

APUNTES INTRODUCTORIOS AL DERECHO COMPARADO*

INTRODUCTORY NOTES TO COMPARATIVE LAW

Roxana Sotomarinó Cáceres**
Pontificia Universidad Católica del Perú

Comparative Law like a method or “meta-method” has an especial relevance in legal analysis and production, especially in a globalized world. The utility of comparative analysis between different figures from two or more legal families using different elements to this analysis, such as legal elements, historic, politic and others is undeniable.

In this article, the author present us the Comparative law from different edges to show its development, importance and state in our days.

KEY WORDS: *Comparative law; legal families or traditions; method, globalization.*

El Derecho Comparado como método o “meta-método” tiene una especial relevancia en el análisis y producción jurídicos, sobre todo en un mundo globalizado. Es innegable la utilidad de un análisis comparativo entre diferentes figuras provenientes de dos o más familias jurídicas utilizando diversos elementos para dicho análisis, tales como elementos legislativos, históricos, políticos, entre otros.

En el presente artículo, la autora nos presenta al Derecho Comparado desde diferentes aristas para denotar el desarrollo, importancia y estado en la actualidad.

PALABRAS CLAVE: *Derecho Comparado; familias o tradiciones jurídicas; método; globalización.*

* Este artículo es parte de un manual sobre Derecho civil comparado, aún en preparación.

** Abogada. Magíster en Derecho Civil y Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Maestría en Psicología Social por la Universidad San Martín de Porres. Investigación postdoctoral en la Universidad Paris I Panthéon-Sorbonne. Profesora ordinaria de la PUCP y profesora contratada de Metodología de la Investigación Jurídica y Derecho Comparado en otras casas de estudios. Investigadora y miembro ordinario del Instituto Riva-Agüero. Árbitro de la Cámara de Comercio de Lima, la Cámara de Comercio de Arequipa y del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP. Contacto: rsotomarinop@pucp.edu.pe

Nota del editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Editorial de THĒMIS-Revista de Derecho el 25 de abril de 2018, y aceptado por el mismo el 8 de agosto de 2018.

I. COMENTARIOS PREVIOS: LA COMPARACIÓN COMO RESULTADO DE PROCESOS COMPLEJOS

La psicología cognitiva (que como su nombre lo señala, es parte de la psicología, reflejándose en sus distintas ramas) estudia las estructuras y procesos mentales generadores de información o de conocimiento. En este contexto resulta de interés, por lo tanto, los procesos de pensamiento y lenguaje que nos permiten **comparar**. El razonamiento parece simple; sin embargo, deja de ser así en el momento en que este se fundamenta en una perspectiva interdisciplinaria que articula aspectos concretos de la Psicología y el Derecho.

Los términos “cognición” o “procesamiento del conocimiento” son de notoria importancia en la psicología, siendo utilizados muchas veces en el análisis de la configuración del Derecho en general y, en particular, el Derecho Comparado. Así, y con mayor complejidad aún, la comparación social es clave para desarrollar nociones tales como la que se centra sobre el propio valor; ya sea para adaptarnos o para sobrevivir (Gómez Jacinto, 2005).

En este sentido, la actividad de comparar se remonta al nacimiento y continúa hasta el cese de actividades neuronales que permiten dicho ejercicio; por lo que, al comparar, procesamos información de manera constante y dinámica, aprendiendo, juzgando, interpretando. Para fijar las semejanzas se detecta lo homogéneo, mientras que para diferenciar se captan particularidades, elementos distintivos o heterogéneos.

Los seres humanos actuamos en forma individual y social respondiendo a distintos factores que se conectan y generan conductas respondiendo a los sistemas uno y dos, según el interesante estudio de Daniel Kahneman en su libro *Pensar rápido, pensar despacio*. Aunque la comparación es siempre un proceso complejo, debe serlo aún más cuando se realiza en el marco del conocimiento científico y al interior de una determinada disciplina (como en el Derecho); será necesario entonces, satisfacer requerimientos sustantivos y metodológicos particulares. Ello; sin embargo, no siempre ocurre por distintas razones.

Ni el razonamiento ni las emociones de un individuo o del grupo responden separadamente a las pautas que exponen disciplinas tales como el Derecho, la Economía, la Psicología o Sociología. En este sentido, es importante reflexionar en aquello que forma o genera, sobre todo, conductas grupales que impactan en el Derecho (generando fenómenos jurídicos) en momentos y espacios determinados.

