

# EL "DERECHO COMPARADO", TÉCNICA JURÍDICA DOGMÁTICA O HISTORIA JURÍDICA COMPARADA\*

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN \*\*

SUMARIO: I. *Introducción*. 1. *Una elección terminológica*. 2. *Cierta perplejidad*. 3. *Razón de orden*. II. *Presupuestos*. 1. *Sobre la ciencia del derecho*. 2. *Sobre la historia del derecho*. III. *Una extraña paradoja*. IV. *El problema*. 1. *La cuestión fundamental*. 2. *El "derecho comparado" como disciplina jurídica*. V. *Interpretación y confrontación*. 1. *Lectura*. 2. *Marco de referencia y transcripción*. VI. *Comparación jurídica y explicación del derecho*. VII. *El modelo doctrinal*. 1. *El "derecho comparado" no es estudio del derecho extranjero*. 2. *El modelo doctrinal: marco de referencia*. 3. *Modelo doctrinal y relaciones relevantes*. VIII. *Relaciones entre instituciones y órdenes jurídicas*. IX. *Tipos de relaciones*. X. *La mecánica de la comparación: esquema*. XI. *Derecho histórico: necesidad de un criterio de identidad y existencia del derecho*. XII. *Epílogo*.

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. *Una elección terminológica*

La pregunta "¿qué es derecho comparado?" ha tenido respuestas sorprendentes.<sup>1</sup> Una respuesta de carácter extremo, pero no insólita, es

\* Este ensayo es una versión revisada de mi conferencia "El 'derecho comparado, técnica jurídica dogmática o historia jurídica comparada" pronunciada dentro de las mesas redondas en homenaje al maestro Héctor Fix-Zamudio en su XXX aniversario como investigador, organizadas por el Instituto de Investigaciones Jurídicas el 23 de octubre de 1986.

\*\* Investigador de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, profesor de introducción al estudio del derecho y teoría general del Estado en la Facultad de Derecho de la misma universidad. Licenciado en derecho (1967, Facultad de Derecho, UNAM, *Dr. iur.* (1970): *Faculté de Droit et Science Economiques, Université de Paris*). Jean Monnet Fellow 1985-1986: *Istituto Universitario Europeo (European University Institute)*, Florencia.

<sup>1</sup> "Los comparatistas en todo el mundo... se encuentran aún en estado de experimentación." Zweiger, Konrad, "Methodological Problems in Comparative Law", *Israel Law Review*, vol. VII, núm. 4, 1972, p. 465. Ver el trabajo de Kohler, J., "Rechtsphilosophie und Rechtsvergleichung", en *Archiv für Rechts-und Wirtschaft Philosophie*, vol. I, 1907-8; Drobing, V., "Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie",

que no existe.<sup>2</sup> En el otro hemisferio de respuestas se vive un enconado debate. Sin embargo, dentro de la rapsodia de posturas y opiniones que están presentes en esta contienda, un punto es unánimemente admitido: la expresión "derecho comparado" es vaga, ambigua y equivoca y, por tanto, fuente inagotable de perplejidades. Frente a esta imprecisión una cosa, al menos, es clara: no obstante el tenor de la expresión, se admite que no existe ninguna rama del derecho positivo nacional o internacional (en el sentido en que los juristas hablan de "derecho civil", "derecho administrativo", etcétera) que se denomine "derecho comparado".<sup>3</sup>

La equivocidad de la expresión fue rápidamente advertida. Probablemente por esa razón los juristas de habla alemana la evitaron. Ellos usan el término (*die*) *Rechtsvergleichung*, el cual connota un proceso de comparación (la acción de comparar *derecho*). Con esta terminología no sólo se evitan algunas de las perplejidades que crea la expresión "derecho comparado" (en particular está exenta de cualquier implicación sobre la existencia de un conjunto de normas que constituyan una rama del derecho positivo), sino porque, además, alude a la confrontación de órdenes o instituciones jurídicos (actividad a la cual piensan los juristas cuando hacen uso de estas expresiones). Por esta razón (y otras aún no explicitadas) preferiré la expresión "comparación jurídica" a la de "derecho comparado". (Para los efectos de este trabajo dichas expresiones serán tratadas como equivalentes.)

## 2. Cierta perplejidad

Una respuesta frecuentemente dada a la pregunta "¿qué es el derecho comparado?" es que éste no es sino un método de estudio o de investigación, *just out court!* Esta es una respuesta persistente, casi típica de los "comparatistas" (quizás intuitivamente correcta). Sin embargo, la perplejidad aparece cuando uno inquiera por las características de este método o de esta técnica. La pregunta queda prácticamente sin respuesta. No se encuentran rasgos distintivos. Por ejemplo, se declara

en *Rabel's Zeitschrift für aus ländischen und internationales Privatrecht*, vol. XVIII, 1953, pp. 301 y ss; Zweiger, K., "Die soziologische Dimension der Rechtsvergleichung", en *Rabel's Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. XXXVIII, 1974, pp. 299-316.

<sup>2</sup> Cabe señalar que algunas de estas posturas recurren con frecuencia a trampas lingüísticas o se limitan con señalar un mero problema terminológico.

