

## TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO COMPARADO

Héctor FIX-ZAMUDIO

*SUMARIO. I. Introducción. II. Los dos grandes sectores de la comparación jurídica. III. Nacimiento y evolución de la ciencia jurídica comparativa. IV. La investigación y la enseñanza de la ciencia y del método jurídico comparativo. V. Resurgimiento de los estudios comparativos. VI. La tendencia hacia la armonización debido a la integración de los diversos ordenamientos por conducto del derecho comunitario. VII. Fortalecimiento de los estudios jurídicos comparativos en relación con los ordenamientos jurídicos de Latinoamérica. VIII. La influencia del derecho internacional en la comparación jurídica. IX. Nuevas tendencias en la ciencia jurídica comparativa. X. Conclusiones.*

### I. INTRODUCCIÓN

1. Tanto el método jurídico comparativo como la ciencia jurídica que lo estudia han pasado por varias etapas en las que han predominado, unas veces el optimismo, y otras, el desaliento, en virtud de las dificultades de su utilización, de la enseñanza y de sus resultados en la práctica.

2. En primer término, debemos señalar que, aun cuando se trate de una situación muy conocida, la comparación jurídica no es una novedad de nuestros tiempos, ya que fue utilizada en el mundo antiguo, especialmente en Grecia y en Roma. El ejemplo más conocido es el examen, realizado por Aristóteles, sobre los ordenamientos políticos (que actualmente calificaríamos de Constituciones) de las diversas ciudades-Estado de su tiempo, para confrontarlos con el de Atenas.

3. Lo que sí es reciente es la preocupación por utilizar dicho método de manera adecuada y de acuerdo con ciertas reglas y principios, para

obtener resultados útiles de la comparación jurídica. Una fecha importante en esta tendencia se remonta al Congreso Internacional de Derecho Comparado, que se efectuó en la ciudad de París con motivo de la Feria Mundial, en el año de 1900, es decir, al comenzar el siglo XX. Este Congreso, como es bien sabido, marcó el inicio de una disciplina jurídica cuyo objeto consiste precisamente en el estudio del método comparativo. Este método se desarrolló en forma considerable durante todo el siglo anterior para consolidar la ciencia jurídica comparativa.

4. Con motivo del citado Congreso se generaron grandes esperanzas hacia la creación de una ciencia jurídica universal, a través de la unificación y armonización de los diversos sistemas jurídicos, pero esta aspiración romántica demostró ser ilusoria, pues precisamente durante todo ese siglo se presentaron dos tendencias contradictorias: por una parte, hacia el reforzamiento de los ordenamientos jurídicos nacionales; y por la otra, hacia una creciente aproximación entre ellos. Aunque avanzó de manera paulatina, esta aproximación ha culminado en las últimas décadas del siglo anterior y el inicio del presente en un movimiento, que si bien no pretende la uniformidad, sí busca la armonización de los diversos ordenamientos nacionales, ya que el fenómeno irreversible hacia la globalización comprende también a la ciencia y a las normas jurídicas.

5. En este breve y superficial estudio no pretendemos pasar revista a los diversos sectores de la comparación jurídica, sino exclusivamente señalar que en nuestra época se ha producido un verdadero y creciente renacimiento tanto de la ciencia jurídica como del método comparativo, y por supuesto también de su enseñanza, en virtud de la aparición del derecho comunitario y de los fenómenos de integración en diversas regiones del mundo. En virtud de que estos procesos de integración ya han rebasado la regulación de las actividades económicas para extenderse a otros sectores de la vida social y cultural, se ha hecho indispensable la utilización de la comparación jurídica.

6. Pero también es preciso destacar que el desarrollo reciente del derecho internacional, que puede describirse como la constante internacionalización de los derechos nacionales, ha propiciado también un desarrollo importante de los estudios jurídicos comparativos, debido a la constante armonización de diversas instituciones por la aplicación del derecho internacional general y convencional en el ámbito interno de los Estados contemporáneos.

## II. LOS DOS GRANDES SECTORES DE LA COMPARACIÓN JURÍDICA

7. En primer término queremos aclarar que si en ocasiones empleamos la expresión *derecho comparado*, esto se debe a que es la que ha predominado en el lenguaje jurídico, pues se utiliza en español, portugués, inglés y francés. Sin embargo, consideramos que es más correcta la expresión *comparación jurídica* que se utiliza preferentemente en idioma alemán (*Rechtsvergleichung*).<sup>1</sup>

8. En sus inicios se planteó la discusión de si los estudios comparativos eran materia de una disciplina jurídica autónoma, o bien, de un simple método de análisis de las normas jurídicas de diversos ordenamientos.<sup>2</sup> En este último sentido se ha hablado de *método jurídico comparativo*, de *comparación jurídica* o de *estudio comparativo del derecho*.<sup>3</sup>

9. El destacado comparatista Léontin-Jean Constantinesco examinó con amplitud esta dualidad, que consideró como un gran dilema, y de manera minuciosa analizó los diversos argumentos que expresaron tanto los partidarios de un simple método comparativo como los de quienes sostenían la existencia de una verdadera ciencia jurídica autónoma, pero también examinó la corriente que estimaba que se trataba de un debate estéril. El profesor Constantinesco sostuvo que era posible afirmar que, además del método comparativo, existía una rama del derecho que calificó como *ciencia autónoma de los derechos comparados*, que tenía por objeto el estudio de los elementos determinantes que precisan la estructura fundamental de los ordenamientos jurídicos, y que permite la distinción entre ellos, aun cuando pertenezcan a un mismo sistema jurídico. Estos elementos determinantes de la comparación deben diferenciarse de los que este autor denominó elementos de carácter fungible, es decir, los que pueden ser sustituidos sin modificar los aspectos esenciales y específicos de un orden jurídico determinado.<sup>4</sup>

1 Podemos dar como ejemplo algunos tratados sobre la materia redactados por autores alemanes: Zweigert, Honrad y Kötz, Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, t. I: *Grundlagen* (1971), t. II: *Institutionen* (1969), traducción al inglés por Weir, Tony, *Introduction to Comparative Law*, 3a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1998.

2 Cfr. Rotondi, Mario, "Diritto comparato", *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, 1964, t. V, pp. 823 y 824.

3 Cfr. Tripiccion, Alberto, *La comparazione giuridica*, Padova, Cedam, 1961.

4 *Traité de droit comparé*, t. I.: *Introduction au droit comparé*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972, pp. 176-221. Existe traducción al castellano por Freitas Da Costa, Eduardo, Madrid, Tecnos, 1981. Utilizamos la edición francesa.

10. En nuestro concepto, no es incompatible la idea de disciplina científica con la de método jurídico,<sup>5</sup> ya que si bien es verdad que el llamado derecho comparado es un instrumento de conocimiento del derecho y, por tanto, un *método jurídico*,<sup>6</sup> también lo es la necesidad de elaborar los conceptos y principios que se derivan del uso de dicho instrumento, que no puede aplicarse en forma indiscriminada. Por ese motivo, se ha llevado a cabo un conjunto de estudios sistemáticos que integran lo que podemos calificar como *ciencia jurídica comparativa*, es decir, una disciplina científica que analiza el método jurídico comparativo y establece los lineamientos de su correcta aplicación al enorme campo del derecho.<sup>7</sup>

11. Se trata, por tanto, de una *disciplina jurídica metodológica*, y además de carácter *funcional*, de acuerdo con la certera concepción del notable comparatista alemán Konrad Zweigert,<sup>8</sup> o sea, que establece la sistematización de los estudios jurídicos de carácter comparativo, a fin de que puedan utilizarse de manera funcional, y en este sentido tiene cierta similitud con otras disciplinas metodológicas, tales como la historia, la filosofía y la lógica del derecho; las técnicas de investigación documental y en los últimos años, la argumentación jurídica. Estas disciplinas metodológicas pueden considerarse como *formativas*, distinguiéndose de las denominadas *informativas*, estas últimas constituidas por el estudio de las ramas específicas del ordenamiento jurídico. En este sentido, algunos autores estadounidenses denominan a las primeras, en cuanto a su enseñanza, como *perspective courses*.<sup>9</sup>

5 Cfr. sobre esta dualidad, Sarfatti, Mario, *Introduzione allo studio del diritto comparato*, Turín, Librería Científica Giappichelli, 1933, pp. 27-30, traducción al español del Instituto de Derecho Comparado de México, UNAM, 1945.

6 Cfr. “En torno a las problemas de la metodología del derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 62, abril-junio de 1965, pp. 482-485, incorporado posteriormente al libro del mismo autor, *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, 11a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 21-27.

7 Cfr. David, René, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 6a. ed., París, Dalloz, 1974, pp. 17-19. La última edición de esta obra, actualizada por la profesora Camille Jauffret-Spinozi apareció en la misma casa editorial en 2002.

8 Cfr. “Methodological Problems in Comparative Law”, *Israel Law Review*, Jerusalem, octubre de 1972, pp. 465-474.

9 Cfr. Ault, Hugh J, y Glendon, Mary Ann, “The Importance of Comparative Law in Legal Education: United States. Goals and Methods of Legal Comparison”, vol. *Law in the United States of America in Social and Technological Revolution*, Bruselas, 1974, pp. 67-80.

12. En conclusión, podemos afirmar que en la actualidad existe consenso de que los estudios jurídicos comparativos (o el derecho comparado), se dividen en dos grandes sectores o ramas. Por una parte, una *disciplina científica autónoma* que se ocupa del análisis de los conceptos y principios del método jurídico comparativo, y por la otra, la utilización práctica, de acuerdo con los lineamientos de la ciencia jurídica antes mencionada, del citado *método de estudio, enseñanza e investigación*, por lo que se trata de dos aspectos estrechamente relacionados y que se retroalimentan de manera permanente por medio de la teoría y la experiencia.<sup>10</sup>

### III. NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LA CIENCIA JURÍDICA COMPARATIVA

13. Como ya lo hemos sostenido anteriormente, el método jurídico comparativo se utilizó ya en la Antigüedad clásica, pero en forma puramente práctica. Este fenómeno se observa particularmente en el derecho romano, en el cual se recogen las influencias jurídicas de otros pueblos, entre ellos, la tradición helenística, por conducto del *pretor peregrino*, que dio lugar a un verdadero *ius gentium*, y este conocimiento comparativo nunca desapareció por completo a la caída del Imperio Romano, no obstante su oscurecimiento transitorio provocado por el régimen territorial del feudalismo, ya que renació vigorosamente con la fundación de las primeras universidades italianas que dieron lugar al florecimiento de los estudios del mismo derecho romano.<sup>11</sup>

14. Las escuelas de los glosadores y los posglosadores, el nacimiento del derecho común por el desarrollo comercial de las ciudades italianas, la compilación de las costumbres jurídicas en los nacientes Estados nacionales y las grandes codificaciones napoleónicas de los primeros años del siglo XIX, son acontecimientos que propiciaron la necesidad de los estudios comparativos, aun cuando sin un carácter sistemático y científico.<sup>12</sup>

10 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Setenta y cinco años de evolución del derecho comparado en la ciencia jurídica mexicana”, en la obra *LXXV Años de evolución jurídica en el mundo*, vol. II: *Historia del Derecho y Derecho Comparado*, México, UNAM, 1979, pp. 158-160, incorporado posteriormente en el libro del mismo autor *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, cit., nota 6, pp. 329 y 330.

11 Cfr. entre otros, Rotondi, Mario, *op. cit.*, nota 2, pp. 823 y 824.

12 Cfr. entre otros, Genzmer, Erich, “Über historische Rechtsvergleichung” (sobre la comparación jurídica de carácter histórico), en la obra *Buts et méthodes du droit compare*, Padova-Nueva York, 1973, pp. 233-254.

15. Existe consenso entre los comparatistas en el sentido de que los estudios jurídicos comparativos adquieren carácter sistemático, inclusive con la denominación, que ya se ha consolidado, de derecho comparado, en la segunda mitad del siglo XIX, con el apoyo de la paulatina preparación científica que significó la obra de algunos de sus precursores más importantes como Grocio, Bacon, Selden, Leibniz, Vico y Montesquieu.<sup>13</sup>

16. El profesor Constantinesco divide la evolución del derecho comparado en tres etapas, que se inician precisamente en el citado siglo XIX. La primera abarca los años de 1880 a 1850 con las aportaciones de Feuerbach, Hegel, Ganz, Zachariae y Mittermaier, entre otros. La segunda etapa abarca los años 1850-1900, durante la cual, como se señala en el párrafo siguiente, aparecen las asociaciones de comparatistas y las revistas de legislación o de derecho comparado. El tercer periodo, que modifica y perfecciona las perspectivas anteriores, se inaugura precisamente con el Congreso de París de 1900, y según el citado autor llega a la mitad del siglo XX.<sup>14</sup>

17. Es precisamente en los últimos años del siglo XIX cuando se establecieron las primeras asociaciones científicas para los estudios jurídicos comparativos, como la *Société de Législation Comparée* (1860); la *Gesellschaft für vergleichende Rechts- und Staatswissenschaft* (Sociedad para la Ciencia Comparativa del Derecho y el Estado) (1893), y la *Society of Comparative Legislation* (1895), en Francia, Alemania e Inglaterra, respectivamente. Estas asociaciones iniciaron la publicación de las primeras revistas dedicadas específicamente al derecho comparado y, además, se crearon cátedras jurídicas de carácter comparativo.<sup>15</sup>

18. Toda esta evolución culmina con el Primer Congreso Internacional de Derecho Comparado que, como señalamos anteriormente, se realizó en la ciudad de París en el año de 1900, debido a la obra de los distinguidos juristas alemanes Kohler y Zitelmann, y en virtud de la actividad de los grandes comparatistas franceses Lambert, Saleilles y Lévy-Ullmann.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Cfr. Tripiccone, Alberto, *La comparazione giuridica*, cit., nota 3, pp. 12-81.

<sup>14</sup> Cfr. *Traité de droit comparé. Introduction au droit comparé*, cit., nota 4, pp. 95-153.

<sup>15</sup> Cfr. Sarfatti, Mario, *Introducción al estudio del derecho comparado*, cit. nota 5, pp. 36-47.