El presente artículo pretende brindar nociones introductorias sobre el Derecho Comparado. En ese sentido, compartimos la idea de Annelise Riles (2001), según la cual la comparación es una de las más “ubicuas” (las comillas son nuestras) —y no teorizadas— dimensiones del conocimiento moderno, sea considerado un método o un proyecto, como actividad creativa o científica, un acto pragmático o utópico. Actualmente, según subraya dicha autora, existe un creciente interés por el Derecho Comparado entre estudiantes y abogados en ejercicio, más allá de la comunidad tradicional de comparativistas. La razón de ello ocurrió y ocurre por distintos factores vinculados a cambios en la capacidad de interacción entre los grupos.

Hoy más que nunca se trabajan propuestas de diversos cuerpos normativos tales como constituciones, códigos y demás propuestas de cambio legislativo (a lo que podemos agregar sentencias e informes) basados en la actividad comparativa o en la armonización del Derecho en distintos ordenamientos jurídicos (Riles, 2001). Asimismo, se ha producido la caída de ciertos paradigmas sobre la tipología de los sistemas jurídicos y sus tradiciones vigentes a mitad de la pasada centuria, alterándose términos y categorías. Cabe resaltar que no se pretende agotar ninguna discusión sobre Derecho Comparado, sino más bien propiciar una mirada que confiere un papel protagónico a la comparación como proceso para la adquisición de información, pero también como forma de autovaloración y crecimiento de cualquier disciplina; en este caso, del Derecho, sea para enseñarlo, para aprenderlo, para investigarlo, para emplearlo en el ámbito profesional, en otros. Bajo estas pautas, se exponen nociones esenciales sobre comparación jurídica.

II. DEFINICIÓN DE COMPARACIÓN JURÍDICA Y DE SUS PRINCIPALES CONCEPTOS

Sobre el Derecho Comparado (y en la línea de la mirada interdisciplinaria que se propone) Zweigert y Kötz (2002) señalan que “[l]a expresión implica una actividad intelectual en la que el Derecho es el objeto y la comparación el proceso”. De igual forma Ajani, Anderson, Arroyo y Pasa (2010, p. 19) también destacan la cognición inmersa en el proceso de comparación jurídica.

La cognición involucra pensamiento y lenguaje que arrastran diferencias y similitudes. Gambaro y Sacco (2010), mencionan que el análisis de las diferencias entre reglas y soluciones jurídicas es objeto de una ciencia o de un saber que debe ser desarrollado de manera crítica. El examen comparativo en la ciencia jurídica ha supuesto, por lo general, una tarea limitada al ordenamiento positivo territorial o al casuístico.

Al destacar, sin ese elemento crítico, que un modelo podía ser óptimo o superior frente a otro u otros (dejando de lado, por ejemplo, la realidad social que muchas veces impone otras conductas), no se consideró la legitimidad –por ejemplo– que adquiere la regla jurídica para ciertos grupos debido a su conexión con la religión. Una investigación superficial suele dejar de lado las razones por la que se impuso formalmente el código civil suizo en Turquía, pero el mismo no modificó fácilmente las costumbres familiares tomadas de la religión islámica.

El Derecho Comparado ofrece al investigador, al profesional, al estudiante de Derecho, al legislador y al juez, una perspectiva distinta, pero que puede responder a las razones por las que los grupos sociales adoptan o no una regla o principios jurídicos determinados en momentos específicos. No solo es un “instrumento formidable” en su formación, sino un “potente instrumento epistemológico”, pues ayuda a descubrir la discontinuidad entre regla y definición, enunciado y aplicación, poniendo en evidencia los datos profundos y relativamente constantes del propio ordenamiento (Gambaro y Sacco, 2010, p. 3).

Como ya indicamos, si bien los seres humanos comparamos con distintas finalidades, el proceso va de una comparación básica que algunos llaman “ingenua” a otra que se realiza “en el ámbito de un discurso técnico o científico” y en el campo de las distintas disciplinas sea la Antropología, Lingüística, Literatura, Economía, Sociología, etc. (Ajani et al., 2010, p. 19). Las diversas disciplinas recurren a la figura de la comparación para precisar sus propios conceptos y, si fuera el caso, enriquecer el análisis al conocer y adaptar instituciones que han solucionado problemas en otros ordenamientos estatales, cuando ello es posible.

