

DERECHO COMPARADO, más allá de la teoría o del método: una alternativa

René Ortiz Caballero

Profesor Asociado de la PUC.

La disciplina comparatista no es nueva en el Derecho y nunca se propuso ser un camino alternativo. Fue la propia dogmática jurídica, con su autosuficiencia, la que negó posibilidades al Derecho Comparado si pretendía ser algo más que aquella mera confrontación de textos legales a la luz de la ciencia jurídica del lector, i.e., **legislación comparada**.

Comparación de leyes y no de sistemas, de opciones políticas convertidas en norma y no de principios jurídicos informantes fueron las modestas vías asignadas a la disciplina comparatista. De ellas procedían frutos inciertos que hoy denunciamos como "leyes importadas", pues éstas eran dechados de racionalidad, carentes de viabilidad social, y fueron las que, como resultado de ese examen superficial que era la legislación comparada, causaban frustración en todos menos en el legislador.

Lo peor es que su dudoso mérito sigue encandilando las tesis universitarias, las cuales no reparan en agolpar normas procedentes de todo el orbe sobre el instituto subestudio, sin más nexo que el compilador ni más justificación que versar aparentemente sobre un mismo hecho social relevante para el Derecho.

La legislación comparada no se merece ese prestigio, pues es fuente abundante de conocimiento e ilustración del legislador cuando se la identifica como una especie del Derecho Comparado. Por eso hoy día no se habla ya de legislación comparada sino de Derecho Comparado, aludiendo a un trabajo que considera lo jurídico mucho más allá de normas y tribunales. Sin embargo, este cambio en la nomenclatura comporta un peligro grave: esconder tras la fachada amplia y luminosa del Derecho Comparado el

estrecho y oscuro sendero asignado a la legislación comparada tradicionalmente. Esto me mueve a compartir lo que la doctrina comparatista estima de sí misma, a fin de deslindar el trabajo comparativo del meramente exegético, con vistas a poner el Derecho Comparado en el lugar que le corresponde, esto es, por encima de las dogmáticas jurídicas o, quizás, más modestamente, por entre ellas.

Vicisitudes del Derecho Comparado

El Derecho Comparado no es una rama del Derecho ni un método jurídico, si por lo primero nos referimos a un área temática cuya relevancia se comprueba al concretarse en un cuerpo normativo (legal, jurisprudencial o consuetudinario) identificable y, por ende, separable de los demás campos normativos que forman el Derecho; y si por lo segundo queremos indicar un tipo de razonamiento que permite operar los cuerpos normativos y que se ha configurado al interior del Derecho, atendiendo a la naturaleza de éste, de modo tal que se le identifique como propiamente jurídico.

H.C. GUTTERIDGE² lamentaba ya este problema tiempo atrás y reclamaba que sólo se considerase al Derecho Comparado como un "método de estudio e investigación"; sin embargo, creemos que esta disciplina tiene un lugar más amplio en el Derecho -al punto de merecer, según algunos, el calificativo de rama del Derecho- y así lo viene renunciando la moderna doctrina comparatista.

El método comparativo

Según Littré, comparar es "examinar simultáneamente las semejanzas y diferencias"³ y esto supone

1. HURTADO POZO, José, *La ley 'importada'*. Lima, CEDYS, 1979.

2. *El Derecho Comparado*. Barcelona, Rafaél Salvá, 1954, p. 9.

3. En: DUVERGER, Maurice, *Métodos de las Ciencias Sociales*. Barcelona, Ariel, 1974, p. 412.

que los objetos a comparar no sean absolutamente iguales ni totalmente diferentes. Por ejemplo, la noción de contrato consensual que conocemos debería encontrar una categoría análoga en el **Common Law**: el **contract**. Mas, si nos avocamos a esta labor, tropezaríamos con el peligro advertido por DUVERGER⁴ respecto de este método, consistente en realizar comparaciones artificiales, basadas en la deformación de los objetos cotejados. Así, en la materia contractual anotada podríamos sostener que la **consideration** del **contract** es la "causa" del "contrato", lo cual es cierto sólo parcialmente y, en definitiva, totalmente insuficiente para explicar las respectivas materias contractuales.

Para superar este escollo es preciso entender que la comparación supone la preconcepción de una teoría que englobe a los objetos subestudio y proponga una estructura análoga para ambos; a partir de ella la comparación podrá adoptar dos derroteros, el del método próximo y el del remoto. Por el primero se asume como materia de estudio a dos objetos básicamente parecidos y como finalidad del método el detectar las diferencias existentes entre ellos. Esta forma es la que se ha empleado generalmente en la antigua legislación comparada y en todo el Derecho Comparado, al punto de considerársele el único método válido.

