

TEORÍA JURÍDICA Y “DERECHO COMPARADO”

UNA APROXIMACIÓN Y UN DESLINDE

*Rolando Tamayo y Salmorán**

Resumen

La comparación de instituciones, órdenes y sistemas jurídicos se hace de una manera descriptiva. La tarea descriptiva de la ciencia del derecho la acompaña desde sus inicios y se aplica a todo el derecho positivo. No existe ninguna rama del derecho que se denomine “derecho comparado”, esto es sólo un método de estudio o investigación comparativo de las ciencias jurídicas; una técnica jurídico-dogmática. La comparación se hace a través de la lectura de instituciones o normas que por medio de la formulación del lenguaje, se explicarán conforme a la doctrina y sistemas jurídicos que les sean aplicables dentro de un ámbito de validez. La descripción del derecho se hace por medio de subsistemas entre órdenes e instituciones. Debe quedar claro que el derecho comparado no es estudio del derecho extranjero, sino que los modelos doctrinales son confrontados y comparados, siempre y cuando sean instituciones pertenecientes a una misma clase necesitando de un marco referencial.

Abstract

The comparison between institutions, orders and systems is done in a descriptive fashion. Jurisprudence's descriptive task has been there since its beginnings and applied to all *positive* Law. There is not a branch of Law called “comparative law”, this is only a study or research method of jurisprudence; a legal-theoretical technique. The comparison is made through the reading of legal institutions or norms that can be explain away under the the dominant legal theory or doctrine and the legal systems applicable. The description of law is made by the breakdown of orders and institutions. It must be emphasized that comparative law is not the studying of foreign law, but the theoretical models confronted and compared, as long as they belong to the same classification and under a common referential framework.

* Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho.

1. Razones metodológicas

Este ensayo está lejos de ser una explicación omnicomprendensiva de la ciencia jurídica; tampoco introduce una nueva meta-teoría del derecho. Este ensayo es un análisis –*ab obvo* fragmentario– de la ciencia jurídica, enfocado específicamente a la descripción de la comparación de instituciones, órdenes y sistemas jurídicos.

Desde el punto de vista de la filosofía de la ciencia, la ciencia puede ser abordada desde una perspectiva descriptiva o bien normativa. Aquí me ocupo de la ciencia jurídica (de la dogmática jurídica) de manera descriptiva.¹ No pretendo introducir un nuevo modelo de ciencia del derecho; tampoco me refiero a alguna ciencia jurídica que me venga a la mente; pienso en la ciencia jurídica que existe *hic et nunc*.²

En otras sedes he dado cuenta de algunas vicisitudes de la ciencia del derecho. He hablado del periodo clásico, de la jurisprudencia bizantina, en especial del episodio justineano y de la jurisprudencia medieval.³ También me he referido a algunos momentos espectaculares de tiempos posteriores (v.g. la Exégesis francesa, el Pandectismo alemán, la Jurisprudencia de Intereses, entre otros).⁴ Ciertamente, la jurisprudencia vivió importantes desarrollos en el curso de la historia, sin embargo el paradigma continúa siendo el mismo. No obstante los cambios que sufre la concepción de la ciencia clásica, su esquema se mantiene. De esta suerte, la ciencia del derecho de nuestros días encuentra su lejano antecedente en la *interpretatio prudentium*.⁵

¹ *Sit venia verba*.

² *Vid.*: mi libro *Elementos para una teoría general del derecho*, México, Editorial Thémis, 2003, p. 270.

³ *Vid.*, *inter alia*, mis libros: *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho* (México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004); *La universidad epopeya medieval. (Notas para un estudio sobre el surgimiento de la universidad en el Alto Medioevo)* (México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004); *La ciencia del derecho y la formación de las ideas políticas en Occidente. (Estudio histórico sobre la ciencia jurídica y su impacto en las ideas políticas)*; “¿Prólogo? La jurisprudencia medieval. Algunas características”, en Magallón Ibarra, Jorge Mario. *El renacimiento de la jurisprudencia romana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002; etc.

⁴ *Vid.*, *inter alia*, el Cap. xxi: *Algunas consideraciones sobre la interpretación jurídica* de mi libro: *Elementos para una teoría general del derecho*, *cit.*, pp. 339-367.

⁵ La *interpretatio prudentium* fue el primer sistema de metalenguaje del derecho del que tenemos noticia (D. 1, 2, 2, 5 y 6), el cual ha devenido el paradigma de la jurisprudencia.