<sup>3</sup> Véase Watson, Alan, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Edinburgo, Scottish Academic Press, 1974, p. 1.

que "el método llamado derecho comparado puede ser usado para una variedad de propósitos prácticos y académicos". Esta respuesta, por extraño que parezca, no es de ningún desconocido, sino del profesor R.B. Schlesinger, autor de un celebrado libro de derecho comparado.<sup>4</sup> René David no es más explícito; señala en su no menos famoso *Traité élémentaire de droit civil comparé*,<sup>5</sup> que el derecho comparado es precisamente el método comparativo aplicado en el campo de las ciencias jurídicas.

Pareciera que para los "comparatistas" el "derecho comparado" fuera algo obvio y, por ello, dan respuestas más o menos triviales: comparar derecho es cotejar, confrontar, enfrentar, parangonar derecho... no es difícil. Claro que si esto fuera el "derecho comparado", si en esto consistiera la comparación jurídica (en el sentido de *Rechtsvergleichung*), entonces no se necesitaría aprenderlo. No se justificarían ni cursos ni lecciones. No tendría sentido ocuparse de él.<sup>6</sup>

### 3. Razón de orden

En este trabajo me propongo describir qué cosa es el "derecho comparado" desde el punto de vista de la filosofía del derecho contemporáneo. Si bien la exposición expresa mis ideas sobre el particular, este trabajo puede inscribirse en la corriente de teoría jurídica representada, en la actualidad, por los profesores Alan Watson y Peter Stein.<sup>7</sup>

Voy a defender la siguiente tesis: el "derecho comparado" o, mejor, la comparación jurídica, es técnica jurídico dogmática o historia jurídica comparada (o ambas).

La parte fuerte de la tesis reza así: si el "derecho comparado" no es técnica jurídico dogmática o historia jurídica comparada entonces es inocua, en nada sirve a la descripción del derecho; en lo que al conocimiento jurídico se refiere, es irrelevante.

<sup>4</sup> *Comparative Law*, Brooklyn, 1970.

<sup>5</sup> París, 1950.

<sup>6</sup> Los viejos juristas normalmente más eruditos y más conocedores de historia del derecho, ofrecían respuestas más razonables. Ver el trabajo de E. Lamber (*Encyclopedia of the Social Sciences*, Mac Millan, Londres 1931, *Histoire comparative en La fuction du droit civil comparé*, t. I., París, 1903), en donde se alude a la idea de que ciertos principios son comunes a todo sistema jurídico ("supra doctrina" "doctrina supranacional"). Sobre este tipo de doctrina hablaremos más adelante.

<sup>7</sup> Además de la obra de Watson ya citada (*supra* nota 3), véase: *The Nature of Law*, (Edimburgo, Edinburgh University Press, 1977). De Peter Stein, véase particularmente *Legal Evolution. The Story of an Idea*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980, y (en colaboración con John Shand) *Legal Values in Western Society*, Edimburgo, Edinburgh University Press, 1974.

Mi exposición asume que si lo que se busca con la comparación de instituciones y órdenes jurídicos es un mejor entendimiento del derecho, entonces la comparación no se sino parte de la descripción de la experiencia jurídica: tarea de la jurisprudencia dogmática.

Este punto de partida presupone un entendimiento claro de la ciencia del derecho o dogmática jurídica, y de la historia del derecho, y de las relaciones que éstas guardan con la filosofía del derecho. Problemas de los que no me puedo ocupar aquí. Para los efectos de este trabajo basten las siguientes consideraciones:

## II. PRESUPUESTOS

### 1. Sobre la ciencia del derecho

La dogmática jurídica (o ciencia del derecho) puede caracterizarse como la disciplina<sup>8</sup> comúnmente denominada "doctrina", que determina y describe el material tenido por derecho, sin cuestionar su validez.<sup>9</sup>

Aunque *prima facie* este enfoque pueda verse un tanto inconoclasta (particularmente *vis á vis* la obra de los "comparatistas"), en realidad es más ortodoxo de lo que pueda suponerse. De hecho, esta concepción no hace sino continuar el *standard work* de la jurisprudencia dogmática.<sup>10</sup>

Ahora bien, sobre este problema es oportuno mencionar una tesis que será presupuesta en el curso de este ensayo: la explicación jurídica, propiamente hablando, se lleva a cabo sólo por la ciencia jurídica, i.e. por la dogmática jurídica. Esto implica que no exista explicación jurídica *modo normativo* (o si se prefiere, modo deóntico) por fuera de la jurisprudencia dogmática.<sup>11</sup>

En este ensayo me ocupo de la ciencia jurídica, i.e. de la dogmática

<sup>8</sup> Oficio intelectual que alguien practica siguiendo cánones reconocidos.

<sup>9</sup> Véase, Tamayo y Salmorán, R., *El derecho y la ciencia del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, p. 143; *id.*, *Introducción al estudio de la Constitución*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986, p. 241.