<sup>16</sup> Las memorias de dicho Congreso abarcan dos volúmenes. El segundo comprende los informes nacionales y los debates de los nueve temas estudiados, *Procès-Verbaux et Documents*, París, 1907.

19. A partir de entonces se observa un desenvolvimiento dinámico y progresivo tanto de las publicaciones periódicas y monográficas sobre la ciencia jurídica comparativa como de la utilización del método respectivo, así como el establecimiento de institutos de derecho comparado y cursos en numerosas universidades.

20. Al terminar la Segunda Guerra Mundial, como lo señaló Constantinesco (véase párrafo 16), se inició un nuevo periodo en la vida del derecho comparado, particularmente con la creación de las Comunidades Europeas (Tratado de Roma de 1957), ahora Unión Europea, y el surgimiento del derecho comunitario. A partir de entonces se observa un verdadero y vigoroso renacimiento de la ciencia y del método jurídicos comparativos (véase párrafos 46-51).

#### IV. LA INVESTIGACIÓN Y LA ENSEÑANZA DE LA CIENCIA Y DEL MÉTODO JURÍDICO COMPARATIVO

21. El ilustre comparatista René David examina la evolución reciente de la comparación jurídica desde tres ángulos diversos: la investigación, la enseñanza y las publicaciones.<sup>17</sup>

##### 1. *Investigación*

22. Los estudios jurídicos comparativos se han incrementado con la creación de vocaciones e instituciones cuyo objeto esencial radica en la investigación jurídica comparativa. Al respecto debe señalarse que se establecieron varios institutos de derecho comparado en varias universidades europeas, Estados Unidos, e inclusive en América Latina, como por ejemplo el Instituto de Derecho Comparado de México, establecido en 1940 en la entonces Escuela Nacional de Jurisprudencia de la UNAM, con autonomía desde 1948, y a partir de 1967, con el nombre de Instituto de Investigaciones Jurídicas de la propia Universidad, que no por este

<sup>17</sup> “El derecho comparado en el siglo XX. Balance y perspectivas”, *LXXV años de evolución jurídica en el mundo*, vol. II: *Historia del derecho y derecho comparado*, cit., nota 10, pp. 82-92.

cambio de denominación ha abandonado su interés por los estudios jurídicos comparativos.<sup>18</sup>

23. Podemos señalar, como ejemplo de lo anterior, además de la participación del propio Instituto por conducto de sus investigadores en varios Congresos Internacionales de Derecho Comparado, la organización del Simposio Internacional sobre Perspectivas del Derecho Comparado los días 28 a 31 de julio de 1980 en la sede del mismo Instituto, en el cual participaron destacados comparatistas como John Henry Merryman, René Rodière y J. A. Jolowicz con la colaboración de los investigadores del Instituto,<sup>19</sup> así como el Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, organizado por el mismo Instituto de Investigaciones Jurídicas los días 7-14 de febrero de 2004, sobre diversas materias comparativas, entre las cuales destaca la Mesa X, dedicada a la metodología del derecho comparado, en la cual tuve el honor de participar con este trabajo, conjuntamente con los distinguidos juristas Peter Häberle y Pedro de Vega.

24. Para impulsar las investigaciones jurídicas comparativas se han establecido varias instituciones de carácter internacional, entre las que destaca la Academia Internacional de Derecho Comparado, fundada en 1924 a iniciativa de Elmer Balogh, la que ha promovido la realización de importantes congresos internacionales. Los dos primeros se efectuaron en la ciudad de La Haya en los años de 1934 y 1937. Estos congresos internacionales se interrumpieron con motivo de la Segunda Guerra Mundial, pero al terminar ésta se han efectuado de manera regular cada cuatro años: el III en Londres, Inglaterra (1950); el IV en París, Francia (1954); el V en Bruselas, Bélgica (1958); el VI en Hamburgo, Alemania (1962); el VII en Uppsala, Suecia (1966); el VIII en Pescara, Italia (1970); el IX en Teherán, Irán (1974); el X en Budapest, Hungría (1978); el XI en Caracas, Venezuela (1982); el XII en Sydney y Melbourne, Australia; el XIII en Mon-

18 El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM ha continuado su preocupación por los estudios comparativos del anterior Instituto de Derecho Comparado de México, pues ha proseguido la publicación cuatrimestral del *Boletín*, ahora como *Mexicano de Derecho Comparado*, del cual han aparecido más de cien números. Ha organizado varias reuniones académicas sobre la materia entre las cuales puede mencionarse el *Simposio Internacional sobre las Perspectivas del Derecho Comparado*, efectuado en la sede del propio Instituto los días 28 a 31 de julio de 1980. Información en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 40, enero-abril de 1981, pp. 533-534.

19 Notas informativas *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núms. 40 y 42, enero-abril y septiembre diciembre de 1981, pp. 533 y 534 y 1433-1436, respectivamente.



treal, Canadá (1990); el XIV en Atenas, Grecia (1994); el XV, en Bristol, Reino Unido (1998); el XVI en Brisbane, Australia (2002), y se encuentra en preparación el XVII, que se efectuará en 2006, en los Países Bajos.

25. Con apoyo de la UNESCO se creó en la ciudad de Cambridge, Inglaterra, el *Comité Internacional de Derecho Comparado* durante los días 28 a 30 de diciembre de 1949,<sup>20</sup> y como su primer secretario general fue designado el insigne comparatista francés René David. Esta institución posteriormente se transformó en *Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas*, a iniciativa del conocido comparatista español Felipe de Solá Cañizares, también con el apoyo de la UNESCO. Esta Asociación ha funcionado como órgano directivo del citado Comité, y también ha tenido una actividad constante en el campo de los estudios jurídicos comparativos. La Asociación y el Comité sólo han organizado un Congreso internacional, que se efectuó en la ciudad de Barcelona los días 10 a 17 de septiembre de 1956,<sup>21</sup> pero en cambio ha promovido numerosas reuniones de expertos en diversas especialidades comparativas, de acuerdo con los temas que interesan a la propia UNESCO.<sup>22</sup>

26. Como culminación de todos estos esfuerzos, varias de estas organizaciones dedicadas a los estudios comparativos unieron esfuerzos para promover el *Congreso Centenario Mundial de Derecho Comparado*, celebrado del primero al 4 de noviembre de 2000, en la ciudad de Nueva Orleans, Estados Unidos, en conmemoración de los cien años de celebrado el Primer Congreso Mundial en París en 1900. Este último Congreso fue organizado por la Asociación Internacional de Derecho Comparado y el Centro Eason-Weinmann de Derecho Comparado de la Universidad de Tulane, con el patrocinio de la Academia Internacional de Derecho Comparado y la Sociedad Americana de Derecho Comparado.

27. También debe mencionarse el Instituto Internacional de Roma para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), que en su calidad de organismo intergubernamental tiene como función esencial procurar

20 Cfr. nota informativa “UNESCO et le droit comparé”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, abril-junio de 1950, pp. 526-530.

21 Nota informativa del *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 28, enero-abril de 1957, pp. 350 y 351.

22 Cfr. David, René, “El derecho comparado en el siglo XX. Balance y perspectivas”, *LXXV años de evolución jurídica en el mundo*, vol. II: *Historia del derecho y derecho comparado*, cit., nota 10, pp. 84 y 85.

la unificación del derecho en las materias en que ésta parece a la vez deseable y posible. El citado Instituto ha promovido constantemente investigaciones de carácter comparativo, ya que sin dichos estudios previos y profundos, no se puede lograr la unificación jurídica. Otro organismo que debe mencionarse es la Asociación Henri-Capitant de Amigos de la Cultura Francesa que ha organizado encuentros entre juristas de países con sistemas jurídicos emparentados con el derecho francés. Además, la Sociedad de la Legislación Comparada ha organizado múltiples jornadas, también relacionadas con la comparación entre el derecho francés y otros sistemas y familias jurídicas.<sup>23</sup>

## 2. La enseñanza del derecho comparado

28. La enseñanza comparativa tanto de la ciencia como del método jurídico comparativos no ha tenido la misma repercusión que las investigaciones sobre esta materia, ya que ha tropezado en un principio con numerosos obstáculos. El principal de ellos ha sido el nacionalismo que todavía impera en la mayoría de los ordenamientos jurídicos particulares. En otras ocasiones se advierte la falta de vinculación entre diversas tradiciones, particularmente entre las del *common law* y la romano-canónica de carácter europeo continental, pues mientras la primera se apoya esencialmente en las sentencias judiciales, la segunda pone mayor énfasis en la teoría jurídica. Como lo ha afirmado certeramente el ilustre jurista norteamericano John Henry Merryman, en tanto que en la tradición angloamericana el principal protagonista es el juzgador, en la de origen romanista, por encima del legislador se advierte el predominio de la doctrina. Este notable autor señala que: “...*El profesor investigador es el verdadero protagonista de la tradición de derecho civil* (en realidad de la tradición romano canónica). *El derecho civil es un derecho de los profesores*” (las cursivas son nuestras).<sup>24</sup>

29. Por ese motivo, la enseñanza comparativa ha tenido mayor repercusión en Europa continental y en América Latina, aun cuando sin la intensidad que se hubiera deseado y no obstante los esfuerzos que se hicieron en ese sentido en los diversos Congresos Internacionales de Derecho Comparado, en los cuales se planteó en varias ocasiones la necesidad de

<sup>23</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 85 y 86.

<sup>24</sup> *La tradición jurídica romano canónica*, traducción de Eduardo L. Suárez, 2a ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 111-119.

intensificar la enseñanza comparativa. Todos estos esfuerzos culminaron en el Noveno Congreso Internacional de Derecho Comparado que se efectuó en la ciudad de Teherán, Irán en el año de 1974, en el cual se presentó el trabajo general sobre “La importancia del derecho comparado en la enseñanza jurídica”, que fue encomendado al que esto escribe,<sup>25</sup> y que se apoyó en numerosas ponencias nacionales, de acuerdo con la mayoría de las cuales la enseñanza de la ciencia y del método comparativos no podía considerarse como satisfactoria, aun cuando existía la tendencia a incrementarlos. Esto no era sencillo debido a las dificultades que se presentaban tanto para los profesores como para los alumnos, de manera que en varias facultades de derecho se les daba la categoría de cursos optativos, debido a que existían dificultades con el conocimiento de idiomas extranjeros, la documentación jurídica y la necesidad de que se deben señalar no sólo las similitudes y diferencias de los distintos sistemas jurídicos, sino también su adecuación al ambiente político, social y cultural de cada país.<sup>26</sup>

30. Una de las instituciones que ha tenido una influencia significativa en la docencia comparativa ha sido la *Facultad Internacional para la Enseñanza de Derecho Comparado*, que fue establecida en la ciudad de Estrasburgo, Francia, en los años cincuenta, y que ha organizado cursos anuales de carácter comparativo sobre diversas materias, por lo que los numerosos alumnos que han asistido a esos cursos han influido en diversos países para la creación de cátedras sobre comparación jurídica, inclusive en los entonces ordenamientos socialistas, ya que en los periodos de una relativa apertura fueron autorizados a acudir a dicha Facultad juristas y estudiantes provenientes de Europa oriental e inclusive de la Unión Soviética. Como ejemplo, podemos mencionar que la mencionada Facultad Internacional organizó tres cursos de verano en la Facultad de Derecho de la UNAM (15 de julio al 23 de agosto de 1963; 23 de agosto al 30 de septiembre de 1964, y 20 de junio a 21 de julio de 1965), impartidos por destacados profesores extranjeros y algunos mexi-

25 Aparecido primeramente en el volumen colectivo *Comunicaciones mexicanas al IX Congreso Internacional de Derecho Comparado (Teherán, 1974)*, México, UNAM, 1977, pp. 145-188, publicado en francés. “L’importance du droit comparé dans l’enseignement juridique”, traducción de Monique Lions, en el volumen *Rapports Généraux au IXe. Congrès International de Droit Comparé*, Bruselas, Bruylant, 1977, pp. 109-155.

26 Cfr. Cappelletti, Mauro, “Le droit comparé et son enseignement face à la société moderne”, *Buts et méthodes du droit comparé*, coordinada por Mario Rotondi, Padova-Nueva York, Cedam-Oceana Publications, 1973, pp. 71-75.

canos, varios de los últimos miembros del entonces Instituto de Derecho Comparado de México.<sup>27</sup>

31. En los Estados Unidos y en Inglaterra fue menos fácil el establecimiento de cursos de carácter comparativo. No obstante, los obstáculos han sido mayores en los Estados Unidos, si se toma en cuenta que en Inglaterra se establecieron algunas cátedras de derecho comparado a fines del siglo XIX,<sup>28</sup> que se continuaron posteriormente con la labor docente de destacados juristas ingleses como H. C. Gutteridge, quien fue designado lector de derecho comparado en la Universidad de Cambridge y sus enseñanzas se condensaron en la obra clásica *Comparative Law*, cuya primera edición apareció en 1946 (hay traducción francesa de 1953). A dicha labor académica se unieron varios juristas que abandonaron Alemania con la llegada de Hitler al poder, y que colaboraron decisivamente a fin de que el sistema romano-germánico fuera comprendido en Inglaterra.<sup>29</sup>

32. Por lo que se refiere a los Estados Unidos, si bien se publicaron ahí varias obras de carácter comparativo, la enseñanza de los derechos extranjeros y la utilización del método de comparación jurídica fueron consideradas de carácter secundario debido al predominio del método de casos de jurisprudencia (*case method*), aun cuando existen algunos ejemplos aislados de interés en los estudios comparativos, como ocurrió con la creación de la *Parker School*, a través de una fundación, y que en la década de los treinta del siglo XX se unió a la Escuela de Derecho de la Universidad de Columbia, estableciendo la que actualmente se conoce como *Parker School of Foreign and Comparative Law*, en la cual destacó la labor del notable profesor Hessel E. Yntema, que inició su enseñanza en la citada Universidad de Columbia y la continuó en la Universidad de Michigan. Dicho autor formuló en 1937 duras críticas a la educación jurídica

27 Véase la información respectiva *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núms. 47, 51 y 53, mayo-agosto de 1963; septiembre-diciembre de 1964; y mayo-agosto de 1965, pp. 530-531; 799-801; 670-674, respectivamente.