Estoy consciente que para algunos autores la “ciencia jurídica contemporánea y sus métodos se presentan diversos y múltiples,⁶ aunque (y esto es parte de mi argumento), no lo son tanto. Un análisis de las diferentes corrientes de la ciencia jurídica y de sus métodos muestra que la ciencia del derecho, desde el tiempo de la *interpretatio prudentium*, a través de Bizancio, las glosas y comentarios medievales, la Exégesis francesa, el Pandectismo alemán, hasta la pretendida diversificación de la ciencia del derecho contemporánea, es básicamente la misma disciplina, el mismo oficio: describir –deónticamente– el derecho positivo (o parte de él). A este respecto podemos decir que los pontífices hicieron con la antigua legislación de las *XII Tablas* lo mismo que Ulpiano (¿-228) hizo *ad edictum*, lo que Bártolo (1313-1357) hizo con el *Corpus iuris*, lo que Blackstone (1723-1780) hizo con las “leyes” de Inglaterra y lo que los civilistas franceses hacen con los artículos 1382 y 1383 *du Code Napoleon* y lo que Enneccerus (1843-1928) hizo con el *BGB*.⁷

La ciencia del derecho, como toda ciencia, nace con pretensión de universalidad. Pero, sin duda, el carácter universal de la ciencia del derecho se imprime por la escuela de Bolonia: Desde entonces la jurisprudencia no se restringe a un único derecho positivo. La jurisprudencia es un *art universalis*. Este es el problema del que me ocupo en este trabajo. La jurisprudencia se aplica a todo derecho positivo. Esta cuestión la han planteado los juristas persistentemente. Lo abordaré siguiendo la discusión sobre el *soi disant* “derecho comparado”.

⁶ Vid. v.g.: Wróbleski, Jerzy. “Verification and Justification in the Legal Sciences” en Krawietz, W., Opalek, K., Poezenic A. y Schramm, A. (Eds.), *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz*, en *Rechtstheorie*, Beiheft 1, 1979. Berlín.

⁷ Esta referencia a la persistencia del modelo de la ciencia jurídica la he tomado de mi libro: *Elementos para una teoría general del derecho*, México, Thémis, 2003, pp. 284-285.

2. Órdenes jurídicos (Un detour)⁸

La profesión jurídica concibe el derecho como un conjunto (“orden”), a cuyas entidades llama “normas” (cualquier cosa que éstas sean).⁹ Para la profesión jurídica, el derecho no es una cosa singular, sino un conjunto, una “clase de cosas”. El derecho es un *pannomion*¹⁰ (aunque los juristas no siempre lo expliciten).

Ahora bien, para penetrar la “naturaleza” del derecho (*i.e.* de cualquier orden jurídico histórico) es necesario tener en cuenta que los órdenes jurídicos son conjuntos más bien complejos. Esta complejidad resulta de la interdependencia recíproca de sus entidades (*i.e.* normas) que los juristas conciben como las “unidades básicas” de los órdenes jurídicos positivos.

Es imposible penetrar la naturaleza del derecho —dice Hans Kelsen (1881-1973)— si limitamos nuestra atención a una norma aislada... Únicamente sobre la base de una clara comprensión de estas relaciones que constituyen el orden jurídico puede entenderse completamente la naturaleza del derecho.¹¹

⁸ Esta sección le he tomado de mi artículo “Interpretación jurídica. (Dos lecturas del derecho)”, (en Flores, Imer B.) En esta sección reformulo algunas tesis expuestas en mi artículo “Rechtsordnung und Verfassung. Eine Kurze Beschreibung des Prozesses des Rechtserzeugung” (en Olivé, León y Salmerón, Fernando. *Philosophie und Recthstheorie in Mexiko*, Berlín, Duncker und Humblot, 1989, pp. 121-133). Algunas de ellas están incluidas en el capítulo x: *El concepto de constitución* de mi libro *Introducción al estudio de la constitución*, (México, Distribuciones Fontamara, 2002, Doctrina Jurídica Contemporánea, 3) y en mi ensayo: “La interpretación constitucional. (La falacia de la interpretación cualitativa)” (en Vázquez, Rodolfo [Ed.], *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 1998, [Doctrina Jurídica Contemporánea, 4]. pp. 89-133).