La Escuela de Cambridge adopta el método próximo en uno de sus postulados, al sostener que "sólo cabe la aplicación del método comparado en el caso de países pertenecientes a una misma civilización y que han alcanzado un grado equivalente de desarrollo económico, social y político"⁵. GUTTERIDGE, dentro de esta escuela, empleaba similares términos y añadía que "pueden haber instituciones perfectamente diferenciadas en el tiempo que ofrezcan **bastantes similitudes** para hacer que la comparación sea fructífera y valiosa" (subrayado nuestro)⁶. La similitud era, pues, indispensable.

Frente al método próximo o, más exactamente, en oposición a esta vía tenemos el método remoto, el cual supone objetos de estudio básicamente diferentes, respecto de los cuales se quiere hallar las semejanzas. DUVERGER niega que sea propiamente un método por su falta de rigurosidad ante la ausencia de una teoría englobante y, más bien, lo define como una "actitud del espíritu", atenta a establecer analo-

gías y encontrar semejanzas, útil para investigar hipótesis, ideas y para ensanchar la perspectiva del investigador⁷.

Si adoptáramos el método comparativo próximo, la comparación de los contratos debería realizarse, indudablemente, entre países que compartan muchos puntos en común; mas, al arribar a este tópico, cabe preguntarse en qué clase de semejanzas debemos reparar. ¿Se trata acaso de similitudes sociales y económicas, como las que existen entre Francia e Inglaterra, ambas con un mayor desarrollo relativo pero con sistemas jurídicos reconocidamente diferentes, o en realidad, podemos comparar los sistemas jurídicos francés y haitiano que -como anotaba L. Friedman- tienen en común sólo el idioma y el Derecho?

Aparentemente, el método próximo no es suficiente para responder esta pregunta; en todo caso, alineándonos con él deberíamos responder que exige una correspondencia en todos los planos. Frente a este criterio, que estimamos restrictivo para las posibilidades del Derecho Comparado, creemos que conviene plantear una teoría, lo bastante amplia como para que admita dos objetos básicamente diferentes, a los cuales poder aplicar el método remoto (el de la búsqueda de similitudes).

La comparación, en este sentido, requiere, en nuestra opinión, de dos tareas previas. La primera es construir un marco conceptual de tendencia formal (conceptos-continentes) que establezca la base común. La segunda es describir los objetos en la forma más detallada posible de modo que, por un instante, pongamos el acento en lo peculiar a fin de identificarlo completamente. Sólo después de esta labor podría darse propiamente la comparación remota; sin embargo, si se releen las ideas previas se notará que la descripción de los objetos importa en cierto modo una comparación, desde que todo proceso cognoscitivo es una comparación entre "lo conocido" y "lo por conocer". La diferencia estriba en que esta tarea es fundamentalmente descriptiva, esto es, tiene como meta la elaboración de **proposiciones descriptivas**, mientras que la comparación que proponemos apunta a la obtención de **proposiciones explicativas**⁸.

Potenciar el Derecho Comparado y estimarlo apto para explicar, además de describir, exige referirnos a

4. **Loc. cit.**

5. MAC LEAN UGARTECHE, Roberto, "Apuntes para el estudio comparado del Derecho". En: **Revista de Jurisprudencia Peruana** (Lima, Ed. Revista de Jurisprudencia Peruana, 1958), Setiembre, N° 176, p. 933.

6. **Ob. cit.**, p. 119.

7. **Ob. cit.**, pp. 420-422.

8. Mayor información sobre las posibilidades descriptivas y explicativas del Derecho Comparado la da J.H. MERRYMAN en su artículo "Fines, Objeto y Método del Derecho Comparado". En: **Boletín Mexicano de Derecho Comparado** (México, Fuentes Impresores, 1976), Año IX, Ene-Ago, Nos. 25-26.

la base teórica que, como punto de partida, situará los objetos a comparar.

La base teórica, formal y común a los objetos a comparar, es la de una Teoría General del Derecho. Una teoría general contiene una serie de proposiciones explicativas no sobre objetos específicos de la realidad sino sobre el origen, la forma y el contenido de las teorías que explican dichas porciones de realidad. Así, por ejemplo, es parte de la realidad jurídica la norma que establece obligaciones recíprocas entre comprador y vendedor. Sobre ella es factible elaborar una teoría que, al describir el hecho propuesto, afirme que estamos ante un acuerdo de voluntades generador de un vínculo jurídico pleno, siempre que exista reciprocidad en las prestaciones; de no darse ese caso el acuerdo de voluntades no generaría dicho vínculo contractual sino otro diverso por naturaleza.

Estas referencias son proposiciones que pretenden explicar por qué surgen obligaciones entre comprador y vendedor, amparables por el Derecho; son, en definitiva, una teoría (sobre el contrato). Ahora bien, la teoría general se ocupará aquí de describir y explicar teorías como la precedente, es decir, intentará responder a las preguntas del cómo y del por qué sobre la teoría contractual. Es, pues, una "teoría sobre la teoría".