Se ha afirmado que el Derecho Comparado sería una sub-área integrante de cada rama del Derecho como es el Civil, el Constitucional, el Penal, etc. Indudablemente, un análisis comparativo entre diversos ordenamientos, de las instituciones de Derecho Civil (que es privado) será diferente al que se realiza en el Derecho Constitucional (que abarca el Derecho público y también el privado) o en el Derecho Penal (típicamente público). Esto, en la medida que cada rama determina los lineamientos o premisas previas y específicas que son base del análisis.

No obstante, ello involucra considerar presupuestos sobre cómo llevar a cabo la actividad comparativa en cualquier rama del Derecho. Cabe rescatar entonces aquellos aspectos básicos del proceso comparativo. En este sentido, el Derecho Compa-

rado evidencia y permite comprender lo común y lo diverso en el desarrollo de los ordenamientos jurídicos estatales que se compara considerando las conexiones (historia, política, religión, costumbres, etc.) que los unen y separan; lo común y lo diverso del proceso creador o modos de producción de la norma en los distintos ordenamientos jurídicos o en las familias o tradiciones jurídicas; lo común y lo diverso de las técnicas de elaboración pero también de interpretación, integración, aplicación del Derecho. En este análisis servirá de potente ayuda también el tener en cuenta el valor de la influencia de la ideología, de la política y de la religión según las circunstancias específicas de determinados momentos históricos.

La concepción de lo que se entiende por Derecho y el papel asignado al individuo, como al grupo, varía en función de pautas básicas para agrupar a los ordenamientos jurídicos estatales, a partir de su historia común, de la influencia cultural, política, la de los operadores jurídicos como los jueces e, incluso, el aprendizaje social; lo cual ha generado –y sigue produciendo– criterios diversos de clasificación de familias o tradiciones jurídicas. Siendo estas nociones esenciales acuñadas al desarrollar el Derecho Comparado, el de familias o tradiciones jurídicas resaltan el proceso histórico que ha permitido construir vínculos entre el ordenamiento jurídico de un Estado con otro.

Zweigert y Kötz (2002, p. 72) resaltan que la teoría de las “familias jurídicas” tienen como finalidad brindar respuestas que el Derecho Comparado plantea. Por ejemplo, la interrogante de si es posible dividir el “vasto número de sistemas jurídicos en unos pocos grupos generales (o familias jurídicas) [...], o cómo determinar qué sistemas o qué ordenamientos jurídicos nacionales son colocados en cada grupo. Se trata de establecer los nexos o vínculos subyacentes o aun su ausencia. Estos juristas subrayan que se dispone de un método para “facilitar el trabajo del comparatista”. Así, si uno o dos sistemas legales –u ordenamientos jurídicos estatales– resultan representativos de cada uno de los “grupos generales”, entonces el comparatista puede concentrarse en tales sistemas.

Distintos intentos para generar tales grupos –o familias jurídicas– se han suscitado; por ejemplo, Adhémér Esmein formuló que el Mundo tenía cinco familias jurídicas: “romana, germánica, anglosajona, eslava e islámica”. Esta clasificación no demoró en ser cuestionada. Por otro lado, algunos han destacado como criterio de clasificación de los grupos, la historia común, mientras que otros consideraron el valor de las fuentes del Derecho. Armijon, Nolde y Wolff (citados por Zweigert y Kötz 2002, p. 73) recomendaron tomar como criterio de

clasificación para la agrupación de ordenamientos o sistemas jurídicos, a sus respectivas “sustancias” como la originalidad, la derivación y elementos comunes, pero sin hacer referencia a la geografía o a la raza (que fue tomada en cuenta por otros autores). Ello condujo a una “atractiva división en siete familias jurídicas: francesa, alemana, escandinava, inglesa, rusa, islámica, hindú”.

En cambio, René David (citado también por Zweigert y Kötz 2002, p. 73) criticó hacia mediados del XX, los criterios empleados por no proporcionar elementos de distinción “convincientes”. Según este autor habría que tomar en cuenta la ideología (que se constituía en un producto de la religión, de la filosofía o la estructura política, económica o social) y la técnica jurídica. A partir de estas nociones, para este autor, inicialmente fue necesario considerar cinco familias jurídicas entre las que se hallaban las familias occidentales, las socialistas, el Derecho islámico, el hindú y el Derecho chino. En forma posterior, René David rectificó su propuesta distinguiendo en tres familias (la romano-germánica, Common Law y socialista) aludiendo a un grupo adicional bajo el que colocó al Derecho judío, hindú, del lejano oriente y a uno nuevo, entre el que colocaría al africano y malgache (Zweigert y Kötz 2002, p. 73).