⁹ El uso de ‘norma’ es tardío. Dentro de la tradición romano-germánica su uso se ha extendido. En la tradición de habla inglesa el uso de *norm* es menos frecuente; se usa *law* (con ‘l’ minúscula) o *rule*. Pero lo que los juristas dicen sobre normas se aplica tanto a *laws* como a *rules*.

¹⁰ Palabra inventada por Bentham. (Cf.: *Introduction to the Principle of Morals and Legislation*, Cap. xvii, nota final, Sec. vi, Darien, Connecticut, Hafner Publishing Co., 1970. [The Hafner Library of Classics, 6], p. 333).

¹¹ *General Theory of Law and State*, trad. por Anders Wedberg, Nueva York, Russell and Russell, 1973, p. 3. (Reimpresión de la edición de Harvard University Press, 1945). Los corchetes son míos. Existe versión española de Eduardo García Máynez: *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1979.

El profesor H.L.A. Hart (1907-1994) sostiene que una descripción completa de una norma particular supone una descripción de todas las condiciones comunes a ella y a las otras normas; por tanto, supone una descripción del funcionamiento de la totalidad del sistema.¹² Antes de Kelsen y de Hart, Jeremy Bentham (1748-1832), para quien el derecho es un *pannomion*, observaba:

Un cuerpo de normas es una vasta y complicada pieza de mecanismo de la cual ninguna de las partes puede ser completamente explicada sin el resto. Para entender las funciones de un péndulo [*balance-wheel*] se debe deshacer todo el reloj: para entender la naturaleza del derecho se debe deshacerlo todo...¹³

El derecho no es un mero abarrotamiento de cosas; sino, más bien, una “intrincada urdimbre de normas”. El derecho es un conjunto¹⁴ (de normas). Éste es un dato básico para la profesión jurídica, un presupuesto de su oficio. Así:

$$\Delta = \{n, n, n, n \dots\}$$

Donde Δ cubre cualquier derecho positivo y donde ‘*n*’ nombra cualquier norma jurídica del sistema. Ahora bien, *x* es entendida como *n* si ciertas condiciones son satisfechas. (Si *x* satisface la “regla de formación del conjunto”).

A esta compartida concepción estática, la profesión jurídica añade otro dato: El derecho no es sólo un conjunto atemporal de normas, sino es un “*continuum* de actos humanos que crean y aplican normas jurídicas”.¹⁵ El derecho –valga la paráfrasis benthamita– es un *pannomion dynamikon*.

Aunque esta concepción dinámica no siempre es hecha explícita; ésta no es tampoco “el lado oscuro de la luna”. El aspecto cinético del or-

¹² Cf. Hart, H.L.A. “Introduction” en Bentham, Jeremy. *Of Laws in General*, cit. p. xxxv. Las negritas son mías.

¹³ *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Londres, University of London, The Athlon Press, 1959. (The Collected Works of Jeremy Bentham), Cap. XVII, § 29 n.b2 p. 299.

¹⁴ Un conjunto que no puede ser vacío.

¹⁵ Los actos jurídicos son bifásicos (*sit venia verba*); prácticamente todos ellos son, al mismo tiempo, actos de creación y actos de aplicación.

den jurídico es siempre presupuesto en el trabajo cotidiano de jueces y abogados y corresponde ampliamente a los usos profesionales de ‘derecho’. La tesis que subyace detrás de este ensayo es que el derecho es la “unión de actos de creación y actos de aplicación del derecho”.¹⁶ Actos históricos, actos que son parte de la historia cultural de la humanidad.

3. “Derecho comparado”

a. *La perplejidad*

La pregunta “¿qué es derecho comparado?”¹⁷ ha tenido respuestas sorprendentes.¹⁸ Una respuesta de carácter extremo,¹⁹ pero no insólita, es: ‘no existe’.²⁰ En el otro hemisferio de respuestas se viven enconados combates (sin enemigos). Dentro de la rapsodia de posturas y opiniones que están presentes en esas contiendas, dos puntos son unánimemente admitidos: (1) La expresión “derecho comparado” es vaga, ambigua y equívoca y, por tanto, fuente inagotable de perplejidades. (2) No obstante el tenor de la expresión, se admite que **no existe** ninguna rama del derecho positivo nacional o internacional (en el sentido en que

¹⁶ En cuanto a esto véase Atria, Fernando. *On Law and Legal Reasoning*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2001 (The European Academy of Legal Theory Series).

