establezcan de manera explícita, surgirán implícitamente de un modo u otro. En sentido contrario, Jean Francois Lyotard sostiene que las tradiciones intelectuales individuales son inconmensurables unas con otras y que no hay una escala común de medida en base a la cual puedan compararse o medirse<sup>3</sup>.

Sobre la comparación y el entendimiento, relata Gulliver en el Viaje al país de los Houyhnhnms:

*“Como los términos poder, gobierno, guerra, ley, castigo y muchos otros no tenían equivalente en su idioma, resultó una dificultad casi insuperable explicar a mi amo su significado. Pero como era muy inteligente, y muy cultivado por la meditación y las pláticas, llegó finalmente a adquirir un conocimiento suficiente de lo que se puede esperar de la naturaleza humana en nuestras naciones y me pidió que le diera más detalles del país que llamamos Europa y, en especial, sobre mi patria”.*

En este párrafo, Gulliver describe la dificultad de contarle a su maestro Houyhnhnm las tradiciones sociales, políticas y legales de los Yahoos

<sup>2</sup> MONTAIGNE, Miguel Eyquem. Ver ROULAND, Norbert, *Legal Anthropology 1* (Philippe G. Planel trans., 1994).

<sup>3</sup> Ver VAN REIJEN, Willem - VEERMAN, Dick, “An Interview with Jean- Francois Lyotard”, en *5 Theory Culture & Society* 277, 277-307 (Roy Boyne trans., 1988).

en Europa e Inglaterra. Gulliver puede basarse, según sus palabras, en la inteligencia de su audiencia, sumadas la meditación y las pláticas, y dar por solucionado el problema. Pero para los comparativistas del derecho, la tarea es mucho más compleja, pues la solución debe provenir de su propia elaboración y no depender del entendimiento de la audiencia.

Por otro lado, discernir el significado de la ley requiere más que una mera interpretación literal de un texto. Cada sistema legal tiene su propio marco intelectual dentro del cual se ubica el lenguaje jurídico, y es sólo a través de este marco que pueden leerse de manera completa las leyes. Por el contrario, el derecho comparado tradicional se basa en la elección de una determinada área del derecho, así como es definida dentro de un sistema, para luego compararla con las supuestas áreas equivalentes dentro de otro sistema legal, considerando a los objetos en comparación como independientes de tales sistemas.

En el Viaje a Brobdingnan cuenta Gulliver las peculiaridades de sus leyes:

*“Ninguna ley de aquel país debe exceder en palabras el número de letras de su alfabeto, que sólo consta de veintidós. Pero, en realidad, muy pocas alcanzan ese número. Están redactadas en términos muy sencillos y claros, ya que aquella gente no es lo bastante despierta como para encontrar más de una interpretación a una palabra. Y escribir comentarios sobre alguna de las leyes es un crimen capital”.*

La gracia en la descripción de Swift del sistema legal de Brobdignag está en la imposibilidad de encontrar una simpleza tal en un sistema de leyes positivo. En realidad, las leyes de cada nación son complejas en contenido y en cuanto a su contexto e interpretación. Suele acusarse a los comparativistas de ignorar esta realidad y adoptar una perspectiva “a lo Brobdignag” de las leyes que estudian, que prescinde de las complejidades existentes.

Esto nos lleva a que existe una variable en derecho comparado que no debe ser desestimada: *el lenguaje*. Los comparativistas trabajan con leyes dictadas en diferentes idiomas y, en consecuencia, con palabras traducidas de distintos idiomas fuente. Como cuna de nuestra tradición intelectual, el lenguaje representa no sólo nuestros pensamientos, sino también nuestra cognición<sup>4</sup>. Goethe reflexionó que aquellos que no están familiarizados con un

<sup>4</sup> Ver FLETCHER, George P., *Basic Concepts of Legal Thought* (1996). Ver también BOHANNAN, Paul, *Social Anthropology* (1963) (“[A] language is not merely part of the culture, but it is also a reflection of the total culture. It is a reflection, more importantly perhaps, of the organization of that total culture”.

idioma extranjero no saben nada del propio. Si hay algo de cierto en esta observación, quizás también se pueda decir lo mismo respecto del derecho <sup>5</sup>.