Ajani et al. (2010, p. 23) han precisado las razones por las que existen características propias en determinados grupos:

Los ordenamientos jurídicos de las naciones se diferencian entre ellos por varios motivos, determinados por la evolución histórica y por decisiones políticas y culturales. Los ordenamientos pueden distinguirse por razón de los principios que los informan (piénsese en el diverso significado que se otorga a la pena capital en el ámbito mismo de la cultura jurídica occidental), o por razón de circunstancias de hecho (piénsese en el distinto significado que se le da, en diversos sistemas a la donación); e incluso cuando principios y circunstancias de hecho coinciden, una distinta evolución histórica también puede ser el origen de la diversidad.

III. LA COMPARACIÓN JURÍDICA Y SU DESARROLLO EN EL TIEMPO

Reseñamos algunos comentarios que se advierte en doctrina sobre el inicio y el desarrollo del Derecho Comparado.

No hay acuerdo sobre los inicios de la labor de la comparación jurídica. Aristóteles, en “La Política”, planteó reflexiones en torno a 153 instrumentos constitutivos de las ciudades griegas o bárbaras

(Pegoraro y Rinella, 2006). Robert Launay (en Riles, 2001, pp. 22 y 23) destacó que Montesquieu realizó una aproximación comparativa y “sociológica” al predicar sobre el principio de lo que se califica como relativismo legal en su obra “El espíritu de las leyes”.

Con una visión más limitada en el análisis histórico, Lledó y Zorrilla (1998: 355), comentaban que el análisis comparativo comenzó en Europa con la codificación, la que permitió examinar las divergencias en las respectivas versiones nacionales de los códigos. El proceso codificador produjo un derecho que, se creía, podía ser universal procurándose descubrir lo común en el Derecho positivo; además, se advirtió como “históricamente preferible” (Lledó y Zorrilla, 1998, p. 356). Las opiniones sobre el inicio del Derecho Comparado, en general, son diversas. Pero, aunque el proceso de codificación marca un período fundamental en el desarrollo del Derecho romano-germánico y hace notorias las diferencias con la familia angloamericana o anglosajona (por ejemplo), la comparación jurídica ha estado presente cada vez que había conciencia sobre las semejanzas y diferencias de reglas de derecho. Se puede afirmar, en todo caso, que el desarrollo orgánico del Derecho Comparado es relativamente reciente; Kohler (según una cita de Pegoraro y Rinella, 2006, p. 20) fue quien introdujo en el Congreso de París de 1900, la noción **de ciencia del Derecho Comparado** (el resaltado es nuestro) al mencionar que éste era “un producto de las ciencias jurídicas modernas”.

También sobre el desarrollo del Derecho Comparado, Zweigert y Kötz (2002) fijan un “año de nacimiento”, comentando lo siguiente:

Tal como la conocemos, esta disciplina se originó en 1900, año de la Exposición Mundial. En este brillante panorama de los logros humanos se verificaron, como era natural, innumerables congresos, oportunidad que aprovecharon los ilustres estudiosos franceses Édouard Lambert y Raymond Saleilles para fundar el Congreso Internacional de Derecho Comparado. La ciencia del Derecho Comparado o, en todo caso, su método, recibió grandes beneficios de dicho Congreso, pues los conceptos que se expresaron en su seno dieron lugar a numerosas e intensas investigaciones en esta rama de los estudios de derecho, no obstante, su relativa juventud.

La atmosfera que rodeó al Congreso armonizaba con el espíritu de la época, cuya riqueza y esplendor había infundido en todos, los estudiosos incluso, una fe ilimitada en el progreso. Seguro de su existencia, consciente de su esencia y convencido de su éxito, el hom-

bre se esforzaba por trascender sus límites locales para dominar pacíficamente el mundo y todo lo que este contuviera. Como era natural, también los juristas sucumbieron a este influjo; interpretar y elaborar sus propios sistemas dejaron de ser una tarea satisfactoria. Tal dinamismo espiritual se plasmaba en todos los documentos del Congreso, que también estaba impregnado de una fe ilimitada en el progreso. Lo que Lambert y Saleilles tenían en mente era el desarrollo de nada menos que un derecho común de la humanidad (*droit commun de l'humanité*). Debía crearse, pues, un derecho mundial – no hoy, quizá mañana tampoco, pero debía crearse– y era una misión que habría de encomendarse al Derecho Comparado.