¹⁷ En este apartado sigo básicamente lo expuesto en mi trabajo “El ‘derecho comparado’, técnica jurídica dogmática o historia jurídica comparada”, en *Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, t. II, pp.1355-1371, recogido, *mutatis mutandi*, en el Cap. XXIII: *Dogmática jurídica. ars universalis*, de mi libro: *Elementos para una teoría general del derecho*, cit., pp. 381-396.

¹⁸ “Los comparatistas en todo el mundo... se encuentran aún en estado de experimentación”. Zweiger, Konrad, (Cf.: “Methodological Problems in Comparative Law”, *Israel Law Review*, vol. VII, Núm. 4, 1972, p. 465; Ver el trabajo de Kohler, J., “Rechtsphilosophie und Rechtsvergleichung”, en: *Archiv für Rechts-und Wirtshaft Philosophie*, vol. 1, 1907-8; Drobing, V., “Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie”, en *Rabel’s Zeitschrift für ausländischen und internationalen Privatrecht*, vol. XVIII, 1953, pp. 301 y ss., Zweiger, K., “Die soziologische Dimension der Rechtsvergleichung”, en: *Rabel’s Zeitschrift für ausländischen und internationalen Privatrecht*, vol. XXXVIII, 1974, pp. 299-316).

¹⁹ Cabe señalar que algunas de estas posturas recurren con frecuencia a trampas lingüísticas o se limitan con señalar un mero problema terminológico.

²⁰ *Vid.*: Watson, Alan, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Edinburgo, Scottish Academic Press, 1974, p. 1.

los juristas hablan de “derecho civil”, “derecho administrativo”, “derecho penal”, *et sit cetera*) que se denomine “derecho comparado”.

La equivocidad de la expresión fue rápidamente advertida. Probablemente por esa razón los juristas de habla alemana la evitaron. Ellos usan el término (*die*) *Rechtsvergleichung*. Con esta expresión no sólo se evitan algunas de las perplejidades sino, además, directamente se alude a la confrontación de órdenes o instituciones jurídicas. Por esta razón (y otras aún no explicitadas) preferiré la expresión “comparación jurídica” a la de “derecho comparado”. (Para los efectos de este trabajo dichas expresiones serán tratadas como equivalentes).

Una respuesta frecuentemente dada a la pregunta “¿qué es el derecho comparado?” es que éste no es sino un método de estudio o de investigación, *¡tout court!* Ésta es una respuesta persistente, casi típica de los “comparatistas” (quizás intuitivamente correcta). Sin embargo, la perplejidad aparece cuando uno inquiriere por las características de este método peculiar. La pregunta queda prácticamente sin respuesta. No se encuentran rasgos distintivos. Por ejemplo, se declara que “el método llamado derecho comparado puede ser usado para una variedad de propósitos prácticos y académicos”. Esta respuesta, por extraño que parezca, no es de ningún desconocido, sino del profesor R. B. Schlesinger, autor de un celebrado libro de derecho comparado.²¹ René David no es más explícito; señala en su no menos famoso *Traité élémentaire de droit civil comparé*,²² que el derecho comparado es precisamente el método comparativo aplicado en el campo de las ciencias jurídicas.

Pareciera que para los “comparatistas” el “derecho comparado” fuera algo obvio y, por ello, dan respuestas en apariencia triviales: “comparar derecho es cotejar, confrontar, parangonar... derecho”. ¿Qué tiene eso de difícil? Ciertamente no es nada difícil; pero eso no explica la comparación jurídica (en el sentido de *Rechtsvergleichung*) Si en eso consistiera la comparación jurídica no tendría sentido ocuparse de ella.²³

²¹ *Comparative Law*, Brooklyn, 1970.

²² París, 1950.

²³ Los viejos juristas normalmente más eruditos y más conocedores de historia del derecho, ofrecían respuestas más razonables. Ver los trabajos de E. Lamber (*Encyclopedia of the Social Sciences*, Londres, MacMillan, 1931 e *Histoire comparative en La fonction du droit civil comparé*, t. I, París, 1903), en donde se alude a la idea de que ciertos principios son comunes a todo sistema jurídico (“*supra* doctrina” o “doctrina supranacional”). Sobre este tipo de doctrina hablaré más adelante.