28 La primera cátedra de derecho comparado fue sustentada por Sir Henry Maine en la Universidad de Oxford en 1869 y se instituyó por Sir Richard Quain una cátedra similar en el University College de Londres. *Cfr.* Gutteridge, *Le droit comparé*, traducción francesa dirigida por René David, París, 1953, p. 31.

29 *Cfr.* Hazard, John N., "Informe sobre 75 años de evolución del derecho comparado en los países anglosajones y socialistas", traducción de Héctor Fix-Zamudio, *Historia del derecho y derecho comparado*, cit., nota 10, pp. 119-121.

ca estadounidense por su aislamiento cultural y estimó urgente que se abandonara el método de casos para utilizar también la doctrina europea.

33. Pero además de lo anterior, fue decisiva la influencia de distinguidos juristas alemanes que se refugiaron en los Estados Unidos, como lo hicieron primero en Inglaterra, con motivo de la persecución nacionalsocialista y el inicio de la Segunda Guerra Mundial, entre los cuales se cita a Max Rheinstein, Franz Neumann, Karl Loewenstein, Rudolf R. Schlessinger, Edgar Bodenheimer, A. A. Ehrenzweig, Carl Fulda y Stefen Riesenfeld. En 1937 la Fundación Max Pam estableció la primera cátedra de derecho comparado en una escuela de derecho en los Estados Unidos y Max Rheinstein fue invitado a sustentarla.<sup>30</sup>

34. También en los países socialistas, la mayoría de los cuales abandonaron el modelo soviético a partir de 1989, se iniciaron estudios comparativos desde la fundación de la Unión Soviética en la década de los veinte del siglo XX, pero más bien en el terreno de la investigación que en el de la docencia, ya que se establecieron en las respectivas academias de ciencias, institutos dedicados a la realización de estudios de derecho comparado. Tales estudios fueron abundantes, tanto en relación con los ordenamientos de los países de Europa occidental, con los cuales los ordenamientos socialistas estaban vinculados por la tradición romanista, aun cuando muy distanciados por lo que respecta a la ideología, como de los otros países de orientación socialista, pues llegó a aceptarse que dichos ordenamientos, aun cuando inspirados en el paradigma soviético, tenían diversas modalidades, lo que justificaba la existencia de un *derecho comparado socialista*. Además, se pueden señalar varios comparatistas destacados que impulsaron la enseñanza, entre los cuales destacaron Borislav A. Blagojevic, en la antigua Yugoslavia; Trajan Ionasco en Rumanía; Imre Szabo en Hungría; Stefan Rozmarin en Polonia, y Víctor Knapp en la entonces Checoslovaquia, entre otros.<sup>31</sup>

35. La conclusión a que podemos llegar en relación con la época que reseñamos, es que si bien la investigación se desarrolló con mucho vigor a partir de la terminación de la Segunda Guerra Mundial, no pasó algo

30 Cfr. Hazard, John N. y Skladits, Charles, "Le développement du droit comparé aux Etats-Unis d'Amérique", *Livre du centenaire de la Société de Législation Comparée. Evolution internationale et problèmes actuels du droit comparé*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1971, pp. 337-352.

31 Cfr. Hazard, John N., "Informe sobre 75 años de evolución del derecho comparado en los países anglosajones y socialistas", *Historia el derecho...*, cit., nota 10, pp. 141-150.

equivalente con la enseñanza,<sup>32</sup> ya que se mantuvo rezagada por las dificultades de la realización de los cursos, los cuales, salvo excepciones, tenían carácter optativo. No obstante, se empezó a observar un mayor interés tanto de alumnos como de profesores en la necesidad de adquirir mayores conocimientos de carácter comparativo.<sup>33</sup>

36. C) *Publicaciones*. Durante este periodo se observan la aparición o la continuación de numerosas revistas especializadas en el estudio de la ciencia y del método comparativo. La más antigua lo fue el *Bulletin de la Société de Législation Comparée* (1869-1948), sustituido por la publicación que todavía subsiste *Revue Internationale de Droit Comparé*, trimestral desde 1949; en seguida debemos mencionar el *Journal of Comparative Law and Legislation* (1869-1951), que ahora lleva el nombre de *American Journal of Comparative Law* (a partir de 1952); la *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (*Revista de Rabel de Derecho Internacional Privado Extranjero e Internacional*, desde 1927), y la *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (*Revista de Derecho Público Extranjero e Internacional Público*, también a partir de 1927) y la *Zeitschrift für die vergleichende Rechtswissenschaft* (*Revista para la Ciencia Jurídica Comparada*, desde 1960), entre otras.<sup>34</sup>

37. Por lo que respecta a nuestro país, debido al esfuerzo de los juristas españoles del exilio se inició en 1948 el *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, cuatrimestral, con sesenta números hasta 1967, año en el que fue sustituido, al haberse modificado el nombre de dicho Instituto por el de Investigaciones Jurídicas, por el actual *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, también cuatrimestral, que continúa apareciendo puntualmente en la actualidad y que ha rebasado los cien números.

38. También se inicia la publicación de enciclopedias sobre la ciencia y el método comparativos, y en esta dirección pueden mencionarse las

32 Cfr. Constantinesco, Leóntine-Jean, *Introduction au droit comparé*, cit., nota 4, pp. 157-161.

33 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 10, pp. 322 y 323.

34 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Breves reflexiones sobre el objeto y naturaleza de las revistas de derecho comparado", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 25-26, enero-agosto de 1976, pp. 43-55; "Breves reflexions sur l'objet et la nature des revues de droit comparé", traducción de Monique Lions, *Revue internationale de droit comparé*, París, 1975, pp. 85-96.

obras de F. Schlegelberger, *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes (Diccionario Comparado de Derecho Civil y Comercial, Nacional y Extranjero)*.<sup>35</sup> En un ámbito mucho más amplio ha aparecido de manera paulatina y en cuadernos separados, la *International Encyclopaedia of Comparative Law*.<sup>36</sup> Son numerosos los volúmenes colectivos sobre la ciencia y el método comparativos, pero citaremos en vía de ejemplo: *Problèmes contemporains de droit comparé*; *Livre du centenaire de la Société de Législation Comparée*;<sup>37</sup> y *Buts et méthodes de droit comparé*.<sup>38</sup>

39. También se pueden mencionar algunos estudios monográficos que han tenido trascendencia en la investigación y en la enseñanza de la ciencia y del método comparativos, entre los cuales destaca la obra clásica del ilustre comparatista francés René David, *Les grands systèmes de droit contemporains*,<sup>39</sup> que ha sido traducida a varios idiomas;<sup>40</sup> de René Rodière la *Introduction au droit comparé*;<sup>41</sup> Leóntin-Jean Constantinesco el *Traité de Droit Comparé*;<sup>42</sup> Arminjon, P., Nolde, B. y Wolfe, M., *Droit Comparé*;<sup>43</sup> Tullio Ascarelli, *Studi di diritto comparato in tema di interpretazione*;<sup>44</sup> Mario Sarfatti, *Introduzione allo studio del diritto compara-*

35 Berlín, 1929-1938, 6 vols.

36 Dirigida por Konrad Zweigert, 17 volúmenes que empezaron a aparecer en 1971.

37 T. I: *Un siècle de droit comparé en France. Les apports du droit comparé au droit positif français*; t. II: *Evolution internationale et problèmes actuels du droit comparé*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969 y 1971.

38 Coordinado por Mario Rotondi, Padova-Nueva York, Cedam-Oceana Publications, 1973.

39 7a. ed., París, Dalloz, 1974.

40 Cfr. David, René y Brierley, J.E.C., *Major Legal Systems in the World*, 2a. ed., London, 1975; David, René y Grassman, G., *Einführung in die grossen Rechtssysteme der Gegenwart* (Introducción a los grandes sistemas jurídicos de la actualidad), Munich y Berlín, 1966; David, René, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 1967; David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, traducción de Pedro Bravo Gala, Madrid, Aguilar, 1969.

41 París, Dalloz, 1979; traducción al castellano, *Introducción al derecho comparado*, 1967.

42 Del cual apareció únicamente el primer tomo: *Introduction au droit comparé*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972. Obra aparecida también en idioma alemán, en sus dos partes, *Rechtsvergleichung*. t. I: (1971) *Einführung in die Rechtsvergleichung*, t. II: (1972), *Die rechtsvergleichende Methode (Comparación jurídica)*; t. I: *Introducción a la comparación jurídica*; t. II: *El método jurídico comparativo*.

43 3 volúmenes, París, 1950-1952.

44 Milán, Giuffrè, 1952.

to;<sup>45</sup> Mario Rotondi, *Dogmatica e diritto comparato. Il diritto come oggetto di conoscenza*;<sup>46</sup> Alessandro Pizzorusso, *Curso di diritto comparato*;<sup>47</sup> Mario G. Losano, *I Grandi sistemi giuridici*;<sup>48</sup> Max Rheinstein, *Einführung in die Rechtsvergleichung (Introducción a la comparación jurídica)*;<sup>49</sup> Konrad Zweigert y Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts (Introducción a la comparación jurídica en el campo del derecho privado)*;<sup>50</sup> Gutteridge, H.C. *Comparative Law*;<sup>51</sup> John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*;<sup>52</sup> Felipe de Solá Cañizares, *Iniciación al derecho comparado*;<sup>53</sup> Julio Ayasta González, *El derecho comparado y los sistemas jurídicos contemporáneos*;<sup>54</sup> Guillermo F. Margadant, *Los sistemas jurídicos contemporáneos*.<sup>55</sup> Es posible citar muchos otros, pero los anteriores sirvan de ejemplo de la abundante bibliografía sobre la materia, más un número impresionante de artículos de revista y capítulos de libros. Los interesados en una información más completa pueden consultar la obra clásica de René David,<sup>56</sup> si bien la abundante bibliografía consignada por este ilustre autor ha aumentado de manera considerable en los últimos años.

## V. RESURGIMIENTO DE LOS ESTUDIOS COMPARATIVOS

40. A partir de la última etapa de evolución de los estudios jurídicos comparativos que señala el profesor Constantinesco, es decir, desde

45 Turín, 1933, Libreria Scientifica Giappichelli. Traducción al castellano del Instituto de Derecho Comparado de México, México, 1945.

46 Padova, Cedam, 1933.

47 Milán, Giuffrè, 1983, traducción castellana de Juana Bignozzi, *Curso de derecho comparado*, Barcelona, Ariel, 1987.

48 Roma, Giuli Einaudi Editores, 1981. Traducción castellana de Alfonso Ruíz Miguel, Madrid, Editorial Debate, 1982.

49 2a. ed., 1987.

50 T. I: *Grundlagen (Fundamentos)*; 1971, t. II: *Institutionen (Instituciones)*, 1969.

51 2a. ed., 1949, traducción al francés, *Le droit comparé*, 1953, y al español, México, Instituto de Derecho Comparado de México, 1960.

52 Stanford, California, Stanford University Press, 1969 (2a. ed., 1985); trad. al español por Eduardo L. Suárez, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

53 Barcelona, 1954.

54 Lima, Ediciones RJP, 1991.

55 Con la colaboración de Consuelo Sirvent Gutiérrez y Fernando León Zavala, México, Porrúa-UNAM.

56 *Les grands systèmes de droit contemporains, cit.*, nota 39, pp. 595-630.



1950 (véase párrafo 16), se observa un notable resurgimiento de los estudios jurídicos comparativos, que si bien se habían desarrollado de manera paulatina en la primera mitad del siglo XX a partir del impulso fundamental del mencionado Congreso de París de 1900, en la segunda mitad de dicho siglo se advierte un incremento ostensible en la ciencia jurídica comparativa y en la utilización, con cada vez más vigor, del método jurídico comparativo.

41. A nuestro modo de ver, el incremento sustancial de los estudios comparativos se debe a dos acontecimientos que se desarrollaron casi paralelamente: *a)* en primer término, la creación de las Comunidades Europeas, que se iniciaron con tres tratados económicos esenciales, el de París de 1951 (Comunidad Económica del Carbón y el Acero, CECA); y los de Roma de 1957 (Comunidad Económica Europea, CEE, y Comunidad Europea de la Energía Atómica, CEEA), que señalan el nacimiento del *derecho comunitario*; y *b)* la influencia cada vez más intensa del derecho internacional sobre los derechos nacionales, lo que implica la incorporación de los primeros en el ámbito interno, con lo cual se configura un creciente *derecho nacional de fuente internacional*.

42. Estos dos sectores contemporáneos, en constante evolución, han requerido de un análisis cada vez más intenso de los principios, valores y normas de la ciencia jurídica comparativa, si se toma en cuenta que tanto el derecho comunitario como el de carácter internacional se integran, a su vez, con las aportaciones de los derechos nacionales, que se enriquecen y perfeccionan por conducto de las normas comunitarias e internacionales, así como con los estudios doctrinales y la jurisprudencia de los organismos internacionales y comunitarios.

43. El resultado de este intercambio permanente entre los derechos nacionales, comunitarios e internacionales, se traduce, por medio de la ciencia y del método jurídico comparativo, en una creciente *armonización de los derechos internos*, por conducto de numerosos ordenamientos modelos o uniformes en diversas materias, pero además por la creciente aplicación de la jurisprudencia de los organismos internacionales y comunitarios (especialmente los de carácter jurisdiccional), por parte de los tribunales nacionales.<sup>57</sup>

57 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Las relaciones entre los tribunales nacionales y los internacionales”, *Transnational Aspects of Procedural Law. International Association of Procedural Law, X World Congress on Procedural Law, Taormina, Italia, 17-23 septiem-*

44. Es indudable que la creciente influencia de los derechos comunitario e internacional en los ordenamientos internos, ha requerido de un aumento notable de los estudios comparativos, puesto que al aproximarse los citados ordenamientos nacionales hace necesaria su confrontación para descubrir tanto los elementos comunes como los divergentes, con el objeto de lograr su armonización.