Lo que estos autores refieren es el inicio de un análisis comparativo de mayor rigor, calidad y hasta pautas que la identifican. En cuanto al proceso histórico, coincidimos en que la visión de progreso y la mayor capacidad de interacción, llevó a los académicos del Derecho a observar, organizar, clasificar a los ordenamientos jurídicos nacionales a partir de lo que las hermana o de lo que las distancia.

Hacia los primeros años del siglo XX, Ajani et al. (2010) han subrayado que la comparación jurídica se denominaba “legislación comparada”. El término, felizmente, no se emplea ya. El mismo ponía en evidencia, con su uso, “el tributo pagado al positivismo imperante, que identificaba las reglas jurídicas con la ley formal emanada del legislador estatal”. Hay que destacar que muchos operadores en el Civil Law, recurren al mero análisis de la normativa de fuente legislativa (o específicamente a figuras del Código). La “perspectiva originaba importantes exclusiones: ni la jurisprudencia, ni la doctrina, ni la costumbre merecían ser observadas cual depositarias de reglas, en cuanto simplificadas por la ficción de su plena conformidad con el dictado de la norma legal.” (Ajani et al., 2010, p. 25). Hay que estar conscientes que, aunque la comparación jurídica pueda iniciarse con la revisión del texto legislativo, no puede quedarse en tal etapa, en tanto no se podrá comprender el fenómeno jurídico de manera completa. Quedará fuera, por ejemplo, la razón de la permanencia o del rechazo por el grupo social o los cambios impulsados desde la labor de los jueces o de los académicos formalizada en la doctrina jurídica. Esta es la mirada integradora de los orígenes y mantenimiento del Derecho que se reclama, sea que nos hallemos en el Derecho Constitucional, en el Civil, en el Penal, etc.

Podemos concluir que el Derecho Comparado, como área dotada de una particular fisonomía, tiene un desarrollo relativamente reciente.

IV. EL DERECHO COMPRADO COMO MÉTODO

Muchos han destacado que el Derecho Comparado es también un método de investigación pues posee procedimientos para generar conocimiento. Por método, entendemos al “conjunto de postulados, reglas y normas para el estudio y la solución de los problemas de investigación, que son institucionalizados por la denominada comunidad científica reconocida” (Bonilla y Rodríguez en Bernal, 2006, p.55).

Visualizar los aspectos metodológicos del Derecho Comparado y su aporte a la investigación y enseñanza, representa conocer las normas de estudio que identifican raíces subyacentes y, entre otros, los procesos de interacción de las instituciones de un ordenamiento jurídico nacional pero también de los grupos sociales; esto para hallar las similitudes y las brechas que determinan diferencias. Ello se realiza de manera sistemática siguiendo un orden, y de manera empírica, desarrollando datos que surgen de la realidad.

La imposición de códigos civiles sin atender a la realidad social o de costumbres en la población, generó que muchos de sus artículos jamás fueran aplicados. Recurrir solo a la fuente legislativa, puede suponer un primer paso de análisis, pero no el único. Incluso, cuando se investiga el propio ordenamiento jurídico, el estudio solo con el método exegético suele ser el primer paso, pero no el único a seguir. Se reclama el uso de varios métodos como el funcional a fin de verificar cómo resuelven los casos los jueces, por ejemplo.

El Derecho Comparado exige más que la confrontación legislativa; por ejemplo, el tratamiento de la separación patrimonial de los cónyuges en el Código civil peruano frente al francés, al español o el italiano no puede ceñirse solo a lo que dispone este instrumento normativo en cada país. Un análisis como el indicado, corre el riesgo de captar solo una parte del fenómeno jurídico. Si se quiere afinar el análisis, habrá que advertir también lo que ordenan los jueces, lo que señala la cultura y el desarrollo histórico. Es importante considerar la calidad de la traducción de los términos jurídicos.

Un estudio comparativo integral, debería abordar hasta donde sea posible, la comparación tomando en cuenta la historia, dogmática, la perspectiva funcional (en su vertiente jurisprudencial o de análisis económico del Derecho), sociológica (con sus variantes de enfoque cuantitativo y cualitativo hasta donde ello es posible), la cultura.