Con esto se quedaron los comparatistas (dándole vueltas a sus métodos). Afortunadamente los juristas dogmáticos continuaron haciendo comparaciones de normas e instituciones de diferentes sistemas (y subsistemas) jurídicos. En este orden de ideas, la historia de la ciencia jurídica muestra una extraña paradoja: la comparación de normas e instituciones jurídicas ha existido desde la aparición de la jurisprudencia. (Episodio que ocurre en Roma).²⁴ Ahora bien, la comparación jurídica ha sido realizada (y sigue siendo realizada) por los juristas. Sin embargo, a ninguno de ellos preocupó dar cuenta de la comparación (ni de sus métodos); probablemente porque hacían lo que siempre habían hecho: describir el orden jurídico (o parte de él) de conformidad con los cánones de la interpretación jurídica. Únicamente que a esta descripción habrían de sumar los resultados de tal confrontación. A ninguno de estos juristas, los cuales han dado cuenta del derecho de Occidente, se le ocurrió llamarse “comparatista” (pienso en Friedrich von Savigny (1779-1861), Rudolf von Ihering (1818-1892), Otto von Gierke (1841-1921), Henri Lévy-Bruhl, (1884-1955) Herman Kantorowics (1877-1940), Francesco Calasso, Sir Paul Vinogradoff (1854-1925), Fritz Schultz, P. Koschaker, F. Wieaker, Roberto Bonini y tantos otros). Nadie pensaba en el “derecho comparado”.

El problema realmente surgió con la emergencia de los “comparatistas”, los cuales, en vez de hacer comparaciones de órdenes o instituciones jurídicas como solían hacer los demás juristas, se dedicaron a hablar de la “naturaleza”, “importancia”, “métodos”, fines y bondades del llamado “derecho comparado”.

b. *Punto de vista y estrategia*

²⁴ Con frecuencia los comparatistas refieren con marcado orgullo que el “derecho comparado” se remonta más allá de Roma, y que disponemos de bellos ejemplos de la Grecia clásica: e.g. las *Nomoi* de Teofrasto; las *Istoriai* de Heródoto, el libro VI de las *Istoriai* de Polibio, entre otras. Estas obras, tan importantes como pudieran ser (como, de hecho, lo son); sin embargo, no son comparaciones jurídicas; son libros de etnología o antropología comparada y muchas cosas más. En cuanto a la explicación del derecho dichas obras son, cuanto más, “historia externa” (cuando son historia). En ese mismo tenor se encuentran los autores de ciencia política (e.g. Montesquieu,) que los comparatistas suelen citar como autores de obras maestras de la comparación jurídica. La comparación jurídica, *properly so called*, sólo puede hacerse con las herramientas proporcionadas por la ciencia del derecho.

En esta sección me propongo dar cuenta de la comparación jurídica que realizan los juristas. Me propongo describir cómo hace la jurisprudencia dogmática para comparar normas e instituciones de distinto (o del mismo) sistema jurídico. Si bien la exposición expresa mis ideas sobre el particular, este trabajo puede inscribirse en la corriente de teoría jurídica representada, en la actualidad, por los profesores Alan Watson y Peter Stein.²⁵

En vez de preguntarme por los métodos de los comparatista me propongo **describir** (“reconstruir”) qué hacen los juristas dogmáticos cuando comparan normas e instituciones jurídicas.

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

Si lo que se busca con la comparación de instituciones y órdenes jurídicos es un mejor conocimiento y aplicación del derecho, entonces la comparación es parte de la descripción (interpretación) de la experiencia jurídica (léase. ‘derecho positivo’): tarea propia de la dogmática jurídica. Ahora bien, si el “derecho comparado” no es técnica jurídico-dogmática o historia jurídica comparada, entonces es inocua; de nada sirve para el conocimiento y aplicación del derecho.

Aunque *prima facie* este enfoque pueda verse un tanto iconoclasta (particularmente *vis à vis* la obra de los “comparatistas”), en realidad es más ortodoxo de lo que pueda suponerse. De hecho, esta concepción no hace sino continuar el *standard work* de la jurisprudencia dogmática. De ahí que estas líneas pueden considerarse un ensayo de filosofía jurídica analítica en tanto se ocupa del esclarecimiento del derecho (o parte de él).²⁶

Lo anterior presupone un entendimiento claro de la ciencia del derecho (*i.e.* dogmática jurídica) y de la historia del derecho. Problemas de los que no me puedo ocupar aquí. Para los efectos de este trabajo basten las consideraciones siguientes:

²⁵ Además de la obra de Watson ya citada (*supra* nota 3), *Vid.:: The Nature of Law*, (Edimburgo, Edinburgh University Press, 1977). En cuanto a Peter Stein, *Vid.:* particularmente *Legal Evolution. The Story of an Idea*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980, y (en colaboración con John Shand) *Legal Values in Western Society* Edimburgo, Edinburgh University Press, 1974.