La familia jurídica

En este orden de ideas, no interesan las normas primarias (aquéllas que, según H.L.A. Hart, distribuyen derechos y obligaciones) por sí mismas, porque, importándonos escrutar lo jurídico, constatamos que "lo que tiene de 'jurídica' una norma primaria es que ella presupone, o evoca, lo que en este estudio hemos llamado el sistema (familia) jurídico"⁹.

Para ser más precisos, lo "jurídico", aquella base común demandada por cualquier trabajo juscomparatista, no se asienta en la superficie de las normas legales (o consuetudinarias o de cualquier otra fuente) sino en los estratos del sistema que, dándole mayor identidad, el mismo MERRYMAN llamara **tradición jurídica** y que definiera y distinguiera de los ordenamientos o sistemas nacionales en estos términos:

"... un conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la naturaleza de la ley, acerca de la función del derecho en la sociedad y en la forma de gobierno, acerca de la organización y operación apro-

piadas de un sistema jurídico y acerca del modo como el derecho debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la cual es una expresión parcial. Coloca al sistema jurídico dentro del ámbito cultural"¹⁰.

Hay consenso entre los comparatistas sobre la materia de fondo a estudiar pues, con ligeras variaciones, René DAVID¹¹ construyó una noción similar, a la que denominó "familia jurídica", la cual si bien no definió, sí identificó, por ejemplo, en la "conciencia que tenemos de la continuidad de nuestro Derecho" y en la posición del jurista norteamericano ROSCOE POUND según la cual "existe todo un conjunto de conceptos y métodos de investigación, así como también cierta concepción del mundo, de las relaciones sociales y de la justicia"¹².

Tradición o familia jurídicas son la gran base conceptual que, orientada hacia un sistema jurídico nacional, permitirá detectar los elementos que, en definitiva, le dan un carácter jurídico a las normas e instituciones concretas. De esta forma, una tradición jurídica en particular se identificará con la teoría común sobre la que se realiza la comparación próxima de dos conceptos, los cuales, en este caso, pertenecerán a esa familia escogida; así, sabremos, por ejemplo, que participan de una misma idea de norma jurídica o del rol del Derecho, o de la función de los jueces, por su pertenencia a una familia.

Adicionalmente, la tradición jurídica puede ser también el marco formal de conceptos que constituya el mapa que nos guiará hacia el tesoro de las analogías escondidas tras la hojarasca de diferencias que existe entre dos objetos jurídicos procedentes de dos tradiciones, esto es, una teoría para la comparación remota.

Gracias a este mapa, no tendremos la certeza ciega, o superficial, de que los objetos son distintos sino que sabremos, **verbi gratia**, por qué son diferentes los roles del juez latinoamericano de los del juez norteamericano, o, incluso, por qué se distingue entre dos objetos similares en apariencia y denominación como la "norma jurídica" nuestra y la anglosajona "**legal rule**". Establecidas las diferencias básicas -en ejercicio del método próximo, quizás- podremos buscar las similitudes ocultas tras la notoria divergencia.

En estos últimos casos, estudiar las tradiciones jurídicas implicará estudiar las diferencias aparente-

9. MERRYMAN, J.H., *op. cit.*, p. 78.

10. MERRYMAN, J.H., *La Tradición jurídica romano-canónica*. México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 15.

11. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Madrid, Aguilar, 1973, pp. 10 y 11.

12. *Ibid.*, p. 12.

mente sabidas, mera **doxa** en verdad, y convertirlas en un saber reflexivo, en **episteme**. Sólo así se podrá ingresar al método remoto con frutos. Únicamente de este modo tendrá sentido extraer las cercanías de entre las distancias habidas entre dos tradiciones.

Lograda así la viabilidad de una comparación remota como fruto de una teoría (general del Derecho), cabe preguntarse, en último término, el sentido de todo este esfuerzo. En realidad, los fines del Derecho Comparado han evolucionado rápidamente pasando de la búsqueda de un Derecho privado unificado en el mundo¹³ a la renovación y progreso

del derecho nacional¹⁴; en el presente, nos dirigimos a esta disciplina jurídica para situar el propio derecho nacional en el contexto del universo jurídico, en la medida en que se conozca a las distintas familias jurídicas, y, por sobre todo, a forjar una actitud comprensiva de otras mentalidades jurídicas facilitadora de las negociaciones internacionales, públicas y privadas, y remedio para más de un fracaso pasado:

"... asignamos al Derecho Comparado de nuestro tiempo una tarea diferente: la de hacernos comprender los puntos de vista ajenos y la de hacer comprender a los otros nuestros propios puntos de vista"¹⁵.

13. MACLEAN UGARTECHE, Roberto, "Método para el estudio comparado del Derecho". En: **Revista de Jurisprudencia Peruana** (Lima, Ed. Revista de Jurisprudencia Peruana S.A., 1960), Agosto, N° 199. p. 875.

14. GUTTERIDGE, **ob. cit.**, p. 36.

15. DAVID, René, **ob. cit.**, p. 8.