Rodolfo Sacco, en sus diversos textos y sobre todo en una interesante entrevista realizada por Rodrigo

Míguez Núñez (2011), subrayó la importancia de atender a nociones que amplían los ejes a tomar en cuenta, calificados de “formantes”; ellos son “[...] las diversas reglas (legales, jurisprudenciales, proposiciones doctrinarias, motivaciones de sentencias y doctrina, entre otras) que coexisten en un determinado ordenamiento jurídico)”, incluyendo también al **criptotipo** (definido en la entrevista como el “término utilizado para indicar aquellas reglas que existen y que se aplican, pero que el jurista no formula o que, incluso, queriendo, no sabría formular”, siendo “reglas no verbalizadas, practicadas en un sistema en modo automático e inconsciente”. Rodolfo Sacco subraya la importancia de la traducción jurídica y la antropología jurídica para el análisis jurídico comparativo. Es obvio entonces, que la comparación centrada solo en la legislación, no permitirá captar las distintas “aristas” del fenómeno jurídico según se presenta en un ordenamiento y en otro u otros.

La labor comparativa o el análisis comparativo facilita el trabajo del legislador, mejorando las operaciones de interpretación, de la enseñanza del Derecho, la estructuración de normativa supranacional (Lledó y Zorrilla, 1998, pp. 357-358). Difícilmente se desarrolla una tesis de calidad o una propuesta normativa o jurisprudencial sin la ayuda del Derecho Comparado, sobre todo en tiempos de globalización. Podemos considerar que el Derecho Comparado es método de investigación pues exige recurrir a procedimientos y estrategias para confrontar el propio derecho con el foráneo, detectando conexiones causales o relaciones subyacentes entre las tradiciones o familias jurídicas y con ello, similitudes o diferencias.

La comparación jurídica posee en parte una característica atribuida a la Filosofía y esta es la capacidad de entenderse como un **meta-método** (por su capacidad principista y orientadora) en tanto supondría conocer y comprender otros métodos de investigación empleados para estudiar y articular el derecho propio o nacional. Son “llamadas de atención metodológicas” propias del Derecho Comparado, el advertir la importancia del lenguaje, la presencia de la legitimidad de una figura jurídica por su vinculación a la religión, por ejemplo (como ya lo indicó Sacco en diversos textos) lo que impregna la interpretación y aplicación de la regla jurídica por su vinculación con tradiciones ancestrales en un grupo determinado. Solo con el ánimo de aclarar aspectos de la investigación (pues no es objetivo de este texto ocuparse de los fundamentos de los métodos jurídicos), algunos han considerado que son métodos jurídicos el inductivo, deductivo, inductivo-deductivo, hipotético-deductivo, analítico, sintético, analítico-sintético, histórico-comparativo, los enfoques cualitativos y cuanti-

tativos. Se ha llegado a afirmar que la investigación jurídica es científica solo si se emplean tales denominaciones que muchas veces no son explicadas y, por ello, no son comprendidas a cabalidad por los estudiantes de pregrado o de posgrado.

En los métodos jurídicos para enseñar e investigar el Derecho occidental, por ejemplo, está implícita la deducción, la inducción, la síntesis, los enfoques citados. Preferimos por ello, partir de la referencia a los métodos de investigación y enseñanza jurídica ya expresados y ante ellos, reclamar que se tome en cuenta la tradición, el desarrollo, la especificidad de la investigación jurídica. La comparación jurídica hace que el análisis, convoque la confrontación de los diversos modos de producción normativa, su interacción y los métodos empleados para conocer el derecho aplicable en la frontera de un país, con otro u otros.

Se requiere advertir conexiones causales derivadas de la historia, cultura, de los procesos de estructuración normativa o jurisprudencial, de la reflexión jurídica doctrinal, del impacto de las decisiones políticas, económicas o ideológicas. Esto puede facilitar o impedir la recepción, el trasplante jurídico de propuestas, la unificación o explicar el fracaso de tales acciones.

En este orden de ideas, el Derecho Comparado cuenta con particulares mecanismos de análisis derivados, por ejemplo, de la escala del estudio. Entre otras, se suele distinguir entre micro comparación y macro comparación. Hay, sin embargo, mucha doctrina sobre tal clasificación recogiendo otras en torno al tema.

Zweigert y Kötz (2002, p. 6) definen a la micro-comparación, de la forma siguiente:

[...] se relaciona con instituciones o problemas legales específicos, es decir, con los principios a los que se recurre para resolver situaciones reales o conflictos de intereses particulares. ¿Cuándo ha de atribuirse al fabricante de un bien defectuoso los daños que sufre un consumidor? ¿Cuáles son las reglas que determinan la atribución de daños en el caso de los accidentes de tránsito? Si un hijo ilegítimo es desheredado por su padre o madre, ¿de qué derecho goza? La lista de posibles ejemplos es infinita.