²⁶ En el sentido en que lo entiende H.L.A. Hart (*Cf.: The Concept of Law*, *cit.*, p. vii).

La dogmática (o ciencia del derecho) puede caracterizarse como la disciplina²⁷ comúnmente denominada “doctrina”, que determina y describe el material tenido por derecho, sin cuestionar su validez.²⁸

Ahora bien, sobre este problema es oportuno reiterar que la explicación jurídica, propiamente hablando, se lleva a cabo sólo por la ciencia jurídica, *i.e.*, por la dogmática jurídica. Esto implica que no existe explicación jurídica **modo normativo** (o si se prefiere, **modo deóntico**) por fuera de la jurisprudencia dogmática.²⁹

Con “historia del derecho” me refiero a la descripción de los “hechos” de la experiencia jurídica, *i.e.* a los actos que crean, aplican o modifican el derecho positivo nacional o internacional. Pienso en la “historia interna”, haciendo uso de la tradicional dicotomía de los romanistas, no en la “historia externa”. Ésta, si bien indispensable para entender el contexto, ideología normativa, etcétera, se ha convertido, en realidad, en un cómodo subterfugio para aquellos que, no pudiendo describir el funcionamiento del derecho, recogen anécdotas. Así, en vez de derecho colonial, se habla de virreyes; en lugar de derecho constitucional... se habla de... líderes... héroes... o... traidores.

4. Lectura³⁰ y confrontación

Un entendimiento claro de las normas que constituyen una institución jurídica, cualquiera que ésta sea, presupone el manejo de los conceptos, nociones, ideas y tradiciones jurídicas que explican dicha institución. Pues bien, los conceptos, nociones, dogmas o presupuestos que explican una institución jurídica son suministrados por la dogmática jurídica (ella es la doctrina aplicable a dicha institución).

²⁷ Oficio intelectual que alguien practica siguiendo cánones reconocidos.

²⁸ *Vid.* mi libro: *Introducción al estudio de la Constitución*, México, Distribuciones Fontamara, 1998, (Doctrina Jurídica Contemporánea, Núm. 3), p. 241.

²⁹ *Vid.*: mi ensayo “Legal Explanation”, en: *Working Papers*, Florencia, Istituto Universitario Europeo, 1986.

³⁰ Sobre la “lectura” jurídica que realiza la dogmática jurídica, *Vid.* mis libros: *Elementos para una teoría general del derecho*, *cit.* (Cap.: xx y xxii) y *Razonamiento y argumentación jurídica*, *cit.* (Cap.: iv-vii) y mi artículo: “interpretación jurídica. (Dos lecturas del derecho)”, en Flores, Imer (Ed.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

El derecho –lo he señalado varias veces–³¹ tiene como condición de existencia su formulación en un lenguaje.³² Pero, ¿cómo se conoce un lenguaje? La respuesta es sencilla: conoce un lenguaje quien sabe qué dice. Quien sabe qué dice puede hacer una “lectura” de sus textos. Así, v.g.: una persona sabe griego si dice lo que está dicho en griego; sabe árabe quien entiende lo que se dice en árabe; sabe tártaro, quien entiende tártaro y... **sabe derecho quien nos dice lo que el derecho dice.**

El material jurídico se encuentra escrito, por decirlo así, en caracteres codificados; para *leerlos* es necesario decodificarlos. Los “códigos” (en el sentido del vocabulario de un léxico) para tal “lectura” son proporcionado por la dogmática jurídica y su historia.

Ahora bien, una teoría que pretenda describir el derecho *as it is* tiene que determinar su objeto. Sobre este particular quiero subrayar que lo que los jueces hacen, *quæ iudices*, **es parte de lo que el derecho es.** De ahí que una apropiada descripción del derecho (o parte de él) tenga que dar cuenta de lo que los jueces hacen (y todo lo que eso implica). La dogmática jurídica proporciona el criterio de identidad como de existencia del derecho esto incluye dar cuenta de las instancias (órganos) que crean y aplican las normas jurídicas.