*Sugerir, como en las leyes de Brobdingnag, que las oraciones no deben exceder un cierto número de palabras es una regla arbitraria. No hay forma de legislar, por ejemplo, el espacio apropiado entre dos puntos finales. En vez, los argumentos jurídicos serán convincentes no por la extensión de las oraciones sino por la validez de las construcciones jurídicas contenidas en ellos. Quizás el problema del lenguaje jurídico no radique en su tecnicismo o especificidad sino en la dificultad de los abogados de construir argumentos legales convincentes sin comprender la estructura del derecho.*

Critica entonces Swift el lenguaje del derecho y de los abogados:

*“Díjele que entre nosotros existía una sociedad de hombres educados desde su juventud en el arte de probar con palabras multiplicadas al efecto que lo blanco es negro y lo negro es blanco, según para lo que se les paga.”*

*“Asimismo debe consignarse que esta sociedad tiene una jerigonza y jerga particular para su uso, que ninguno de los demás mortales puede entender, y en la cual están escritas todas las leyes, que los abogados se cuidan muy especialmente de multiplicar. Con lo que han conseguido confundir totalmente la esencia misma de la verdad y la mentira, la razón y la sinrazón, de tal modo que se tardará treinta años en decidir si el campo que me han dejado mis antecesores de seis generaciones me pertenece a mí o pertenece a un extraño que está a trescientas millas de distancia”.*

En todas estas críticas subyace la visión según la cual la ley debe ser escrita para la gente común, para aquellos cuyas obligaciones la ley regula. Los abogados, en otras palabras, deben escribir de modo que los legos los comprendan. Esta proposición puede parecer inocente e inobjetable. Sin embargo, no se trata de escribir ni para abogados ni para legos, sino de escribir obedeciendo un principio diferente: el de escribir respetando las necesidades del pensamiento conceptual.

Las críticas al lenguaje de los abogados son varias: términos legales arcaicos, la corrupción de términos comunes asignándoles significados puramente jurídicos, puntuación pobre, oraciones demasiado extensas, etc. Sin

<sup>5</sup> GOETHE, J. W. von, *The Maxims and Reflections of Goethe*, n° 414, en 154 (B. Saunders trans. 1893).

embargo, las críticas van más allá del vocabulario y la estructura de las oraciones.

En opinión de algunos, el estilo apropiado sería el del ensayista, el periodista o el novelista. Por ejemplo, dentro del *Common Law*, es recurrente entre los críticos del lenguaje jurídico la referencia a las obras de Hemingway, en particular *The Sun Also Rises*, como modelo de escritura.

Los abogados que describe Gulliver han creado aparentemente un lenguaje secreto o esotérico, una especie de “doublespeak”. Quizás se base en el temor de que escribir de manera llana sea considerado síntoma de incompetencia profesional, o en la creencia de que perpetuará e incrementará la dependencia del público en los abogados.

Respecto de esta dependencia podemos citar la obra de Carlo Guinzburg, *El Queso y los Gusanos*, que describe los expedientes del proceso del molinero friulano conocido como Menochio, muerto en la hoguera en el siglo XVI después de una vida en el anonimato <sup>6</sup>. Estos expedientes nos dicen sobre Menochio: “Empezó denunciando la opresión que ejercían los ricos sobre los pobres mediante el uso, en los tribunales, de una lengua incomprendible como el latín: ‘Yo soy de la opinión que hablar latín es un desacato a los pobres, ya que en los litigios los hombres pobres no entienden lo que se dice y se hallan aplastados, y si quieren decir dos palabras tienen que tener un abogado’”.

Muchos sostienen que el motivo por el cual los abogados sufren una transformación al estilo *Dr. Jekyll and Mr. Hyde* al momento de expresarse está en que éstos tienen mayor interés en conservar su posición privilegiada que en comunicar eficientemente. El poder judicial es percibido como un culto secreto y el lenguaje del derecho como el modo de comunicación privilegiado de los iniciados, un lenguaje esotérico que protege su monopolio <sup>7</sup>.

Citamos aquí al economista Keneth Galbraith:

*“La complejidad y la obscuridad tienen valor profesional: son los equivalentes académicos del conocimiento de los constructores. Excluyen a los extraños, reducen la competencia y preservan la imagen de una clase privilegiada. El hombre que hace las cosas de manera clara es un detractor, y es menos criticado por su claridad que por su traición”* <sup>8</sup>.

<sup>6</sup> GUINZBURG, Carlo, *El queso y los gusanos*, Atajos, 3ª ed., Barcelona, 1999, p. 38.