#### VI. LA TENDENCIA HACIA LA ARMONIZACIÓN DEBIDO A LA INTEGRACIÓN DE LOS DIVERSOS ORDENAMIENTOS POR CONDUCTO DEL DERECHO COMUNITARIO

45. En su documentado estudio sobre el derecho comparado, el distinguido jurista español Santiago González-Varas Ibáñez sostiene acertadamente que la elaboración de las normas comunitarias europeas se hace inspirándose en las regulaciones de los Estados miembros. A su vez, ese derecho comunitario, que tiene como base el derecho comparado, se proyecta sobre los derechos de los Estados miembros con el objeto de lograr una misma regulación jurídica, lo que genera un proceso o efecto de influencia de unos derechos nacionales en otros, ya que por una parte la norma comunitaria puede tomar como modelo un determinado derecho nacional, y, por la otra, dicha norma comunitaria, al aplicarse en otro Estado, puede causar un efecto de trasplante de criterios jurídicos nacionales de un derecho en otro de carácter nacional.<sup>58</sup> Esta situación requiere de intensos estudios comparativos y de la aplicación constante del método jurídico comparativo.

46. Lo anterior resulta evidente en relación con el derecho comunitario europeo, que es el más avanzado en cuanto a la integración, ya que ha rebasado los orígenes económicos iniciales para transformarse en una integración más amplia que abarca diversos aspectos políticos, sociales y culturales, y ello ha culminado en la elaboración de un proyecto de Constitución de la Unión Europea, próxima a ser aprobada.<sup>59</sup>

*bre 1995, General Reports*, Università di Catania, Milaán, Giuffrè, 1998, pp. 181-311, reproducido en el libro del propio autor, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, 2a. ed., México, CNDH, 2001, pp. 533-640.

58 “El derecho comparado”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 50, 1998, pp. 155-158.

59 *Cfr.* las profundas reflexiones del jurista español Ruipérez, Javier, *La “Constitución Europea” y la teoría del poder constituyente. Algunas reflexiones críticas desde el derecho político*, Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, 2000; Papier, Hans-Jürgen, “Eu-

47. La aproximación de los diversos ordenamientos ha sido constante, como lo demuestran las numerosas directivas expedidas por los órganos de la Unión Europea, las que tienden a armonizar los diversos ordenamientos nacionales en numerosas cuestiones. Un signo externo de esa armonización ha sido la creación de una moneda unitaria, el euro, que se encuentra ya en circulación en la mayoría de los Estados miembros, en sustitución de las tradicionales monedas nacionales. Inclusive debe subrayarse la compenetración recíproca de los ordenamientos correspondientes a la tradición angloamericana del *common law* con los de la tradición romanista de los países de Europa continental, a partir del ingreso a la Unión Europea del Reino Unido y de la República de Irlanda. Todo ello significa que la ciencia y el método comparativos han debido incrementarse con gran vigor, con el objeto de la aplicación de las normas comunitarias en los Estados miembros.

48. Entre las diversas declaraciones y directivas debemos destacar la expedición de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, que fue suscrita por los presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, en nombre de sus instituciones, el 7 de diciembre de 2000 en la ciudad de Niza, Francia.<sup>60</sup> Los derechos humanos establecidos en este documento se inspiran en las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales de los Estados miembros, como lo señala expresamente el Preámbulo de dicho instrumento comunitario, lo que requirió intensos estudios comparativos para determinar los aspectos comunes de dichos derechos.<sup>61</sup>

49. Dentro de esta evolución del derecho comunitario europeo, que se ha desarrollado de manera constante al perfeccionarse los tratados económicos iniciales de los años cincuenta con los tratados de Maastricht

ropäische Verfassung” (Constitución europea); Sorrentino, Federico, “La nascita della Costituzione Europea: un’istantanea”; los dos trabajos *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context. La Constitución española en el contexto constitucional europeo*, editada por Francisco Fernández Segado, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 203-219 y 220-235, respectivamente.

60 Cfr. Silvestre, Gaetano, “La tutela dei diritti fondamentali nell’Unione Europea dopo la Carta di Nizza”, Fernández Segado, Francisco, *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context. La Constitución española en el contexto constitucional europeo*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 353-367.

61 Cfr. Stein, Torsten, “La relevancia jurídica de la Carta de los Derechos Fundamentales de los ciudadanos de la Unión (Europea)”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, 2000, pp. 281-294.

(1992);<sup>62</sup> Ámsterdam (1997)<sup>63</sup> y el reciente de Niza (2001), debe destacarse la labor del Tribunal de Justicia de la Unión, con residencia en la ciudad de Luxemburgo, que ha tenido un desarrollo espectacular, pues constituye la última instancia de las controversias jurídicas comunitarias, con el auxilio del Tribunal de Primera Instancia, creado el 25 de noviembre de 1988 por decisión del Consejo de la entonces Comunidad Europea.

50. En términos muy generales, son dos las vías por medio de las cuales puede asegurarse el cumplimiento de las normas comunitarias en los ordenamientos internos de los Estados miembros. La primera es *concentrada*, es decir, consiste en la posibilidad de acudir directamente ante el Tribunal Europeo, y la segunda es *prejudicial*, la que se produce cuando los jueces nacionales, que tienen la obligación de preferir las normas comunitarias sobre las internas, o bien desaplican estas últimas de acuerdo con los principios de la revisión judicial de carácter difuso, en los casos concretos en los cuales conocen cuando contradicen las primeras, o bien acuden al Tribunal Europeo para que establezca la *interpretación obligatoria* del derecho comentario que deba prevalecer. Esta remisión o consulta judicial es potestativa para los jueces nacionales de los primeros grados, pero imperativa para los tribunales cuyas decisiones no puedan ser impugnadas en el ámbito interno.<sup>64</sup>

51. Si bien las actividades hacia la armonización de los ordenamientos comunitarios se observa con gran intensidad en la Unión Europea, en otras regiones se han establecido otros espacios de integración y armonización de menor alcance, y centrados especialmente en aspectos econó-

62 Cfr. Cartou, Louis, *L'Union Européene. Traités de Paris, Rome, Maastricht*, París, Dalloz, 1994, pp. 51-65; Pryce, Roy, "The Maastricht Treaty and the New Europe", Andrew Duff, John Pinder y Roy Pryce, *Maastricht and Beyond. Building the European Union*, Londres, Routledge, 1994, pp. 3-16.

63 Cfr. la obra colectiva en dos volúmenes dirigida por Marcelino Oreja Aguirre y coordinada por Francisco Fonseca Morillo, Madrid, McGraw-Hill-Fundación BBV, 1998.

64 Cfr. Cappelletti, Mauro, "Justicia constitucional transnacional", en su libro *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, traducción de Dorantes Tamayo, Luis, México, UNAM, 1987, pp. 217-235, autor que analiza con profundidad este control difuso por parte de los jueces nacionales y la interpretación obligatoria, con efectos generales, del Tribunal de la Unión Europea, y destaca sus analogías con los sistemas de justicia constitucional. A su vez, la jurista española Silva de Lapuerta, Rosario, *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, 2a ed., Madrid, La Ley, 1993, pp. 219-263, califica el sistema como *recurso prejudicial* y distingue entre "prejudicial de interpretación" y "prejudicial de validez".

micos. Entre ellos podemos mencionar la *Comunidad Andina*, que se formalizó por el tratado multilateral suscrito en la ciudad de Cartagena, Colombia, el 26 de mayo de 1966, y por eso se le ha llamado “Acuerdo de Cartagena”, ratificado inicialmente por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, al cual se adhirió posteriormente Venezuela, pero se desincorporó Chile, de manera que está formado actualmente por cinco países.<sup>65</sup>

52. La evolución, así sea limitada, de este proceso de integración desarrollado por dos organismos de gobierno, la Comisión y la Junta, condujo a la necesidad, en cierto modo según el modelo europeo, de establecer un organismo judicial para lograr la aplicación efectiva de las normas comunitarias de carácter andino. Este organismo es el *Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, creado en mayo de 1979 por el Tratado suscrito por los cinco países integrantes del Pacto. El Estatuto de dicho Tribunal fue aprobado por el mismo en la ciudad de Quito, Ecuador, ciudad en la que reside, el 9 de mayo de 1984.

53. Según el Tratado de Quito, el Estatuto y el Reglamento del Tribunal Andino, éste tiene una estructura y funciones similares, aun cuando restringidas, a las del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Se trata también de un organismo jurisdiccional transnacional, cuya misión esencial es asegurar el respeto al derecho en la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico del Acuerdo (de Cartagena), y es considerado como *órgano principal* de la organización andina (artículos 6o. del Tratado y 2o. del Estatuto).<sup>66</sup>

54. De acuerdo con el paradigma del Tribunal europeo, son tres los instrumentos procesales ante el organismo jurisdiccional andino, es de-

65 Como antecedentes de la integración andina y la centroamericana que mencionamos más adelante, pueden citarse los esfuerzos realizados en nuestra región por conducto del Mercado Común Centroamericano y la fallida Asociación Latinoamericana de Libre Comercio. Cfr. Fix-Zamudio, Héctor y Cuadra, Héctor, “Problèmes actuels de l’armonisation et de l’unification des droits nationaux à l’Amérique Latine”, *Nordisk Tidsskrift for International Ret*, Copenhague, sup. 1, núm. 41, 1971, pp. 1-74, publicado posteriormente en castellano como “Problemas actuales de armonización y unificación de los derechos nacionales en Latinoamérica”, *Anuario Jurídico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, pp. 93-122

66 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Los organismos jurisdiccionales de solución de controversias jurídicas internacionales y comunitarias”, en la obra *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber. Persona humana y derecho internacional*, Bruselas, Bruylant, 1997, pp. 366 y 367.

cir, las *acciones de nulidad* y de *incumplimiento*, así como la *interpretación prejudicial*, que comprenden las dos vías, *concentrada* y *difusa*, que existen en el sistema comunitario europeo. La primera puede ser interpuesta por las autoridades del Acuerdo, los Estados miembros y los particulares, cuando los actos impugnados los afecten de manera directa si las decisiones de las propias autoridades infringen el derecho del Acuerdo, y la segunda únicamente por la Junta (que hace las veces de la Comisión Europea), cuando considere que un Estado miembro no cumple con sus obligaciones comunitarias. Por lo que respecta a la interpretación prejudicial, es similar a la misma institución europea y procede cuando un juez nacional tiene duda sobre el alcance de una norma comunitaria que debe aplicar preferentemente al derecho interno, y esta instancia es potestativa para los órganos jurisdiccionales de grados inferiores, pero obligatoria para aquellos cuyas decisiones no puedan ser impugnadas (artículos 17 a 31 del Tratado y 35 a 64 del Estatuto).<sup>67</sup>

55. Pero además de los estudios comparativos sobre los aspectos económicos de la Comunidad Andina, debemos destacar los informes anuales de carácter comparativo (además de otras investigaciones sobre temas específicos),<sup>68</sup> que ha publicado la *Comisión Andina de Juristas* en relación con diversos aspectos políticos, sociales, económicos y jurídicos, que incluyen las reformas judiciales y la tutela de los derechos humanos, respecto de los diversos ordenamientos que integran la Región Andina (que abarca los cinco países del Pacto, pero se incluye en los estudios también al ordenamiento de Chile).<sup>69</sup>

67 A la inversa de lo que ocurre con el Tribunal Europeo, existe escasa bibliografía sobre el Tribunal del Acuerdo de Cartagena, debido a su escasa actividad. Nos limitamos a citar los estudios del jurista colombiano Sáchica, Luis Carlos (quien fuera el primer Presidente de dicho organismo jurisdiccional); *Introducción al derecho comunitario andino*, Quito, Ecuador, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1985, especial, pp. 131-184; y “Derecho comunitario andino y derecho constitucional”, en la obra coordinada por Domingo García Belaúnde y Francisco Fernández Segado, *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Dykinson, 1992, pp. 886 y 897.

68 Cfr. entre otros, *Una mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes y Los procesos de amparo y hábeas corpus*, ambos, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995 y 2000.

69 Cfr. entre ellos podemos mencionar: *Los Andes: ¿emergentes o en emergencia?*, 1996; *Democracia en la encrucijada; crisis de la democracia en los andes*. Los dos últimos llevan como subtítulo *Informe Anual sobre la Región Andina*, Lima, Comisión Andina de Juristas, enero de 2000, y de 2001.

56. Al anterior Pacto Andino debemos agregar el *Sistema de Integración Centroamericana*, que fue establecido por el llamado *Protocolo de Tegucigalpa*, suscrito en la IX Cumbre de Presidentes Centroamericanos de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, realizada en dicha ciudad el 13 de diciembre de 1991. Dicho Protocolo reformó la Carta de la Organización de los Estados Centroamericanos (ODECA), suscrito en la ciudad de Panamá el 12 de diciembre de 1962.<sup>70</sup>

57. El artículo 12 del citado Protocolo de Tegucigalpa estableció la *Corte Centroamericana de Justicia*, cuyo Estatuto fue suscrito el 10 de diciembre de 1992 por la XII Cumbre de Presidentes del Istmo Centroamericano, efectuada en la ciudad de Panamá los días 9 a 11 del citado mes de diciembre. La parte relativa del artículo primero de dicho Estatuto dispone: "...La Corte Centroamericana de Justicia es el órgano principal y permanente del «Sistema de Integración Centroamericana», cuya *jurisdicción y competencia regionales son de carácter obligatorio para los Estados...*" (las cursivas son nuestras).

58. Con apoyo en lo establecido por el artículo 4o. del mencionado Estatuto, la Corte Centroamericana expidió su Reglamento el mismo 12 de diciembre de 1994 y su Ordenanza de Procedimientos en diciembre de ese mismo año para entrar en vigor el 1o. de enero de 1995. La competencia que se confiere a la citada Corte Centroamericana por el artículo 12 del Estatuto mencionado y que desarrollan su Reglamento y la Ordenanza de Procedimientos es más extensa que la que se otorga a los Tribunales de la Unión Europea y el del Acuerdo de Cartagena, puesto que si bien sus actividades principales se refieren, como sucede con estos últimos, a su situación de órgano judicial principal y permanente del "Sistema de Integración Centroamericana", de acuerdo con el artículo 1o. del propio Estatuto al que nos hemos referido con anterioridad. Pero algunas atribuciones adicionales tienen su origen en el antecedente histórico de la *Corte Centroamericana* que funcionó en las ciudades de Cartago y San José, Costa Rica, entre los años de 1907 y 1918, por lo que haremos una muy breve referencia a este último organismo jurisdiccional.