<sup>10</sup> Con estas frases vinculaba Hans Kelsen su doctrina con la escuela de la *Allgemeine Staatslehre* (ver *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, *Vorwort*). (Existe versión española de Legaz Lacambra, Barcelona, Labor 1953; reimpresa por Editora Nacional, México, 1959.)

<sup>11</sup> Ver Tamayo y Salmorán, Rolando, "Legal Explanation", en *Working Papers*, Florencia, Istituto Universitario Europeo, 1986; *id.*, "Enunciati giuridici e loro proba empirica di falsificabilità", en . . . (Bolonía) . . . *id.*, *Il modello storico della scienza giuridica*, en *Materiali* . . . (Milán) (Desde la *interpretation prudentium* . . . exponer de como los juristas han descrito el derecho . . .).

jurídica, desde un punto de vista *descriptivo*. Para acomodar mis tesis no pretendo introducir un nuevo modelo de ciencia jurídica. Aquí hablaré, no de alguna nueva ciencia jurídica que tenga en la cabeza, sino de la ciencia jurídica que existe *hic et nunc*.

## 2. Sobre la historia del derecho

Con "historia del derecho" me refiero a los hechos de la *experiencia* jurídica, a los actos que crean, aplican o modifican el derecho positivo nacional o internacional y a sus instituciones específicas, no a una simple "documentología" o cronología jurídicas. Pienso en la historia interna —haciendo uso de la tradicional dicotomía de los romanistas—, no en la externa. Ésta, si bien indispensable para entender el contexto, ideología normativa, etcétera, se ha convertido, en realidad, en un cómo subterfugio para aquellos que, no pudiendo describir el funcionamiento del derecho, hablan de anécdotas. Así, en vez de derecho colonial, se habla de virreyes; en lugar de derecho constitucional... se habla de... constituyentes... héroes... o presidentes.

Teniendo en cuenta lo anterior, estas líneas pueden considerarse un análisis fragmentario de la ciencia jurídica y sus métodos (*i.e.* la comparación). Desde este punto de vista, el jurista puede concebir este trabajo como un ensayo de filosofía jurídica analítica en tanto se ocupa del esclarecimiento del conocimiento del derecho (y no de la descripción de un derecho específico nacional o internacional).<sup>12</sup>

## III. UNA EXTRAÑA PARADOJA

La historia de la ciencia jurídica muestra que la comparación entre instituciones y órdenes jurídicos ha existido desde tiempos remotos. Disponemos de bellos ejemplos de la antigüedad clásica: las *Nomos* de Teofrasto; las *Historiae* de Herodoto. Particularmente importante es el libro VI de las *Historiae* de Polibio, así como la *Germania* de Tácito. Ahora bien, la comparación ha sido realizada (y sigue siendo realizada) fundamentalmente por los juristas. Sin embargo, a ninguno de ellos preocupó dar cuenta de la comparación; probablemente porque hacían lo que siempre habían hecho: describir el orden jurídico (o parte de él) de conformidad con los cánones de la interpretación jurídica. Únicamente a esta descripción habrían de añadir los resultados

<sup>12</sup> En el sentido en que lo entiende H.L.A. Hart (ver *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1972, p. vii).

(tendencia, evolución, alcance) de tal confrontación. A ninguno de estos juristas, los cuales han dado cuenta del derecho de occidente, se le ocurre llamarse “comparatista” (pienso en Friedrich von Savigny, Rudolf von Ihering, Otto von Gierke, Henri Lévy-Bruhl, Rafael Altamira, Francesco Calasso, Sir Poul Vinogradoff, Fritz Schultz, P. Koschaker, F. Wieaker, R. Bonini y tantos otros). Nadie pensaba que pudiera haber una “disciplina” que se denominara “derecho comparado”.

La cuestión se presentó cuando, de pronto, surgió un gremio de “comparatistas”, los cuales, en vez de hacer comparaciones de órdenes o instituciones jurídicas como solían hacer los demás juristas, se dedicaron a hablar de la “naturaleza”, “importancia”, “métodos”, etcétera, del llamado “derecho comparado”.

#### IV. EL PROBLEMA

##### 1. *La cuestión fundamental*

¿Constituye el “derecho comparado” una disciplina jurídica? Si es el caso, ¿de qué tipo?, ¿es una disciplina teórico-analítica?, ¿jurídico dogmática?, ¿o acaso histórico descriptiva?

##### 2. *El “derecho comparado” como disciplina jurídica*

¿Cuáles son las condiciones o características que deben tomarse en cuenta para considerar al “derecho comparado” como una disciplina jurídica o parte de ella? Para resolver esta cuestión debe explicitar más la tesis que defiende; su núcleo es el siguiente: la comparación jurídica en tanto técnica que permite la descripción de las instituciones jurídicas, si es apropiada, es o parte de la dogmática jurídica o historia jurídica comparada (o ambas).

¿En qué sentido se relaciona “el derecho comparado” con la dogmática jurídica o con la historia del derecho? La respuesta es simple (casi trivial). Un claro entendimiento de las disposiciones jurídicas que constituyen una institución jurídica cualquiera presupone el manejo de los conceptos, nociones, ideas y tradiciones jurídicas que conforman dicha institución (que yacen detrás de dicha institución). Pues bien, los conceptos, nociones, dogmas o presupuestos que conforman una institución jurídica son suministrados por la dogmática jurídica (ella constituye la doctrina aplicable a dicha institución).