<sup>7</sup> En la jerga del mundo jurídico anglosajón se ha bautizado a este lenguaje como “legalese”, asimilándolo a un idioma extranjero como podría ser, por ejemplo, “japanese”.

<sup>8</sup> Galbraith, *Writing, Typing & Economics*, Atlantic, Mar. 1978 en 102, 105.

Desde otra perspectiva, la explicación al complejo lenguaje de los abogados surge de la noción según la cual el lenguaje del derecho determina el modo en que los abogados perciben el mundo, la realidad. A diferencia del común de la gente, el abogado está acostumbrado a tratar con situaciones abstractas a las que subsume bajo reglas generales.

El lenguaje específico, desde esta perspectiva, tendría un efecto limitativo sobre la percepción. Esta es la hipótesis según la cual el origen de las variaciones en la forma de pensar y actuar de distintas sociedades se encuentra en las diferencias estructurales de sus lenguajes.

No obstante, podemos identificar inconsistencias en ambas explicaciones: identifican el problema con los abogados y el modo en que se expresan. Entonces, si seguimos estos lineamientos, esta dificultad podría ser superada si los abogados simplemente se rindieran ante el lenguaje del común de las personas.

Sin embargo, el lenguaje del derecho se estructura en torno a categorías más desarrolladas que aquellas del lenguaje oral o la literatura: las categorías del pensamiento conceptual<sup>9</sup>. Los conceptos jurídicos nos permiten encontrar en la diversidad de los hechos elementos que son similares en distintas maneras, y así facilitar al derecho su misión de resolver casos similares de manera similar.

El pensamiento conceptual está en la esencia de la ley. Los tribunales, ante una dificultad, deben valerse del concepto legal para determinar el significado de las palabras comunes. Es instructivo el ejemplo de Polonia luego de la Segunda Guerra Mundial. El gobierno polaco intentó redactar leyes tan claras que pudiesen ser leídas incluso por gente común y sin ningún tipo de preparación. Pero resultó evidente que, sin conceptos jurídicos, la aplicación de la ley era caprichosa y arbitraria.

Por eso, los conceptos jurídicos no pueden “traducirse” al lenguaje corriente recurriendo al tesoro, y es ilusorio proclamar que aquellos sin entrenamiento en el lenguaje jurídico podrían entender un documento legal sólo porque en su vocabulario se incluyen todas las palabras con las que tal documento está escrito. Las expresiones normativas constitutivas del orden jurídico están formuladas en términos provenientes del lenguaje natural. Y el lenguaje natural se encuentra compuesto por palabras que lejos de tener un significado preciso que abarque todos los casos posibles del término,

<sup>9</sup> Un ejemplo de la diferencia entre el lenguaje jurídico y el lenguaje propio de la literatura es la exposición de la connotación de los términos de esta última al cambio constante. Es cierto que en el lenguaje jurídico el contexto y la connotación también afectan el significado natural de las palabras, pero los factores contextuales se expresan usualmente en términos de finalidad de la ley o intención de las partes.

presentan un uso que puede estar abierto. Esta “textura abierta” que afecta al lenguaje natural también afecta al lenguaje jurídico, pues el derecho se expresa mediante el lenguaje natural.

La proliferación de nuevas áreas de práctica del derecho exige a los abogados familiarizarse con una cantidad cada vez mayor de normas, al tiempo que el conocimiento del todo se torna difuso y cada vez más superficial. Lamentablemente, esta dificultad se traslada a la enseñanza del derecho, que ya no pone el énfasis necesario en el conocimiento sistemático del derecho.

El estudio del derecho comparado, descubriendo la estructura de un sistema jurídico concreto al compararlo con otro y la diversidad de soluciones a un mismo problema, nos ayuda a suplir algunas falencias y contribuye cuantiosamente a nuestro conocimiento sistemático del derecho. Además, el derecho comparado nos permite entender que las diferentes soluciones jurídicas a un problema no son arbitrarias sino que una solución jurídica es correcta cuando resulta convincente dentro del marco de un sistema jurídico determinado. Para concluir, cabe citar a J.S. Mill:

*“Difícilmente pueda sobrevalorarse la importancia de situar a los seres humanos en contacto con personas distintas a sí mismos, y con modos de pensar y actuar que difieren de aquellos con los que están familiarizados. ...Tal comunicación ha sido siempre... una de las fuentes principales del progreso”*<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> MILL, John Stuart, *Principles of Political Economy* (1848).