59. La Corte Centroamericana fue creada por la Convención suscrita en Washington D. C. el 20 de diciembre de 1907 por Costa Rica, Guate-

70 Cfr. Giammattei A., Jorge, "El sistema de Integración Centroamericano", en la obra *El Tribunal Centroamericano. La Corte Centroamericana de Justicia*, Tegucigalpa, Honduras, Editorial Universitaria, 1995, pp. 19-43.

mala, Honduras, Nicaragua y El Salvador, con carácter predominantemente jurisdiccional, ya que decidía en forma imperativa las controversias que le sometieran dichos Estados. Funcionó hasta el año de 1918 en el que finalizó la vigencia de la Convención de Washington, que desafortunadamente no fue renovada. Dicho Tribunal podía conocer de tanto de conflictos ente los Estados partes como de reclamaciones individuales de personas residentes en uno de esos Estados, pero del cual no fueran nacionales, lo que constituyó el primer antecedente mundial del acceso de particulares ante un tribunal internacional. Por lo que respecta al primer sector, la propia Corte estaba facultada para resolver, según el artículo 1o. de la Convención: “Todas las controversias o cuestiones que entre ellas (las partes en la Convención), pudieran sobrevenir, de cualquier naturaleza que sean y cualquiera que sea su origen, en caso de que las respectivas Cancillerías no hubiesen llegado a un avenimiento”. Además, la sujeción de los Estados partes en el tratado no era potestativa sino obligatoria.

60. Otra facultad significativa, y que puede considerarse como antecedente de las que actualmente se confieren a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, radicaba en la competencia de la Corte Centroamericana para resolver, en los términos del artículo II de la Convención: “Las cuestiones que inicien los particulares de un país Centroamericano contra alguno de los Gobiernos contratantes por violación de Tratados o Convenciones y en los demás de carácter internacional sea que su gobierno apoye o no dicha reclamación”. Como puede observarse, la competencia obligatoria de la Corte Centroamericana era muy amplia, inclusive tratándose de reclamaciones individuales, con el único requisito de que se hubiesen agotado los recursos internos, salvo que se hubiese producido denegación de justicia. Como fracasó el intento de convertirlo en permanente, dicho tribunal no pudo consolidarse, ya que durante sus diez años de actividades conoció de seis reclamaciones de particulares contra Estados y tres demandas de gobierno a gobierno, pero no resolvió en cuanto el fondo ninguna de ellas.<sup>71</sup>

<sup>71</sup> Cfr. Eyma, Jean, *La Cour de Justice Centre-Américaine*, París, Librairie Moderne de Droit et de Jurisprudence, 1928; Gutiérrez, Carlos José, *La Corte de Justicia Centroamericana*, San José, Costa Rica, Ediciones Juricentro, 1978; Pasos Arguello, Luis, *La Corte de Justicia Centroamericana*, Managua, Nicaragua, 1986; Hércules Pineda, Pablo “Antecedentes del Tribunal de Justicia Centroamericana”, *El Tribunal Centroamericano de Justicia*, cit., nota 70, pp. 1-18; Fix-Zamudio, Héctor, “Los organismos jurisdiccionales



61. Este recuerdo histórico se advierte en el texto del artículo 7o. del Estatuto de la Corte actual, en cuya parte relativa se expresa: “La Corte representa la conciencia nacional de Centroamérica y se considera, además depositaria y custodia de los valores que constituyen la nacionalidad centroamericana...”. Esta frase es en cierto similar a la consignada en la Convención de Washington de 1907 mencionada el párrafo anterior, en la cual se estableció que “La Corte de Justicia Centroamericana representa la conciencia nacional de Centroamérica...”.

62. Entre las facultades relacionadas con el Sistema de Integración Centroamericana, pueden mencionarse las siguientes: conocer de los acuerdos de los organismos del Sistema de Integración; conocer a solicitud de cualquier interesado, acerca de las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o de cualquier otra clase dictadas por un Estado cuando afecten los Convenios, Tratados y cualquier otra normativa del citado derecho de integración; actuar como órgano de consulta de los órganos u organismos del Sistema de Integración Centroamericana, en la interpretación y aplicación del Protocolo de Tegucigalpa y de los instrumentos complementarios y actos derivados de los miembros; conocer a solicitud del agraviado de conflictos que puedan surgir entre los poderes u órganos fundamentales de los Estados y cuando de hecho no se respeten los fallos judiciales; conocer de los asuntos que someta directa o individualmente cualquier afectado por los acuerdos del órgano u organismo del Sistema de Integración; conocer en última instancia, en apelación, de las resoluciones administrativas dictadas por los órganos u organismos del sistema cuando afecten directamente a un miembro del personal del mismo y cuya reposición haya sido denegada; y finalmente resolver toda *consulta prejudicial* requerida por todo juez o tribunal judicial que estuviere conociendo de un caso pendiente de fallo encaminada a obtener *la aplicación e interpretación uniforme* de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Sistema de Integración Centroamericana, sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo.

63. Entre las atribuciones que exceden esta competencia relacionada con la integración, se pueden mencionar: conocer a solicitud de cualquiera de los miembros de los Estados miembros de la controversias que se susciten entre ellos. Se exceptúan los conflictos fronterizos, sobre te-

les de solución de controversias jurídicas internacionales y comunitarias”, *cit.*, nota 57, pp. 368-372.

rritorios o marítimos para cuyo conocimiento se requiere la solicitud de todas las partes concernientes (artículo 22, inciso *a* del Estatuto). También se excluyen, de acuerdo con el artículo 25 del mismo Estatuto, la materia de derechos fundamentales, la cual corresponde en forma exclusiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También se confiere a dicha Corte Centroamericana la facultad de actuar como tribunal de consulta permanente de las Cortes Supremas de Justicia de los Estados, con carácter ilustrativo; así como conocer de las controversias o cuestiones que surjan entre un Estado centroamericano y uno que no lo sea, cuando de común acuerdo le sean sometidos.

64. El referido Sistema de Integración Centroamericano se encuentra en formación, en virtud de que todavía no se han designado todos los jueces que deben integrar la Corte Centroamericana, misma que inició sus funciones el 12 de agosto de 1994 en la ciudad de Managua, con el número inicial de magistrados provenientes de los Estados que hubiesen ratificado el Protocolo de Tegucigalpa (que lo fueron inicialmente El Salvador, Honduras y Nicaragua y tenía intención de hacerlo Guatemala), de acuerdo con el Convenio de Sede que la propia Corte celebró con el Gobierno de la República de Nicaragua en la misma fecha. Debido a lo anterior resulta explicable que la bibliografía sobre dicho Tribunal sea todavía escasa, pero se ha incrementado en los últimos años debido a los estudios comparativos sobre los ordenamientos centroamericanos, como ha ocurrido con los otros organismos jurisdiccionales de carácter comunitario que hemos mencionado.<sup>72</sup>

65. Finalmente, hacemos referencia muy brevemente a un reciente sistema de integración, esencialmente en materia económica, que recibe el nombre de *Mercosur*, creado por el Tratado de Asunción, suscrito por los presidentes de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay el 26 de marzo de 1991. Se encuentra actualmente en periodo de consolidación, si bien ya existe un intercambio importante de bienes y servicios entre los diversos Estados miembros. Los órganos de dicha comunidad son el Consejo, el Grupo y la Comisión de Comercio, todos ellos del Mercado Común. No cuenta todavía con un tribunal comunitario, el que es posible que se establezca en un plazo razonable, ya que en la Carta de Ouro Preto fir-

72 *Cfr.* Giammattei Avilés, Jorge Antonio, “La Corte Centroamericana de Justicia como tribunal constitucional de la Comunidad Centroamericana”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2003, pp. 507-521.

mada el 21 de septiembre de 1966, se recomendó la creación e instalación de una Corte de Justicia Supranacional, para la aplicación, interpretación y unificación del derecho comunitario. En tanto que esto no ocurra, de acuerdo con el artículo 2o. del citado Protocolo, que regula la aplicación interna de las normas emanadas de los órganos mencionados, una vez aprobadas las normas comunitarias, los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para su incorporación en sus ordenamientos jurídicos nacionales, e informarán sobre este procedimiento a la Secretaría Ejecutiva del Mercosur.<sup>73</sup>

66. Forzosamente, la tendencia hacia la armonización de los ordenamientos nacionales a través de los procesos de integración ha promovido el establecimiento de cursos sobre la ciencia y el método jurídicos comparativos que, como hemos dicho anteriormente (véase párrafo 3), al inicio de la segunda mitad del siglo XX, eran predominantemente de naturaleza optativa, pero en virtud, entre otros fenómenos, del derecho comunitario, han adquirido de manera paulatina el carácter de obligatorio, ya que no es posible que los estudios jurídicos se reduzcan al análisis de los derechos nacionales, si se toma en cuenta que instrumentos de la integración se apoyan en la armonización de dichos derechos, lo que no es posible sin la comparación.

67. Como ejemplo podemos señalar que en las universidades públicas y algunas privadas mexicanas se establecieron cursos obligatorios con la denominación de *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, de acuerdo con el modelo establecido por el eminente comparatista francés René David. En la Facultad de Derecho de la UNAM, de acuerdo con una reciente reforma al Plan de Estudios de Licenciatura (1993), se introdujo esta materia en el primer semestre, a nuestro modo de ver de manera irreflexiva, ya que requiere una mayor preparación de los alumnos que se encuentran apenas en una etapa inicial de sus estudios.<sup>74</sup>

68. Por lo que respecta al derecho comunitario europeo, que sin duda es el más avanzado, por lo que puede servir de modelo a los restantes sis-

<sup>73</sup> Cfr. Cairolí Martínez, Milton H., “Derecho constitucional y procesos de integración (con especial referencia al Mercosur)”, y Lavopa, Jorge H., “Derecho constitucional y procesos de integración. La integración de los Estados Federales del Mercosur. El caso argentino y brasileño”, *Anuario de Derecho Constitucional Iberoamericano*, citado nota anterior, pp. 451-465, y 523-534, respectivamente.

<sup>74</sup> Cfr. Margadant, Guillermo F., *Los sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Facultad de Derecho de la UNAM, 1996; Sirvent Gutiérrez, Consuelo, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, 5a. ed., México, Porrúa, 2003.

temas de integración que hemos mencionado, debe destacarse la fundación del *Instituto Universitario Europeo*, cuyo Departamento Jurídico se estableció en la ciudad de Florencia, Italia, y cuyo primer director lo fue el notable procesalista y comparatista Mauro Cappelletti. En dicho Departamento no sólo se realizan estudios sobre el derecho europeo, apoyados, como hemos dicho, en la comparación de los ordenamientos nacionales de los países que forman la Unión (la que se ha incrementado recientemente con varios nuevos miembros, que suman ya 25), por parte de estudiantes y graduados de los propios países, sino que también se han realizado importantes investigaciones comparativas y además de carácter inter y multidisciplinario, entre las cuales podemos mencionar la obra intitulada *Access to Justice*, publicada por dicho Departamento Jurídico de la Universidad Europea,<sup>75</sup> y además una obra colectiva bastante extensa, editada por Mauro Cappelletti, Mónica Seccombe y Joseph Weiler, con el título genérico de *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience*.<sup>76</sup>

69. Un aspecto importante de la armonización de las normas procesales se inicia con el nombramiento, por parte de los órganos de la Unión Europea, de una comisión de expertos para elaborar un código modelo

<sup>75</sup> Cuatro volúmenes, seis tomos: el volumen I, libros 1 y II, editados por Mauro Cappelletti y Bryant Garth, *A World Survey*; el volumen II, libros 1 y 2, editados por Mauro Cappelletti y John Weisner, *Promising Institutions*; el vol. III, editado por Mauro Cappelletti y Bryant Garth, *Emerging Signs and Perspectives*; y el vol. IV, editado por Klaus Friedrich Koch, *Anthropological Perspective. Patterns of Conflict Management: Essays in the Ethnography of Law*, todos estos volúmenes fueron publicados en Milán y Alphen aan den Rijn, Giuffrè Editore y Sitjhof and Noordhoff, entre 1978 y 1979. Existe una traducción al castellano de la introducción general (General Report) del vol. I, t. 1, a esta obra elaborada por Cappelletti, Mauro y Bryant Garth, *Acceso a la Justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

<sup>76</sup> Primer volumen *Methods, Tools and Institutions*, tres tomos, t. I: *Political, Legal and Economic Overview*; t. II: *Political Organs, Integration Techniques and Judicial Process*, y t. III: *Forces and Potential for a European Identity*; el segundo volumen redactado por Reh binder, Eckard y Richard Stewart, *Environmental Protection Policy*; el tercer volumen, elaborado por Bourgoignie, Thery y Trubek, David, *Consumer Law, Common Markets and Federalism*; el volumen cuarto escrito por Buxbaum, Richard M. y Hopt, Klaus J., *Legal Harmonization and the Business Enterprise*; y el quinto y último volumen de esta serie, elaborado por Daintith, Terence y Williams, Stephen, *The Legal Integration of Energy Markets*. Todos estos libros fueron publicados por Walter de Gruyter, Berlín, entre 1986 y 1987.

europeo sobre el proceso civil,<sup>77</sup> pero el Consejo de Dirección de la UNIDROIT tomó en el año de 1999 la decisión de unir esfuerzos con el *American Law Institute* (ALI) para elaborar un conjunto de reglas de armonización del proceso civil transnacional que pudieran aplicarse a todos los sistemas jurídicos y no exclusivamente en Europa, por lo que se parte de una posible armonización regional hacia la de carácter universal. Todo ello ha significado un esfuerzo considerable de carácter comparativo para encontrar aspectos comunes a la gran diversidad de las legislaciones procesales de carácter nacional. Esta compleja investigación ha culminado con el Proyecto de *Principios y Reglas del Proceso Civil Transnacional*, como resultado de los debates realizados por el Grupo de Trabajo y los ponentes en las reuniones realizadas en Roma los días 2 a 6 de julio de 2001 y Friburgo, República Federal de Alemania los días 7 a 9 de marzo de 2002. El proyecto será examinado posteriormente en otras reuniones de trabajo, ya que la materia es muy complicada y difícil. Los resultados de este trabajo de expertos deben considerarse de gran trascendencia.<sup>78</sup>

## VII. FORTALECIMIENTO DE LOS ESTUDIOS JURÍDICO COMPARATIVOS EN RELACIÓN CON LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE LATINOAMÉRICA

70. También en la segunda mitad del siglo XX se advierte un renacimiento vigoroso de los estudios comparativos en el ámbito iberoamericano, es decir, de Latinoamérica conjuntamente con España y Portugal,

<sup>77</sup> Cfr. la obra editada por Storme, Marcel, *Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Dordrecht-Boston-Londres, Kluwer, 1994.