El origen, desarrollo y funcionamiento de una institución son explicados por la historia del derecho. Ciertamente, la historia del derecho para describir cada *momentum* o cada instancia de una institución jurídica tiene que tomar en cuenta la doctrina que la "explica".

Posiblemente puede decirse (y con razón) de tal descripción (dogmática) o de una historia jurídica así, que es muy técnica, que ignora otros aspectos que... en suma que es reduccionista, que sólo tiene como propósito esclarecer conceptos y técnicas jurídicas que interesan únicamente a juristas, jueces y abogados, etcétera. Esto puede ser cierto (con alguna exageración);<sup>13</sup> pero, como decía Rudolf von Ihering, para contar esta historia —*si se quiere contar esta historia*— hay que conocer derecho.

## V. INTERPRETACIÓN Y CONFRONTACIÓN

### 1. *Lectura*<sup>14</sup>

El material jurídico se encuentra escrito, por decirlo así, en caracteres codificados; para leerlos es necesario descifrarlos. El "código" (en el sentido de vocabulario de un léxico) para tal "lectura" es proporcionado por la dogmática jurídica y su historia.

Es indispensable conocer las "convenciones lingüísticas" que gobiernan el uso de los *nomina iuris* para comprender su significado. E igualmente, es imprescindible conocer su *momentum* para entender su alcance. Dogmática e historia son, así, la clase para entender una institución jurídica.

### 2. *Marco de referencia y transcripción*

Una vez descifrados, estos caracteres deben ser ponderados dentro de un marco donde dichos caracteres sean contrastables, dentro de un

<sup>13</sup> Más bien podría decirse lo contrario. Las instituciones jurídicas positivas son la piedra de toque para el estudio de la historia institucional. ¿Sin las fuentes jurídicas (en el sentido de fuentes históricas) como podría apreciarse las ideas imperantes; como podrían rastrearse aquellas ideologías o ideas fuerza que llegaron a imponerse? En otro lugar he mostrado que las ideas políticas que han devenido el ideal político del mundo occidental no eran en su origen sino doctrinas jurídicas. (Véase *La jurisprudencia y el ideal político*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1979.)

<sup>14</sup> Sobre la "lectura" jurídica que realiza la dogmática jurídica, véase mi artículo "Il modello storico della scienza giuridica" (Milán).

marco de referencia común. Voy a llamar a este marco de referencia: "el modelo doctrinal" (sobre la naturaleza y la necesidad de este modelo hablaré más adelante).

Sólo debidamente "descifrados" (de acuerdo con su propio aparato semántico) y adecuadamente "traducidos" al lenguaje del modelo doctrinal, pueden compararse instituciones pertenecientes a distintos órdenes jurídicos.

## VI. COMPARACIÓN JURÍDICA Y EXPLICACIÓN DEL DERECHO

La comparación de órdenes e instituciones jurídicas ha sido "natural", no sólo a la actividad dogmática, sino a la misma teoría general del derecho. Para esclarecer este último punto permítaseme introducir el principio de universalidad de la explicación jurídica. De conformidad con este requerimiento metateórico, una teoría jurídica (en el sentido de partes de la ciencia) es adecuada si es "verdadera" para todos aquellos casos intuitivamente claros de derecho nacional o internacional. Ahora bien, como una teoría jurídica, si es correcta, debe ser "verdadera" para todo sistema jurídico, ésta tiene que hacer a un lado aquellas características que sólo ciertos órdenes jurídicos tienen, en virtud de especiales condiciones (sociales, económicas, culturales) de la comunidad en cuestión. Esta es la diferencia que existe entre filosofía jurídica,<sup>15</sup> por un lado, e historia y sociología del derecho, por el otro. Estas últimas disciplinas se ocupan de lo contingente y particular; la primera; de lo necesario y "universal".<sup>16</sup>

Como es fácil observar, la operación de este criterio de universalidad presupone la comparación jurídica entre órdenes e instituciones; comparación que es proporcionada por la dogmática y su historia.

## VII. EL MODELO DOCTRINAL

### 1. *El "derecho comparado" no es estudio de derecho extranjero*

Es necesario distinguir "el derecho comparado" o, mejor, la compa-

<sup>15</sup> En el sentido de teoría general del derecho (*general jurisprudence*). Ésta no debe ser confundida con la exposición crítica de un orden jurídico particular. La teoría del derecho (*jurisprudence*) "... se ocupa directamente de los principios y distinciones comunes a varios sistemas de derecho positivo...". Austin, John, "Outline of the Course of Lectures", en *The Province of Jurisprudence*, Nueva York, Burt Franklin, 1970 (reimpresión de la edición de Dumon, Londres, 1861), p. lix.