La macro-comparación en cambio, para estos autores (Zweigert y Kötz, 2002, pp. 5 y 6) supondría:

La comparación del espíritu y el estilo de diferentes sistemas legales, los métodos de reflexión y los procedimientos que se emplean

se engloban en ocasiones con el nombre de “macro comparación”. En este caso, en vez de centrarse en problemas individuales concretos y sus soluciones, la investigación se concentra en los métodos de consulta de los materiales legales, los procedimientos para resolver y dirimir disputas o los papeles que desempeñan algunos actores dentro del sistema jurídico. Por ejemplo, es posible comparar diferentes técnicas legislativas, estilos de codificación y métodos de interpretación del derecho, así como exponer la autoridad de los precedentes, la contribución de los académicos al desarrollo del derecho y los diversos estilos de opinión judicial.

Pero, hay otras clasificaciones de análisis jurídico comparativo como son aquellas que, por ejemplo, destacan la comparación vertical (entre instrumentos normativos de distinto nivel como son la comparación entre lo que señala una constitución y una ley) y comparación horizontal (entre instrumentos jurídicos del mismo nivel como puede ser comparar dos leyes o los apartados de constituciones de diversos países). También en este sentido, se registran diversas nociones.

V. LA COMPARACIÓN JURÍDICA EN TIEMPOS CONTEMPORÁNEOS

Hoy en día, hay clara conciencia de que el análisis o proceso de comparación jurídica se enfrenta a los obstáculos de la comprensión lingüística de los términos, de la influencia histórica, cultural o antropológica. De mismo modo hay clara conciencia de que debe reconocerse el impacto de la política entre otros factores, cuando se pretende delinear y entender a las familias o a las tradiciones jurídicas.

Según expresan Lledó y Zorrilla (1998, p. 355) el Derecho Comparado “estimula el contacto y la comprensión de las comunidades, y mejora las relaciones de coexistencia entre los pueblos”. Resulta necesaria una actitud pluralista, dejando de lado el convencimiento de la supremacía del propio modelo o la excelencia de la propia cultura (Lledó y Zorrilla, 1998, p. 355).

No hay duda en que el análisis comparativo facilita el trabajo del legislador, mejorando las operaciones de interpretación, de la enseñanza del Derecho, la estructuración de normativa supranacional (Lledó y Zorrilla, 1998, pp. 357-358). Muchas veces, el Derecho Comparado adquiere una función transformadora. Además, difícilmente se desarrolla una tesis de calidad o una propuesta normativa o jurisprudencial sin la ayuda del Derecho Comparado, sobre todo en tiempos de globalización.

La doctrina jurídica de Derecho Comparado ha sido y es tan dinámica como el objeto del análisis; se ha desarrollado de la mano de magníficos traductores como H. C. Gutteridge, René David, John Henry Merryman, Rodolfo Sacco, Antonio Gambaro, Louis Vogel, Gino Gorla, Mauro Capelletti, Sandro Schipani, José Castán Tobeñas, José María Castán Vásquez, Roberto M. López Cabana, Konrad Zweigert y Heinz Kötz, Gianmaría Ajani, Miriam Anderson, Bárbara Pasa, Alessandro Somma, entre otros. En el Perú, los profesores René Ortiz, Carlos Ramos, Alfredo Bullard, Leysser León, Juan Espinoza entre otros, han impulsado el análisis comparativo desde sus áreas de estudio. Todos ellos han mostrado y siguen revelando, la diversidad de términos como lo común y lo especial de las tradiciones jurídicas alrededor del planeta.

Vivimos tiempos de cambio a causa de la posibilidad de tratamiento global de los problemas y de las soluciones debido a las facilidades que ofrece internet para la comunicación y acceso al material normativo, dogmático, jurisprudencial, económico, histórico, sociológico y las propias pautas comparativas. Operamos e interactuamos hoy, más que nunca dadas las ventajas que existe para conectarnos, para movilizarnos, para comercializar o simplemente, para saber lo que ocurre en el mundo.

Gracias al análisis comparativo se comprenden las conexiones dinámicas de las familias o tradiciones jurídicas siendo posible articular la armonización o, según el caso, por lo menos, comprender las razones que sostienen a una propuesta jurídica determinada.