<sup>78</sup> Este proyecto aparece publicado tanto en inglés “Ali-Unidroit, *Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*” (con agudos comentarios), como en francés “*Projet Ali-Unidroit. Principes et Regles relatifs à la procédure civile transnationale*”, “*Uniform Law Review. Revue de Droit Uniforme*”, 2001-4, UNIDROIT-Kluwer Law International-Multa Pacis, AG, pp. 1063-1103 y 1105-1144, respectivamente. Además en dicha revista se publican varios artículos doctrinales sobre la materia. Respecto de esta materia puede consultarse también el libro editado por la Université Panthéon-Assas (París II) y dirigida por Philippe Fourchard, *Vers un procès civil universel? Les règles transnationales de procédure civile de l’American Law Institute*, París, L.G.D. J.-Diffuseur, 1997; así como la edición especial de *Derecho Puc, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Perú*, núm. 52, Lima, diciembre de 1998 a marzo de 1999, *Proyecto de Normas Transnacionales del Proceso Civil. Transnational Rules of Civil Procedure. The American Law Institute*, que contiene los estudios de los expertos Geoffrey C. Hazard Jr., Antonio Aidi, y del mismo Hazard en coautoría con Michele Taruffo.

pero como estos últimos dos países, aunque vinculados estrechamente con nuestra región, pertenecen también a la Unión Europea y al Consejo de Europa, las reflexiones han sido más extensas en relación con los ordenamientos latinoamericanos, que se han aproximado cada vez más en los últimos decenios, especialmente en tres sectores jurídicos: *a)* derecho constitucional; *b)* derecho procesal, que incluye reforma judicial, y *c)* la justicia constitucional, analizada actualmente por la nueva rama del derecho procesal que se encentra en pleno desarrollo, es decir, el derecho procesal constitucional.

71. *a)* En cuanto a los estudios comparativos en derecho constitucional debe destacarse la labor realizada por el *Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional*, creado en la ciudad de Buenos Aires en el año de 1974, pero que tiene su residencia en la ciudad de México en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, con cuyo apoyo y colaboración se han organizado varios Congresos a partir del primero realizado en la ciudad de México en agosto de 1975;<sup>79</sup> el que fue seguido del Coloquio, también promovido por los citados Institutos Iberoamericano y de Investigaciones Jurídicas en 1976: *Evolución de la organización político-constitucional de América Latina (1950-1975)*.<sup>80</sup> El siguiente Congreso se realizó en la ciudad de México en 1980;<sup>81</sup> el tercero también en esta capital en 1985;<sup>82</sup> el cuarto en Madrid en 1988;<sup>83</sup> el quinto en Querétaro,

79 Las ponencias respectivas se publicaron en varios volúmenes temáticos: *El predominio del poder ejecutivo en Latinoamérica*; *Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*; *Constitución y grupos de presión en América Latina* y *Los cambios constitucionales*, todos publicados por la UNAM en 1977.

80 Dicha reunión se efectuó los días 28 de marzo a 2 de abril de 1976 en el Centro de Convenciones de Oaxtepec, Morelos, y los estudios presentados se publicaron en dos volúmenes, el primero *México y Centro América* y el segundo *Sudamérica y España*, México, UNAM, 1978 y 1979, respectivamente.

81 Este II Congreso se efectuó en la ciudad de México los días 8 a 11 de julio de 1980, sobre tres temas esenciales: partidos políticos y sistemas electorales; características constitucionales para la determinación de un sistema democrático y desarrollo constitucional en Iberoamérica 1975-1980. *Cfr.* nota informativa en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 41, mayo-agosto de 1981, pp. 963-965.

82 Dicho Congreso se efectuó en esta ciudad de México los días 4 al 8 de noviembre de 1985, y los trabajos presentados se publicaron en la *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 1987, 2 ts.

83 Dicho Congreso se efectuó en la ciudad de Madrid los días 26-30 de septiembre de 1988 y los trabajos se publicaron en el volumen *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 1992.

México en 1990;<sup>84</sup> el sexto en la ciudad de Santa Fé de Bogotá, Colombia en 1998;<sup>85</sup> el séptimo también en esta ciudad de México en 2002;<sup>86</sup> y el octavo en Sevilla, España en 2003.<sup>87</sup>

72. Pero también las secciones nacionales del Instituto Iberoamericano han organizado numerosas reuniones y congresos con participación de juristas extranjeros, entre ellos españoles y portugueses, ya que la influencia de las Constituciones democráticas portuguesa de 1976-1982, y particularmente, la española de 1978, han influido en forma importante en las nuevas cartas fundamentales (o reformas sustanciales a las ya existentes) expedidas en las últimas décadas en Latinoamérica, como las de Guatemala (1985); Brasil (1988); Colombia (1991); Paraguay (1992); Perú (1993); y Venezuela (1999). Las que han sido reformadas sustancialmente en los últimos años han sido las de México (especialmente 1988, 1994 y 1996); Costa Rica en 1989; las de Argentina y Bolivia en 1994; la de El Salvador en 1991 con motivo de los acuerdos de Paz; Nicaragua en 1995 y 2000; y Ecuador en 1996 y 1998, para no citar sino los cambios más significativos.

73. Podemos afirmar sin exageración que los estudios comparativos han propiciado la modernización de las cartas fundamentales latinoamericanas, lo que a su vez ha incrementado en forma notable los artículos, libros monográficos y colectivos sobre el derecho constitucional comparado latinoamericano.<sup>88</sup>

84 Este Congreso se efectuó en la ciudad de Querétaro durante los días 9-12 de julio de 1990. Los estudios presentados se publicaron en el volumen *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 1998.

85 Esta reunión académica se realizó en la sede de la Universidad Externado de Colombia, y los estudios se publicaron en la obra *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional en conmemoración de los 506 años del nacimiento del pensador florentino Donato Gianotti*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, 2 ts.

86 Dicho Congreso se efectuó en la ciudad de México los días 6 a 9 de febrero de 2002 y ha sido el más concurrido de los que se han efectuado hasta la fecha, y por ello los trabajos respectivos se publicaron en forma temática en varios volúmenes: *Instrumentos de tutela y justicia constitucional; Tribunales y justicia constitucional; Derechos fundamentales y Estado; Sistema representativo y democracia semidirecta; Relaciones entre Gobierno y Congreso; Federalismo y Regionalismo; Educación, ciencia y cultura*, México, UNAM, 2002.

87 Dicha reunión académica se realizó en la ciudad de Sevilla, España, durante los días 6 a 9 de diciembre de 2003, y los numerosos trabajos presentados se encuentran en proceso de publicación.

88 Cfr. Quiroga Lavié, Humberto, *Derecho constitucional latinoamericano*, México, UNAM, 1991; del mismo autor *Las constituciones latinoamericanas. Estudio preliminar*,

74. Dentro de esta misma corriente del derecho constitucional latinoamericano comparado destaca el esfuerzo realizado por la Fundación alemana *Konrad Adenauer* que con el apoyo del Centro Interdisciplinario sobre Derecho Latinoamericano (CIEDLA), que han promovido la creación del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, que apareció por primera vez en Caracas en el año de 1995, y lo mismo ocurrió con los de 1996 y 1997, editados por la Biblioteca Jurídica Diké con el apoyo de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional y de otras instituciones académicas. Los anuarios correspondientes a los años 1998, 1999 y 2000 fueron publicados en Buenos Aires, y los restantes, de 2001, 2002 y 2003, en la ciudad de Montevideo.

75. Un esfuerzo similar ha sido efectuado por el Centro de Estudios Políticos Constitucionales de Madrid, que introdujo el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, cuyo primer número apareció en el año de 1997, y del que se han publicado los números 2 (1998), 3 (1999), 4 (2000), 5 (2001), 6 (2002), y el último, 7 (2003). Se trata de una excelente y dinámica publicación periódica dirigida por el destacado constitucionalista español, Francisco Fernández Segado. Si bien excede el ámbito iberoamericano, también debemos mencionar el extenso libro de estudios comparativos, editado también por Francisco Fernández Segado con motivo del vigésimo quinto aniversario de la Constitución Española de 1978, *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context. La Constitución española en el contexto constitucional europeo*.<sup>89</sup> El distinguido constitucionalista brasileño Paulo Benavides ha fundado la *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*.<sup>90</sup>

76. Los estudios de derecho constitucional comparado también se han establecido desde hace tiempo en nuestra región a partir del análisis del derecho nacional, cuyas instituciones se examinan siempre con un criterio de carácter comparativo. Esta corriente fue iniciada por el notable constitucionalista argentino Segundo V. Linares Quintana, cuya monu-

México, UNAM-Fondo de Cultura Económica, 1994; el libro coordinado por García Belaúnde, Diego, Fernández Segado, Francisco y Hernández Valle, Rubén, *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Editorial Dykinson, 1992; y la obra colectiva editada por la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional y la Konrad Adenauer Stiftung, *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*, Caracas, Editorial Panapo, S.A., 1996, 2 vols.

<sup>89</sup> Madrid, Dykinson, 2003.

<sup>90</sup> Cuyo primer número correspondiente a los meses enero-junio de 2003, apareció en Belo Horizonte, Mins Gerias, Brasil, Editorial Del Rey.



mental obra fue intitulada *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*.<sup>91</sup> De acuerdo con el antecedente anterior, el que esto escribe, con la coautoría del conocido constitucionalista mexicano Salvador Valencia Carmona, redactamos una obra menos extensa pero con el mismo criterio de analizar el derecho constitucional nacional de acuerdo con el método jurídico comparativo, con la denominación de *Derecho constitucional mexicano y comparado*.<sup>92</sup>

77. Por lo que respecta a los estudios comparativos en la ciencia del derecho procesal, éstos se iniciaron con la fundación del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, promovida por el ilustre procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, residente entonces en México y que fue nombrado por aclamación su primer presidente, con motivo de las segundas Jornadas Latinoamericanas<sup>93</sup> y el Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal que se efectuaron en la ciudad de México los días 14 al 18 de febrero de 1960.<sup>94</sup> A partir de entonces se han efectuado numerosos congresos organizados por el citado Instituto con la denominación de *Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, por lo que sería difícil mencionarlas, aun cuando puede afirmarse sin exageración que han realizado una labor muy importante de carácter comparativo que ha influido en la renovación y actualización de los códigos procesales de la región. La última de dichas Jornadas, la número XVIII, realizada conjuntamente con la XI Jornada Uruguaya de Derecho Procesal, en homenaje a la Escuela Procesalista Uruguaya, se efectuó en la ciudad de Montevideo, los días 16 a 18 de octubre de 2002.<sup>95</sup>

78. Uno de los aspectos más significativos que deben resaltarse, como producto de los trabajos del citado Instituto Iberoamericano de Derecho

91 Abarca nueve volúmenes. La primera edición fue publicada en Buenos Aires, por la Editorial Alfa entre los años de 1953 a 1963; y la segunda edición actualizada, también en nueve volúmenes, fue publicada en Buenos Aires por la editorial Plus Ultra, entre los años de 1977 a 1987.

92 3a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2003.

93 Las primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal se efectuaron en la ciudad de Montevideo en mayo de 1957, en homenaje al ilustre procesalista uruguayo Eduardo J. Couture, fallecido un año antes.

94 Los trabajos presentados en esa reunión académica fueron publicadas en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 37-40, enero-diciembre de 1960.

95 Las ponencias presentadas en dichas Jornadas fueron publicadas en la obra *XVIII Jornadas Iberoamericanas. XI Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal en homenaje a la Escuela Procesalista Uruguaya*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002.

Procesal, ha sido la elaboración paulatina y con discusiones en los diversas Jornadas Iberoamericanas, es la redacción de los *Códigos Procesales Modelo para Iberoamérica*. El *Código Procesal Civil Modelo* fue elaborado bajo la dirección de dos ilustres procesalistas uruguayos, ya desaparecidos, Enrique Véscovi y Adolfo Gelsi Bidart,<sup>96</sup> y fue adoptado íntegramente por el Congreso de Uruguay, como Código del Proceso Civil. El *Código Procesal Penal Modelo*, fue iniciado bajo la dirección de los destacados procesalistas argentinos Alfredo Vélez Mariconde y Jorge Claría Olmedo, pero como ambos fallecieron, continuó la tarea el notable procesalista español Víctor Fairén Guillén. En relación con una nueva disciplina de frontera entre los derechos procesal y constitucional, por lo que requiere la colaboración de estas dos materias, se ha iniciado la publicación de la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, promovida por el recientemente fundado Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, actualmente presidido por el notable jurista argentino Néstor Pedro Sagüés.<sup>97</sup>

79. También en esta dirección debe mencionarse la fundación, por parte de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), del *Centro de Estudios de Justicia de las Américas* (CEJA), que tiene su sede en la ciudad de Santiago de Chile y que publica semestralmente en Buenos Aires, Argentina, la revista *Sistemas Judiciales. Una Perspectiva Integral sobre la Administración de Justicia*, de la cual han aparecido seis números, el último de los cuales corresponde al segundo semestre de 2003, todos ellos sobre temas de la organización judicial bajo sus diversos aspectos, incluyendo reformas de carácter procesal.<sup>98</sup>

80. También podemos mencionar la muy reciente publicación del primer número de la *Revista Latinoamericana de Derecho*, de carácter general y semestral, que pretende dar a conocer las aportaciones de los juristas de la región.<sup>99</sup>

81. El incremento tan ostensible de los estudios jurídicos en la región nos autoriza a afirmar que, si bien todavía no puede hablarse de una *tra-*

<sup>96</sup> *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Texto del Anteproyecto*, Montevideo, Editorial M.B.A., 1988.