<sup>16</sup> Véase Raz, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral* (trad. de Rolando Tamayo y Salmorán), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985 (1982), p. 137.

ración jurídica, del mero estudio del derecho extranjero. Estudiar un derecho extranjero no significa realizar una comparación jurídica.<sup>17</sup>

Así, por ejemplo, un estudio sobre la Suprema Corte de Estados Unidos que se limite a describir el derecho y la práctica constitucional de ese país, es un estudio de derecho constitucional estadounidense. Similarmente, el estudio de institutos de diversos ordenamientos jurídicos puede conducir a una descripción de institutos "país por país", pero no a una comparación jurídica.<sup>18</sup>

## 2. *El modelo doctrinal: marco de referencia*

Para que se pueda hablar de una comparación jurídica en un sentido dogmático relevante es presupuesto indispensable que las instituciones jurídicas sean consideradas no dentro del marco de otro derecho (como erróneamente repiten los "comparatistas"). Una vez interpretado el material a comparar de conformidad con el *corpus* respectivo de doctrina, las características de estas instituciones deben ser confrontadas dentro del marco de un modelo o cuadro de referencia, el cual es construido doctrinalmente.

Un ejemplo puede aclarar lo anterior; pensamos en el caso del *ombudsman* sueco y del defensor español. Después de *seleccionar*, con la ortodoxia que impone la dogmática, el material jurídico que constituye el instituto en cuestión y después de entender su alcance y significado, de conformidad con las nociones de la doctrina que la explica y la tradición jurídica que la comprende (por ejemplo, el parlamentarismo sueco, la tradición jurídica escandinava...), se procede a traducir, —para *comparar* (evaluar)— los resultados de esta descripción dentro de una doctrina constitucional aplicable a la tutela de derechos. ¿Qué sentido tendría estudiar el *ombudsman* sueco dentro del marco de unos cuantos artículos de la constitución española?

Supongamos que deseamos comparar la institución del *plea guilty* estadounidense con el allanamiento de nuestro sistema. Después de seleccionar el material jurídico relevante y de interpretar su significado, de conformidad con las nociones de la doctrina y la tradición jurídica respectivas, dichas instituciones (*plea guilty* y allanamiento) son puestas en *relación*, en confrontación, dentro de un apropiado mo-

<sup>17</sup> Ver Watson, Alan, *Legal Transplants*, cit., p. 4; Vergottini, G., *Diritto costituzionale comparato*, Padua, Cedam; Ancel, Marc, *Utilité et Méthode du droit comparé*, Neuchatel, 1971.

<sup>18</sup> Vergottini, G., *Diritto costituzionale comparato*, cit., pp. 3 y 4.

delo de proceso jurisdiccional dispositivo donde se distingan y consideren los alcances y los efectos de los actos de las partes.

Asimismo, sólo dentro del marco de una apropiada teoría del proceso puede ser entendida (por otros) la noción de “quejoso” del amparo mexicano y de ahí, también, que podamos aplicar todos los predicados de “actor” que convengan a “quejoso”.

Los ejemplos pueden multiplicarse, pero no es el propósito de este trabajo.

### 3. *Modelo doctrinal y relaciones relevantes*

Resulta prácticamente evidente que sólo dentro del marco de referencia que constituye el marco doctrinal pueden ser establecidas *relaciones relevantes* entre instituciones y órdenes jurídicos. Y es precisamente sobre la base de estas relaciones que es posible formular clasificaciones y taxonomías.

## VIII. RELACIONES ENTRE ÓRDENES E INSTITUCIONES

Únicamente dentro de un marco doctrinal apropiado pueden ser puestos en *relación* distintos órdenes o instituciones jurídicos. Y son precisamente estas *relaciones* las que constituyen el objeto de análisis del derecho comparado, al cual ahora podemos caracterizar como la disciplina jurídica que tiene como objeto específico la construcción de un modelo doctrinal aplicable a familias de instituciones y el estudio de las *relaciones* entre órdenes e instituciones jurídicos.

Esta caracterización, insisto, es estrictamente descriptiva; no hace más que analizar la comparación que se produce en las obras en que se expone la evolución de las instituciones jurídicas del mundo occidental.

Ahora bien, si el derecho comparado es el estudio de las relaciones entre órdenes e instituciones jurídicas y la construcción de doctrina aplicable a clases de institutos, de esto se sigue que ahí donde estas relaciones (jurídicamente relevantes) no se presentan o esta doctrina no se formula, entonces no hay objeto del derecho comparado.<sup>19</sup>

Algunos autores subrayan la importancia de las relaciones (con las cuales se crean familias y genealogías de instituciones), pero no pasan por alto la doctrina. El estudio de las relaciones sería sólo historia comparada.

Es claro que cualquier de estas relaciones (la razón de sus semejan-

<sup>19</sup> Véase Watson, Alan, *Legal Transplants, cit.*, pp. 6-9.

zas o diferencias) sólo es perceptible a través del estudio de la historia de los órdenes jurídicos y sus instituciones. Es en este aspecto en que el derecho comparado es historia del derecho (en el sentido que quedó explicado en la "Introducción"). Sin embargo, el derecho comparado no puede ser considerado sólo una rama de la historia del derecho (la historia jurídica comparada). El derecho comparado es algo más. A partir del material confrontado, a partir del análisis de estas relaciones, uno está en situación de entender los factores que conforman y guían la evolución y transformaciones de las instituciones jurídicas del derecho en general. Este es el propósito del derecho comparado como disciplina jurídica, que, en tanto tal, no persigue sino un mejor entendimiento del derecho.