Creemos que conviene incentivar una mirada en ocasiones algo diferente al que se sugiere en otros textos, pues vale la pena explorar aquello que ofrecen otras disciplinas como la psicología, entre otras. Ello supone incorporar, por ejemplo, la noción de estilo jurídico (como elementos característicos de un ordenamiento jurídico nacional pero también de familias o tradiciones jurídicas), pero, a partir del impacto de la aplicación efectiva de la normativa y de los “modelos” de éxito o fracaso que los medios difunden y son aplicados en la práctica por la población. En esto, hay un modelamiento o aprendizaje social que puede explicar la fisonomía del Derecho germano o del Derecho de los Estados Unidos de América cuando se trata de enfrentar los daños (derivado del *enforcement*), por ejemplo.

Por lo pronto, se destaca e impone el uso del término “Derecho Comparado” o “disciplina comparativa” cuando se trata de darle un nombre. En su configuración, el derecho –como el más sofisticado medio de control social o de interacción subjetiva–

debe quedar “abierto” hacia las conexiones causales derivadas de los procesos históricos, de las tradiciones o costumbres, de la acción de los grupos por influencia de la economía, la política, la religión, la filosofía. Cabría explorar si en el objeto de comparación no han influido también los procesos psicológicos de aprendizaje de conductas como cuando, por ejemplo, se logra que funcione la responsabilidad civil pues se consigue que el causante de un daño, pague una indemnización mediante figuras creativas, como la noción de *market share*.

En el caso del Derecho peruano como de aquellos que ya tenían un esquema jurídico pre-hispánico, cabe cuestionar, además, la asimilación del Derecho español y en general, la inclusión actual del Derecho peruano sin observaciones, como parte de la tradición jurídica romano-germánica. El cuestionamiento nace de la presencia de costumbres y tradiciones ancestrales en instituciones como el Derecho Comunal sobre la propiedad o el trabajo colectivo entre otros, que cambian la propuesta original de dicha tradición. En esto hay mucho por investigar. Cabría adoptar entonces, fomentar estudios comparativos sobre instituciones propias de la familia jurídica iberoamericana. Si bien la antropología jurídica reclama el estudio, es menester impulsar un proceso de integración que incorpore esta disciplina, pero que lo haga no solo para describir sino también para comparar.

La aplicación del Derecho Comparado se da tanto en la investigación y en la enseñanza como en la vida profesional. Su conocimiento también nos brinda cierto acceso a la **ruta** mental de análisis jurídico, forjada en la mente de abogados de otros países lo que puede facilitar la solución de problemas o llevarnos al fracaso para tratar los conflictos. 

REFERENCIAS

Ahneman, D. (2012). *Pensar rápido, pensar despacio*. Barcelona: Debate.

Ajani, G., M. Anderson, Arroyo i Amalluelas, E. y B. Pasa (2010). *Sistemas jurídicos comparados*

– *Lecciones y materiales*. Barcelona: Universidad de Barcelona.

Bernal, C. (2006). *Metodología de la Investigación Jurídica*. Segunda edición. Ciudad de México: Pearson Prentice Hall.

David, R. (1968). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Madrid: Aguilar.

Gambaro, A. y R. Sacco (2010). *Sistemi Giuridici Comparati – Trattato di Diritto Comparato*. Tercera edición. Milán: Unione Tipografico-Editrice Torinese – UTET Giuridica.

Gambaro, A., Sacco, R. y L. Vogel (2011). *Le droit de L’occident et d’ailleurs*. París: Librairie Général de Droit et Jurisprudence – LGDJ.

Gómez Jacinto, L. (2005). Comparación social y autoevaluación desde un enfoque evolucionista. En: *Escritos de psicología 7*, pp. 2-14.

Lledó Yagüe, F. y M. Zorrilla Ruiz (1998). *Teoría General para un entendimiento razonable de los episodios del mundo del Derecho*. Madrid: Dykinson.

Míguez Núñez, R. (2011). Comparar: Conversaciones con Rodolfo Sacco. En: *Revista Chilena de Derecho privado 17*, pp. 193-226.

Pegoraro, L. y A. Rinella (2006). *Introducción al Derecho Público comparado*. Primera edición en español. Lima: Palestra Editores.

(2003). *Las fuentes en el Derecho Comparado*. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Riles, A. (ed.) (2001). *Rethinking the masters of Comparative Law*. Portland: Hart Publishing.

Zweigert, K. y H. Kötz (2002). *Introducción al Derecho Comparado*. Primera edición en español. Ciudad de México: Oxford University Press.