<sup>97</sup> México, núm. 1, enero-junio de 2004, Editorial Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

<sup>98</sup> El Estatuto del Centro de Estudios de Justicia de las Américas fue aprobado el 15 de noviembre de 1999 y el primer número de la revista apareció en Buenos Aires en junio de 2001, dedicado a la Capacitación Judicial.

<sup>99</sup> México, enero-junio de 2004.

*dición jurídica latinoamericana*, al menos se puede sostener la existencia de una *familia jurídica de Latinoamérica*, que se ha integrado con la vigorosa y creciente influencia de las dos tradiciones jurídicas más importantes, es decir, la continental europea de carácter romanista y la angloamericana o del *common law*. No obstante sus diferencias, nuestra región posee numerosos rasgos comunes en sus ordenamientos jurídicos, los que se aproximan de manera acelerada, especialmente en materia constitucional, semejanzas que no pueden considerarse como puramente formales o normativas, sino esencialmente de *naturaleza cultural*, como lo entienden John Henry Merryman y Peter Häberle.<sup>100</sup>

#### VIII. LA INFLUENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA COMPARACIÓN JURÍDICA

82. En el mismo periodo que examinamos, es decir, a partir de la sexta década del siglo XX, existe una tendencia muy activa y vigorosa de penetración de las normas internacionales en los ordenamientos nacionales, tanto por lo que respecta al derecho consuetudinario como por la vía convencional, lo que ha implicado la incorporación de numerosos preceptos internacionales que han armonizado las disposiciones internas sobre las materias reguladas por el propio derecho internacional.

83. Por supuesto que esta tendencia hacia la internacionalización se advierte con mayor fuerza en los ordenamientos europeos debido a la unificación comunitaria, pero podemos citar como antecedente el artículo 4o. de la Constitución alemana llamada de Weimar, del 11 de agosto de 1919, el cual dispuso: “Las reglas del derecho internacional que sean generalmente reconocidas obligan como si formaran parte integrante del derecho alemán del *Reich*”. En esta dirección podemos señalar los artículos 10 de la Constitución italiana de 1948; 25 de la Constitución de la República Federal de Alemania de 1949, y 8o. de la Carta Portuguesa de

<sup>100</sup> Al respecto podemos señalar que el citado y notable constitucionalista y comparatista alemán, en su importante estudio “México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un *ius commune americanum*”, en la obra redactada en coautoría con Kotzur, Markus, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo latinoamericano*, traducción de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2003, pp. 1-83.

1976, reformada en 1982, los cuales establecen la aplicabilidad inmediata de las normas de derecho internacional generalmente reconocidas.<sup>101</sup>

84. Uno de los sectores que se ha consolidado con mayor dinamismo es el llamado *derecho internacional de los derechos humanos*<sup>102</sup> al que, al menos por lo que respecta al establecido en los tratados y convenciones, se le ha otorgado jerarquía constitucional en algunos ordenamientos, pero en todo caso, se le reconoce carácter superior a las normas de derecho interno.

85. La armonización de los ordenamientos internos, particularmente en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, se ha realizado de dos maneras: a) legislativa; b) jurisprudencial. La armonización legislativa se ha efectuado a su vez, en dos aspectos, el primero es la incorporación, ya mencionada, de los derechos consagrados en los tratados y convenios sobre derechos humanos, los cuales ya no tienen carácter propiamente internacional, sino que deben considerarse como *derechos fundamentales de fuente internacional*,<sup>103</sup> y el segundo, por medio de modificaciones formales a los ordenamientos internos para armonizarlos con los instrumentos internacionales.

86. Por lo que respecta a las reformas legislativas formales, éstas se derivan de la obligación que tienen los Estados que ratifican y aprueban los tratados internacionales sobre los derechos humanos de introducir los cambios necesarios para hacer efectiva en el ámbito interno la tutela de los derechos humanos establecidos en los propios tratados. Consideramos que esta obligación se encuentra implícita en los tratados generales de derechos humanos, pero se establece de manera muy clara en el artículo 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, pero que entró en vigor hasta el 18 de julio de 1978, precepto que dispone:

101 Cfr. La Pérgola, Antonio, *Constitución del Estado y normas internacionales*, traducción de José Luis Cascajo Castro y Jorge Rodríguez Zapata Pérez, México, UNAM, 1985; *id.*, *El constitucionalista ante el derecho internacional* traducción, de José Luis Cascajo Castro, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1987.

102 Cfr. entre otros, Buerghenthal, Thomas, *International Human Rights*, St. Paul, Minnesota, West Publishing, 1988.

103 Cfr. Jiménez de Aréchiga, Eduardo, "La Convención Americana de Derechos Humanos como derecho interno", *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasilia, núms. 69-71, 1987-1999, pp. 35-55; Fix-Zamudio, Héctor, "Derechos nacionales de fuente internacional", en curso de publicación en las *Memorias del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Sevilla, diciembre de 2003.

*Deber de adoptar disposiciones de derecho interno.* Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionadas en el artículo 1o. no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, *las medidas legislativas o de otro carácter* (jurisprudenciales) necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (las cursivas, con exclusión del encabezado, son nuestras).

87. Particularmente en Latinoamérica se observa una extensa evolución legislativa, ya que en primer término se han establecido expresamente en varias Constituciones preceptos en los cuales se reconoce a los tratados en general una jerarquía superior a la de las normas legislativas internas. Tal reconocimiento se ha conferido, de manera particular, a los tratados que consagran derechos fundamentales, ya que en algunas Constituciones se les otorga jerarquía constitucional, entre las que podemos mencionar a las cartas peruana de 1979 (anterior a la vigente de 1993); artículo 105; la argentina reformada en agosto de 1994, artículo 75, parágrafo 22; y la venezolana de 1999, artículo 23.<sup>104</sup>

88. Más importante son, en nuestro concepto, las modificaciones establecidas por la jurisprudencia de los tribunales internos, ya que en sus resoluciones, particularmente cuando se refieren a la protección de los derechos fundamentales de fuente internacional, aplican cada vez con mayor frecuencia los criterios establecidos tanto por los organismos no jurisdiccionales: Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Comisión Europea de Derechos Humanos (creada en 1954 y suprimida en 1998); Comité Internacional de los Derechos Humanos, así como por los tribunales internacionales: Corte Internacional de Justicia; Corte Europea de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

89. Se advierte, por tanto, una creciente aplicación de los criterios jurisprudenciales internacionales por parte de los tribunales internos, lo que implica un incremento sustancial en los estudios comparativos sobre

104 *Cfr.* entre otros, Fix-Zamudio, Héctor, “El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *The Modern World of Human Rights. El mundo moderno de los derechos humanos. Essays in Honour of, Ensayos en honor de, Thomas Buergenthal*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 159-207; Ayala Corao, Carlos M., *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, México, FUNDA, 2003.

la aplicación del derecho internacional en general,<sup>105</sup> pero como hemos dicho, ello es más ostensible en el campo del derecho internacional de los derechos humanos.<sup>106</sup>

90. Como sería muy difícil, en un trabajo sintético como éste, señalar ejemplos de esta vigorosa jurisprudencia que se apoya cada vez más en las decisiones de los organismos de solución de controversias internacionales, particularmente aquellos que tienen carácter jurisdiccional, nos limitamos a señalar este aspecto de resurgimiento de los estudios jurídicos comparativos con motivo de la penetración del derecho internacional en los ordenamientos internos.

## IX. NUEVAS TENDENCIAS EN LA CIENCIA JURÍDICA COMPARATIVA

91. Una de las consecuencias del resurgimiento muy vigoroso de los estudios y del creciente empleo del método jurídico comparativo en los últimos años ha consistido en la aparición de nuevas tendencias en la ciencia jurídica comparativa, con enfoques diversos a los que han predominado hasta la primera mitad del siglo XX.

92. En efecto, hemos señalado anteriormente que los juristas dedicados al estudio de la comparación jurídica como disciplina científica, habían adoptado dos criterios para analizar los diversos ordenamientos jurídicos, de acuerdo con sus lineamientos esenciales. En efecto, estos criterios se concentraron en el encuadramiento de dichos ordenamientos en los *grandes sistemas o familias jurídicas*, que fue la corriente predominante, aun cuando existían algunas variaciones en cuanto a la calificación.

105 Cfr. Travieso, Juan Antonio, *El derecho internacional público en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Buenos Aires, Julio César Faira Editor, 2002.

106 Cfr. entre otros, Caçado Trindade, Antonio Augusto, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, volumen III, Porto Alegre, Brasil, Sergio Antonio Fabris, Editor, 2003, especial, capítulo X, “Interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos”, pp. 401-443: la obra editada por Tom Barkhuyseb, Michael van Emmerik y Piet Hein Kempen, *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*, The Hague-Boston-Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1999; *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2002, 2 vols. Ruíz Miguel, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Un estudio sobre la relación entre el derecho nacional y el internacional*, Madrid, Tecnos, 1997.

93. Pero en la actualidad se ha impuesto el criterio de división de los ordenamientos en *tradiciones jurídicas*, criterio que se apoya sustancialmente en los estudios comparativos del notable jurista estadounidense John Henry Merryman.<sup>107</sup> Como lo señaló agudamente el también conocido comparatista Mauro Cappelletti, profundo conocedor de la obra de Merryman, los planteamientos de este destacado autor han trascendido ampliamente en los Estados Unidos, Europa y Latinoamérica, en dos importantes direcciones: en primer lugar, para superar la clásica concepción puramente legalista y dogmática en los estudios jurídicos comparativos, y por la otra, por conducto de sus numerosos discípulos, algunos de los cuales lo han sido directamente en la Universidad de Stanford.<sup>108</sup>

94. Por lo que se refiere al primer sector, relativo a las aportaciones esenciales del profesor Merryman a los aspectos metodológicos de la llamada ciencia jurídica comparativa, se puede señalar que uno de los conceptos esenciales que propone es precisamente el de *tradicón jurídica*, que resulta indispensable para la comprensión de la gran multiplicidad de ordenamientos de nuestra época.

95. Es particularmente útil la distinción que realiza Merryman entre la *tradicón jurídica* y los *sistemas jurídicos* (el de sistema jurídico, como hemos señalado anteriormente, había sido el criterio esencial para la agrupación de los ordenamientos jurídicos). Los sistemas jurídicos, como lo sostiene Merryman, son conjuntos operativos de instituciones, procedimientos y normas jurídicas y, por lo mismo, asumen una gran diversidad, en tanto que la tradición jurídica puede caracterizarse como un conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente, acerca de la naturaleza de la ley, de la función del derecho en la sociedad y en la forma de gobierno; sobre la organización y operación apropiadas de un sistema jurídico y respecto del modo como debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la *cultura* de

<sup>107</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “La modernización de los estudios jurídicos comparativos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 64, enero-abril de 1989, pp. 63-94; *id.*, “John Henry Merryman and the Modernization of Comparative Legal Studies”, traducción al inglés de Francisco de Andrea, en la obra editada por Clark, David S, *Comparative and Private International Law. Essays in Honor of John Henry Merryman*, Berlín, Duncker und Humblot, 1990, pp. 25-47.

<sup>108</sup> “John Henry Merryman the Comparatist. In Honor of John Henry Merryman”, *Stanford Law Review*, vol. 39, núm. 5, 1987, pp. 1079-1086.

la cual es una expresión parcial, y por ello Merryman sitúa al *sistema jurídico dentro del ámbito cultural*. Con apoyo en esta noción considera que existen tres tradiciones jurídicas esenciales: la del *common law* (o angloamericana); la del *civil law* (europea continental o romanista), y la *socialista*.<sup>109</sup>

96. Otra idea esencial en la modernización de los estudios jurídicos comparativos que utiliza John Henry Merryman (y que tomó de la filosofía de la ciencia), es la de *paradigma*. Considera como tal el conjunto de actitudes e ideas que son la base y dan forma y dirección al trabajo de la comunidad de eruditos en un campo dado del conocimiento en un momento determinado. El notable estudioso estadounidense utiliza dicho concepto para señalar que la tradición científica continental europea, es decir, la que surge con la Revolución francesa y se consolida con los estudios jurídicos alemanes en la segunda mitad del siglo XIX, se apoya en un paradigma anticuado, puesto que pretende realizar la comparación jurídica con el apoyo exclusivo de las normas *primarias*, es decir, las de carácter predominantemente legislativo y doctrinal, modelo que debe sustituirse por un paradigma que incluya las normas *secundarias*.<sup>110</sup>

97. Para realizar esta distinción normativa, John Henry Merryman toma parte de la seriación que el destacado iusfilósofo inglés H. L. A. Hart efectúa entre normas *primarias* y *secundarias*.<sup>111</sup> Merryman señala que las primeras (que se podrían identificar con las normas sustantivas de carácter legislativo), tienen escaso valor explicativo, ya que no constituyen sino un aspecto parcial y estático del sistema jurídico nacional, y su adopción ocurre generalmente, sin poner atención consciente en sus implicaciones político y socio-jurídicas, de manera que no pueden servir de base explicativa a la comparación, ya que existen países que son so-

109 “Fines, objeto y método del derecho comparado”, traducción de Fausto F. Rodríguez García, y “Modernización y la ciencia jurídica comparada”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núms. 25-26 y 46, enero-agosto de 1976 y enero-abril de 1983, pp. 65-92 y 67-85, respectivamente. *Un libro ya clásico que se refiere a los orígenes de la tradición jurídica occidental* (que comprende, por tanto, la del *common law* y la romano-canónica) es el de Berman, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, traducción de Mónica Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

110 Cfr. “Fines, objeto y método del derecho comparado”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, citado nota anterior, pp. 85-92.