De esta forma, la descripción dogmática y la historia comparada son los componentes fundamentales de una disciplina que, sin ser sólo la suma de aquéllas, busca establecer, mediante la formulación de hipótesis o teorías generales (doctrinas), el ritmo, las tendencias, las etapas y leyes que gobiernan la evolución de las instituciones y órdenes jurídicos.

Una disciplina así se encuentra muy cercana de la filosofía y a la sociología del derecho, así como de la etnología y antropología jurídicas.

## IX. TIPOS DE RELACIONES

Las relaciones jurídicas relevantes que se establecen en la comparación jurídica pueden ser de diversos tipos, de los cuales no puedo ocuparme aquí. Simplemente mencionaré las dos relaciones que considero las más importantes: 1) las relaciones histórico-genealógicas y 2) las relaciones funcionales o profundas (*inner relations*).<sup>20</sup>

Las sociedades contemporáneas, ciertamente, pueden innovar grandemente en sus sistemas políticos, administrativos y, aun, económicos. En cuanto al derecho, el grado de innovación es sensiblemente menor. Sus constituciones, sus leyes y, en particular, su derecho privado, son tomados de otros, y éstos, de otros, en una larga historia de formulaciones y adaptaciones. De ahí que un conocimiento claro del origen, así como de las razones de sus cambios y alteraciones, es indispensable para conocer las instituciones jurídicas.

En cuanto a las relaciones funcionales, éstas dependen de las "ta-

<sup>20</sup> En el sentido de F. Pringsheim (ver "The Inner Relationship between English and Roman Law", en *Gesammelte Schriften*, Heidelberg, vol. I, 1961, p. 77.)

reas” fundamentales que realizan los órdenes jurídicos a través de sus instituciones. Sobre este particular participo de la opinión de que si la variedad de legislaciones y costumbres permite pensar en la existencia de una inmensa variedad de instituciones y sistemas, la historia jurídica comparada nos enseña que, si bien el lenguaje del derecho puede ser infinito en “lenguas”, sus temas son reducidos en número.<sup>21</sup>

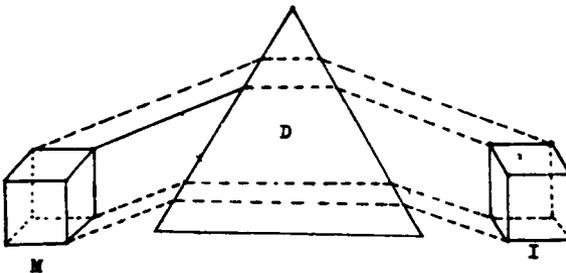
## X. LA MECÁNICA DE LA COMPARACIÓN: ESQUEMA

En este espacio me propongo presentar un esquema *grosso modo* (*ma non troppo*) de la comparación jurídica.

Empecemos con insistir en el hecho de que el lenguaje en que, por así decirlo, se encuentran “escritas” las instituciones jurídicas (cualquiera que éstas sean) sólo puede ser *adecuadamente* entendido a través de su propia semántica (y el análisis de sus uso y contextos pragmáticos). Esto es, la “lectura” apropiada de las normas que constituyen y rigen el funcionamiento de un determinado instituto jurídico, sólo es posible si se tiene presente el *corpus* de doctrina, el cual proporciona a tales institutos (o al lenguaje en que se encuentran “escritos”) su *sentido específico*.

Esto puede fácilmente apreciarse en el siguiente diagrama en el cual se representa cómo se reformula (interpreta) el material jurídico a través del “prisma” de su doctrina:

DIAGRAMA 1



<sup>21</sup> Véase mi artículo “The Judicial Litigation in Early State and the Evolution of the Legal Process. (The Homeric City)”, en Claessen, H.J.L. y van de Velde, P. (eds.), *Development and Decline - The Evolution of Political Organization South*, Hadley, Mass., Bergin Publishers 1985, pp. 311-321, reproducido en mi libro: *El derecho y la ciencia del derecho*, cit., pp. 168-196, véase especialmente pp. 174 y 175.

Hasta aquí la comparación no es sino una "lectura" simple del material jurídico, una "descripción" de parte de un derecho nacional o internacional, tal y como lo hace cualquier jurista dogmático. Pero, una vez que estas "lecturas" han sido realizadas, es necesario confrontar sus sentidos, alcances y características (en suma, apreciar su *sentido relativo*) dentro de un marco en donde puedan ser comparados "lenguajes" de este tipo. Es ahí donde sus características descritas serán relevantes; es necesario ubicarlos dentro de un marco conceptual apropiado. Éste constituiría una doctrina común a una familia de instituciones, *la doctrina*, una doctrina supranacional, como lo ha sido para ciertas familias de derechos la jurisprudencia romana. (Véase diagrama 2.)

En el diagrama 2 claramente se aprecia que los prismas no son (necesariamente) iguales y que no observan el material desde el mismo ángulo (perspectiva). A veces magnifican ciertas características, a veces las minimizan; otras, las ignoran. Los resultados de la interpretación dogmática, sin embargo, son *puestos en relación* dentro de un marco de referencia tal, haciéndoseles aplicable una doctrina común.

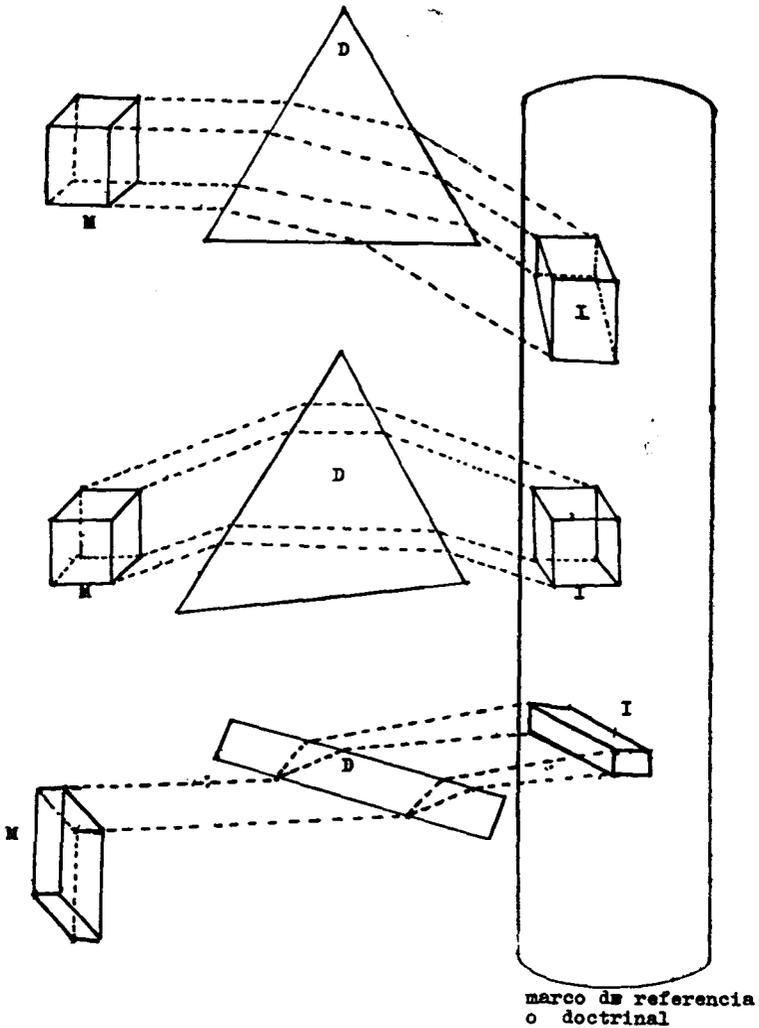
Sólo de la forma descrita puede ser "transportable" la doctrina a otro sistema (*i.e.* a otro orden jurídico, con otra doctrina y tradición jurídicas). Es por ello que (particularmente en el derecho civil) no es sorprendente el uso de frases como: "según la doctrina francesa", "de conformidad con la doctrina italiana", etcétera.

La doctrina, en tanto aparato semántico (*i.e. interpretativo*), es en principio, exclusiva. Se constituye para "leer" (identificar, seleccionar, reformular) el derecho que se tiene que aplicar. La formulación de la doctrina (principios, definiciones, reglas hermenéuticas, etcétera) la he explicado ampliamente en otro lugar;<sup>22</sup> de esto no puedo ocuparme aquí. Baste señalar que los principios, conceptos, reglas que constituyen la doctrina, son exclusivas del material jurídico considerado. Su funcionamiento se encuentra claramente descrito en el célebre pasaje de Paulo: "...*non ex regula ius sumatur, SED EX IURE QUOD EST REGULA FIAT. . . et ut ait Sabinus, quiasi causa conectio ets, quae simul cum in aliquo vitata est PERDIT OFFICIUM SUUM*".<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Sobre este particular véase mi libro: *El derecho y la ciencia del derecho, cit.*, pp. 139-150, en esp. pp. 145-148. Véase, también Alchourrón, Carlos y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974.

<sup>23</sup> *D. 50, 17.1* (... no es en virtud del principio —*regula*— por la que el derecho es tenido (como tal)... es en razón del derecho (positivo) por el que el principio es establecido).

DIAGRAMA 2



La exclusividad de la doctrina se supera en un nivel ulterior, en el nivel de la doctrina común, a la cual se aplican los mismos requerimientos que señala Paulo, si es que no quiere "[perdere] *officium suum*".

Para que la doctrina no sea una mera elucubración tiene que estar anclada en la historia, i.e. en la experiencia jurídica positiva.

## XI. DERECHO HISTÓRICO: CRITERIO DE IDENTIDAD Y EXISTENCIA

Únicamente el estudio de los órdenes jurídicos positivos, i.e. de los hechos jurídicos garantiza una doctrina libre de tentaciones metafísicas. Limitándose a la constatación (descripción y análisis) de hechos situados en el espacio y en el tiempo, el jurista describe el derecho de este mundo. Este es el sentido positivista del requerimiento metateórico de la regla de Paulo.