111 *The Concept of Law*, Nueva York-Londres, Oxford University Press, 1961, pp. 27 y ss.



cial, política y económicamente muy distintos y sin embargo pueden tener cuerpos de normas primarias prácticamente idénticas.<sup>112</sup>

98. Como certeramente lo ha sostenido el propio Merryman, a fin de poder lograr la verdadera comparación entre diversos sistemas u ordenamientos jurídicos, además de las normas primarias (que en la tradición jurídica continental europea o romano-canónica tienen una naturaleza predominantemente legislativa), deben comprenderse las normas jurídicas secundarias, a las que nos hemos referido en el párrafo anterior, y además otros factores tales como la *cultura jurídica*, las instituciones jurídicas, los sujetos de derecho y las formas de la vida jurídica.<sup>113</sup>

99. En efecto, en el nuevo paradigma señalado por Merryman, el *sistema jurídico* debe considerarse como un aspecto específico de la tradición, la que comprende los aspectos de la sociedad y de la cultura que se relacionan con el derecho y que comprende tres dimensiones: *extensión, penetración y cultura jurídica*. Estas tres nociones que se interrelacionan, de acuerdo con el autor, forman un conjunto de dimensiones exteriores o de condiciones restrictivas del sistema jurídico que pretende estudiarse y en su conjunto proporcionan la información sobre el contexto del propio sistema jurídico, que se integra, a su vez, por tres conceptos: *instituciones, actores y procesos jurídicos*. Sólo cuando se toman en cuenta todos estos factores es posible que se pueda conocer realmente un sistema jurídico determinado y se está en aptitud de realizar la comparación con otros sistemas, ya sea de la misma tradición o de otra diversa, pero siempre que se analicen por conducto de estas tres dimensiones o factores.<sup>114</sup>

100. Las observaciones metodológicas de la ciencia jurídica comparativa realizadas por John Henry Merryman han tenido una repercusión importante, ya que sus numerosos discípulos de la Universidad de Stanford se dedicaron a impartir cursos de derecho comparado tanto en Europa, particularmente en Italia, y en los Estados Unidos. Al respecto, Mauro Cappelletti señaló los nombres de conocidos comparatistas como Cassese, Crespi-Reghissi, Rodotà, Corapa, De Vita, Scaparone, Trocker, Varano, Vigoriti y la figura distinguida de Gino Gorla. En los Estados

112 “Fines, objeto y método del derecho comparado”, *cit.*, nota 109, pp. 77 y 78.

113 *Ibidem*, p. 78.

114 “Modernización de la ciencia jurídica comparada”, *cit.*, nota 109, pp. 78-85.

Unidos, Robert Bush, David S. Clark y Bryant Garth, todos ellos autores de estudios jurídico-comparativos de gran trascendencia.<sup>115</sup>

101. Podemos afirmar que el concepto de *tradición jurídica* como base esencial de los estudios jurídicos comparativos se ha impuesto sobre los conceptos tradicionales de “grandes sistemas” o “familias jurídicas”, que se habían venido utilizando, no para sustituirlas, pero sí para lograr una sistematización en los estudios jurídicos comparativos, ya que resulta más adecuado para explicar las similitudes y diferencias de los diversos sistemas o familias dentro de lo que actualmente se ha calificado como tradiciones.

102. Se han utilizado algunos ejemplos para señalar los problemas de agrupamiento de los diversos ordenamientos, pues si bien la tradición jurídica del *common law* o angloamericana, posee elementos genéricos similares, existen sustanciales diferencias en los ordenamientos que forman parte de la misma y por ello se ha señalado que los sistemas jurídicos de Inglaterra y los Estados Unidos se encuentran separados por el *common law*.<sup>116</sup> Pero, además, los agudos conceptos de Merryman no sólo señalan las dificultades de realizar estudios comparativos con los métodos tradicionales, sino que también señalan la complejidad de dichos estudios, que no pueden quedarse exclusivamente con el análisis normativo,<sup>117</sup> sino que deben tomar en cuenta diversos factores de carácter político, social y económico, así la vinculación de los ordenamientos jurídicos con el ámbito de la *cultura*, lo que lo aproximan a los profundos estudios realizados por el notable jurista alemán Peter Häberle, particularmente en el ámbito del derecho constitucional.

103. En efecto, Peter Häberle ha desarrollado, por conducto de una impresionante publicación de libros y de artículos, varios de ellos traducidos al castellano, una doctrina muy sólida sobre la *Constitución como ciencia de la cultura*.<sup>118</sup> Considera este ilustre autor que la ciencia del de-

115 “John Henry Merryman the Comparatist. In Honor of John Henry Merryman”, *Stanford Law Review*, cit., nota 108, p. 1083.

116 Cfr. Glendon, Mary Ann, Gordon, Michael W. y Carozza, Paolo G., *Comparative Legal Traditions in a Nutshell*, 2a. ed., St. Paul Minn, 1999.

117 Como lo había señalado agudamente el ilustre jurista italiano Santi Romano, en su clásico estudio sobre el ordenamientos jurídico, que no debía considerarse como un conjunto de normas, sino integrado por las instituciones sociales apoyadas en dichas normas, *L'Ordinamento Giuridico*, 2a. ed., Florencia, Sansoni, 1951.

118 Cfr. *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft (La teoría de la Constitución como ciencia de la cultura)*, Berlín, Duncker & Humblot, 1982, 2a. ed., 1996. Esta última fue

recho es una ciencia del espíritu en la que los textos y decisiones jurídicos se encuentran inmersos en una cultura, de manera que la teoría de la Constitución es una ciencia cultural. Ello implica, por ejemplo, que la norma constitucional se debe interpretar no sólo como un complejo normativo, sino como la condición cultural de un pueblo. Además, el propio Häberle sostiene que la Constitución requiere de una interpretación pluralista,<sup>119</sup> la que debe realizarse también de acuerdo con la ciencia y el método jurídicos comparativos, ya que en su concepto el derecho comparado debe considerarse como un *quinto método de la interpretación* que se añade a los cuatro clásicos señalados por Friedrich Carl von Savigny en 1840 (histórico, teleológico, gramatical y sistemático).

104. La preocupación de Merryman por los ordenamientos jurídicos de nuestra región se advierte en una obra fundamental para la enseñanza del derecho comparado, es decir, la redactada por el ilustre jurista norteamericano con la colaboración de otro destacado comparatista norteamericano, David S. Clark, *Comparative Law: Western European and Latin American Legal Systems. Cases and Materials*,<sup>120</sup> que inició un movimiento para el análisis comparativo de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos. Este análisis se ha traducido también en libros didácticos para la enseñanza, como los redactados por Kenneth L. Karst,<sup>121</sup> y el mismo Karst con la colaboración de Keith S. Rosenn.<sup>122</sup>

traducida al castellano con un estudio preliminar por Emilio Mikunda, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos, 2000.

119 Cfr. *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, con un magnífico “Estudio introductorio” del distinguido constitucionalista mexicano Diego Valadés, México, UNAM, 2001, pp. 162-165. Deben consultarse las documentadas y profundas reflexiones del distinguido constitucionalista español Francisco Fernández Segado, expresadas en su “Estudio Preliminar”: “Peter Häberle, la gigantesca construcción constitucional de un humanista europeo”, a la edición castellana de Joaquín Brage Camazano, al libro del propio Häberle, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Dykinson, 2003, especial, pp. XXV-LXI.

120 Indianápolis, Bobbs-Merrill, 1978. Esta obra ha sido actualizada y ampliada, con la colaboración del profesor John Owen Haley, para incluir los sistemas jurídicos romanistas de Asia oriental (*The Civil Law Tradition: Europe, Latin America, and East Asia. Cases and Materials*, Matthew Bender, 1994).

121 *Latin American Legal Institutions. Problems for Comparative Study*, Los Angeles, University of California, Latin American Center, 1966.

122 *Law and Development in Latin America. A Case Book*, Berkeley, University of California Press, 1975.

## X. CONCLUSIONES

105. De acuerdo con las breves reflexiones que hemos realizado con anterioridad, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

106. *Primera.* La comparación jurídica no es reciente, ya que se remonta a la antigüedad clásica, en virtud de que se utilizó por los estudiosos, griegos y romanos y un ejemplo evidente es el análisis que realizó Aristóteles sobre el régimen político de las diversas ciudades griegas en relación con el de Atenas, y que ahora calificaríamos de derecho constitucional comparado. Sin embargo, es reciente la preocupación por utilizar el método de comparativo de manera adecuada y de acuerdo con ciertas reglas y principios, para obtener resultados útiles de la comparación jurídica. Una fecha importante en esta tendencia se remonta al Congreso Internacional de Derecho Comparado que se efectuó en la ciudad de París, con motivo de la Feria Mundial, en el año de 1900, que como es bien sabido marcó el inicio de una disciplina jurídica cuyo objeto consiste en el estudio del método comparativo, disciplina que se desarrolló en forma considerable durante todo el siglo anterior y consolidó la ciencia jurídica comparativa.

107. *Segunda.* En los inicios de los estudios comparativos se planteó la discusión de que si los mismos podían ser materia de una disciplina jurídica que pudiese calificarse de autónoma, o bien de un simple método de análisis de las normas jurídicas de diversos ordenamientos. En este último sentido se ha hablado de *método jurídico comparativo*, de *comparación jurídica*, o de *estudio comparativo del derecho*. En la actualidad se ha superado el debate y podemos afirmar que existe consenso de que los estudios jurídicos comparativos (el llamado derecho comparado), se dividen en dos grandes sectores. Por una parte, una disciplina científica autónoma, que se ocupa del análisis de los conceptos y principios del método jurídico comparativo (y por ello podemos considerarla como una disciplina de carácter metodológico), y por la otra, la utilización práctica, de acuerdo con los lineamientos de la ciencia jurídica antes mencionada, del citado instrumento de estudio, enseñanza e investigación, por lo que se trata de dos aspectos estrechamente relacionados y en constante retroalimentación, por conducto de la teoría y de la experiencia.

108. *Tercera.* Los comparatistas consideran mayoritariamente que los estudios jurídicos comparativos adquieren carácter sistemático, inclusive con la denominación, que ya se ha consolidado, de *derecho comparado*

(en castellano, francés, portugués e inglés, pero en alemán se le denomina *Rechtsvergleichung*, comparación jurídica), en la segunda mitad del siglo XIX, con el apoyo de la paulatina preparación científica que significó la obra de algunos de sus precursores más importantes como Grocio, Bacon, Selden, Leibniz, Vico y Montesquieu. El destacado comparatista Constantinesco divide la evolución del derecho comparado en tres etapas, que se inician en el citado siglo XIX. La primera abarca los años de 1800 a 1850, con las aportaciones de Feuerbach, Hegel, Ganz, Zachariae, y Mittermaier, entre otros. La segunda etapa abarca los años 1850-1900, durante los cuales aparecen las asociaciones de comparatistas y las revistas de legislación y de derecho comparado. El tercer periodo, que modifica y supera las perspectivas anteriores, se inaugura precisamente con el mencionado Congreso de Parías de 1900 y se prolonga, de acuerdo con este autor, hasta la mitad del siglo XX. Pero al terminar la Segunda Guerra Mundial se inició una nueva etapa, en la que nos encontramos actualmente, que implica un resurgimiento vigoroso de los estudios comparativos, que aparecen con el establecimiento del derecho comunitario con motivo de la creación de las Comunidades Europeas (Tratado de Roma de 1957), y que se transforman en la Unión Europea con apoyo en el Tratado de Maastricht de febrero de 1992.

109. *Cuarta*. El incremento sustancial de los estudios comparativos se deben a dos acontecimientos que se desarrollaron casi paralelamente: a) en primer término, la creación de las Comunidades Europeas que señala el nacimiento del *derecho comunitario*, que se ha extendido posteriormente a otras comunidades como la andina y la centroamericana, y que tiende a ampliarse con los llamados tratados de libre comercio y asociaciones económicas como el Mercosur; y b) la influencia cada vez más intensa del derecho internacional sobre los derechos nacionales, lo que implica la incorporación de las primeras en el ámbito interno, con lo cual se configura un creciente *derecho nacional de fuente internacional*. Estos dos sectores contemporáneos, en constante evolución, han requerido de un análisis cada vez más intenso de los principios, valores y normas de la ciencia jurídica comparativa, si se toma en consideración de que tanto el derecho comunitario como el de carácter internacional se integran, a su vez, con las aportaciones de los derechos nacionales, que se enriquecen y perfeccionan por conducto de las normas comunitarias e internacionales, así como con los estudios doctrinales y la jurisprudencia de los organismos internacionales y comunitarios. El resultado de este intercambio

permanente entre los derechos nacionales, comunitarios e internacionales, se traduce, por medio de la ciencia y del método jurídicos comparativos, en una creciente *armonización de los derechos internos*, por conducto de los numerosos ordenamientos modelos o uniformes en diversas materias, y además por la creciente aplicación de la jurisprudencia de los organismos internacionales y comunitarios (especialmente los carácter jurisdiccional), por parte de los tribunales nacionales.

110. *Quinta*. Una de las consecuencias del resurgimiento muy vigoroso de los estudios y del creciente empleo del método jurídico comparativo en los últimos años ha consistido en la aparición de nuevas tendencias en la ciencia jurídica comparativa en los últimos años, con enfoques diversos a los que han predominado hasta la primera mitad del siglo XX. Una de las aportaciones más importantes sobre la ciencia jurídica comparativa se debe al notable jurista estadounidense John Henry Merryman, que parte de la distinción entre la *tradición jurídica* y los *sistemas jurídicos*. De acuerdo con dicho autor, estos últimos, que han sido la base de la comparación jurídica tradicional, son conjuntos operativos de instituciones, procedimientos y normas jurídicas, y por lo mismo asumen una gran diversidad, en tanto que la tradición jurídica puede caracterizarse como un conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente, acerca de la naturaleza de la ley, de la función del derecho en la sociedad y en la forma de gobierno; sobre la organización y operación apropiadas de un sistema jurídico y respecto del modo como debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la *cultura* de la cual es una expresión parcial y por ello Merryman sitúa al *sistema jurídico dentro del ámbito cultural*, para que pueda configurar una verdadera tradición, y en este sentido las reflexiones de Merryman se aproximan a los análisis jurídicos comparativos realizados por el distinguido jurista alemán Peter Häberle, particularmente en el ámbito del derecho constitucional. Se puede afirmar que las reflexiones metodológicas sobre los estudios comparativos de John Henry Merryman han tenido una gran repercusión en los últimos años y constituyen ya una tendencia importante en la ciencia jurídica comparativa contemporánea.