Puede ser que para la dogmática civil, en especial esta descripción de la comparación jurídica, no sorprenda en absoluto; es más, es probable que le sea bastante familiar. Esto no es de extrañar. Baste recordar que para la descripción de sus instituciones (algunas milenarias) la dogmática civil cuenta con una doctrina prácticamente *supranacional* (formada a través de la descripción de diversos ordenamientos nacionales).

Exceptuando a la dogmática procesal, la dificultad se les presenta a los iuspublicistas. Esto le ocurre en especial al constitucionalista, más proclive a la apologética constitucional y a la historia de las instituciones (y acontecimientos nacionales) que a la descripción del derecho constitucional positivo. Una de las razones, *inter alia*, de esto es la insuficiencia o carencia de un claro criterio de identidad y existencia (positiva) que le permita determinar qué parte del orden jurídico en cuestión es la constitución del sistema.<sup>24</sup>

Por el contrario, los privatistas, así como los procesalistas, en razón de su relación con la práctica profesional y más estrecho contacto con la actividad judicial, están más cerca de describir el derecho *que existe*. No les son extrañas las nociones de 'vigencia', 'validez', 'inexistencia', 'preclusión', 'prescripción', 'desuso', 'costumbre', '*res judicata*', 'laguna' etcétera, las cuales —mediante su simple aplicación— proporcionan

<sup>24</sup> Sobre la determinación del derecho constitucional y la aplicación de un criterio de validez para el derecho constitucional, véase mi libro: *Introducción al estudio de la constitución*, cit., pp. 279-320.

a los juristas un criterio suficiente para identificar el derecho que existe, el que aplican partes y tribunales.

De todo esto se sigue que la comparación jurídica presupone una clara determinación del *derecho existente*. La comparación jurídica no puede limitarse a coleccionar y confrontar textos, por ejemplo, documentos "constitucionales"; éstos pueden ser una simple hoja de papel, o una mera "constitución" semántica, para usar la celebrada expresión de Karl Löwenstein,<sup>25</sup> y las "constituciones" latinoamericanas normalmente lo son. (El problema no es describir derecho legislado, el problema es tratar como derecho, simples palabras de un texto.) En ocasiones, por ejemplo, el constitucionalista se limita a hablar del texto y cuando éste "se acaba", en vez de usar conceptos como 'eficacia', 'derogación', 'costumbre', etcétera, para describir la experiencia jurídica, se contenta con oponer al texto "la realidad", la cual es jurídicamente inefable, inaprehensible.<sup>26</sup>

Sólo mediante la adecuada identificación del derecho es posible determinar la doctrina jurídica que se le aplica. De esta forma se evita el uso de meras ideologías o conjeturas en la interpretación del derecho

## XII. EPÍLOGO

Recapitulando, me atrevo a decir que la comparación de órdenes jurídicos o de las instituciones que lo componen se inicia con la selección del material jurídico mediante los procedimientos adecuados de individuación de normas y disposiciones jurídicas. Asimismo, se debe caracterizar este material de conformidad con nociones claras de 'orden jurídico', 'validez', 'eficacia', etcétera, las cuales proporcionarán un primer criterio de identidad y existencia del derecho positivo. Este primer momento, el cual, como ya señalé, no es diferente de cualquier reformulación dogmática del material jurídico, permite, entre otras cosas, determinar la adecuación del marco doctrinal de referencia.

Si la comparación quiere ser dogmática relevante, ésta requiere de un marco de referencia, de un paradigma doctrinal —como diría Thomas Khun—. <sup>27</sup> Este marco doctrinal permitirá determinar si estos insti-

<sup>25</sup> Ver Löwenstein, Karl., *Verfassungslehre*, J.C. Mohr. (Paul Srebeck) Tubinga 1959. (Existe traducción española de Alfredo Gallego Ausbitarte: *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1970, p. 218.)

<sup>26</sup> Sobre este particular véase mi libro: *Introducción al estudio del derecho constitucional*, cit., pp. 147-248.

<sup>27</sup> Véase Khun, Thomas S., *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, Chicago University Press, 1962. (Existe traducción española de Agustín Contin:

tutos son comparables. Los materiales jurídicos deben ser *commensurables*: sus características, etcétera, deben ser susceptibles de entrar en correspondencia con otros institutos contemplados por el modelo. (Así, por ejemplo, dentro de un contruido modelo bien de tutela procesal de los administrados, puede caber el *ombudsman* sueco, el justicia aragonés, el defensor de las leyes de la Florencia de los Medicis, etcétera.) Sólo así pueden ser establecidas relaciones jurídicas relevantes necesarias para crear clasificaciones y genealogías de las instituciones.

Recordemos que la comparación jurídica debe incrementar nuestro conocimiento del derecho, no es un mero cotejo o contraste de instituciones. Es una técnica que nos permite una mejor descripción del derecho positivo.

*La estructura de las revoluciones científicas, cit.*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975.)