Posiblemente puede decirse (y con razón) de tal descripción (dogmática) que es muy técnica, que ignora otros aspectos importantes del mundo, (la sobrepoblación de conejos en Australia, los fundamentos del Taoismo, el calentamiento del planeta, el monofisismo bizantino...) en suma que es reduccionista, que sólo tiene como propósito normas e instituciones jurídicas. Esto puede ser cierto (con alguna exageración). Pero, esto lo hace cualquier otro científico que ha determinado el universo de su discurso. (El biólogo que estudia la reproducción de los batracios no se preocupa del derecho comparado, si lo introduce en su investigación comete un sincretismo metódico).

Una vez “leídos” los materiales jurídicos por comparar, de conformidad con la doctrina (meta-reglas de hermenéutica, tradiciones, prácticas), son puestos dentro de un marco donde dichos materiales se hacen **commensurables**; dentro de un marco doctrinal donde estos

³¹ Vid. e.g. mi artículo: “Indeterminación del derecho. Las paradojas de la interpretación”, en Malen, Jorge; Orozco, J. de Jesús y Vázquez, Rodolfo (eds.), *Función judicial, ética y democracia*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2003. pp. 57-83.

³² Vid.: Capella, José Ramón. *El derecho como lenguaje*, Ariel, Barcelona, 1968, p. 28.

materiales (normas o instituciones jurídicas) se vuelven entidades de una **misma clase**. Así proceden los juristas dogmáticos (aunque no lo expliciten).³³ Voy a llamar a este marco de referencia: “meta-modelo doctrinal”.

La comparación realmente comienza cuando las normas o instituciones jurídicas debidamente explicados de conformidad con la doctrina que les es aplicable en sus respectivos sistemas jurídicos son “traducidos” al lenguaje del meta-modelo doctrinal. La aplicación de este modelo es imprescindible en la comparación jurídica. Es importante subrayar que la comparación no sólo se da entre normas e instituciones de distintos sistemas jurídicos nacionales. Esto seguramente entristecerá a los comparatistas porque la comparación jurídica, *i.e.* la *Rechtsvergleichung* se presenta con más frecuencia en la descripción del propio derecho. Un sistema jurídico puede ser “descompuesto” en varios subsistemas (materialmente: delitos dolosos, tutela, contratos de garantía, créditos quirografarios, espacialmente: municipios, provincias, espacio aéreo, etc.; personalmente: los menores, los comerciantes, etc.; temporalmente: “...nacidos antes...”, “durante el año fiscal...”, etc.). ¿Cómo distingue (compara) un jurista la enfiteusis de una servidumbre? ¿Cómo explica un jurista la diferencia entre una sentencia interlocutoria y un auto de sobreseimiento? Simplemente colocando a las instituciones por comparar dentro del modelo doctrinal donde ambas son entidades de esa **clase**. Podemos *seguir sine die* con estos ejemplos que son, en número e importancia dogmática superiores a las comparaciones de los “comparatistas”.

La comparación de órdenes e instituciones jurídicas ha sido “natural”, no sólo a la actividad dogmática, sino a la misma teoría general del derecho. Ciertamente, dogmática jurídica y teoría general del derecho son dos diferentes reflexiones. Para esclarecer este último punto permítaseme referirme a “el principio de universalidad” de la explicación jurídica de esta última. De conformidad con este requerimiento metateórico, una teoría general del derecho es “correcta”, si sus proposiciones son “verdaderas” para todos aquellos casos intuitivamente claros de derecho nacional o internacional. En este sentido de teoría general del derecho (general *jurisprudence*) no debe ser confundida con la

³³ Algunos juristas sí lo hacen explícito, *Vid.*: Geny, François. *Méthode d'interprétation et source du droit privé positive*, París, 1954.

exposición crítica de un orden jurídico particular. La teoría del derecho (*jurisprudence*) “... se ocupa directamente de los principios y distinciones comunes a varios sistemas de derecho positivo...”³⁴

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

6. La *Rechtsvergleichung*

Una inmediata consecuencia que hay que advertir es que el “derecho comparado” en (el sentido aquí descrito) no es estudio del derecho extranjero. Estudiar un derecho extranjero no significa realizar una comparación jurídica.³⁵

Así, por ejemplo, un estudio sobre la Suprema Corte de Estados Unidos que se limite a describir el derecho y la práctica constitucional de ese país, es un estudio de derecho constitucional estadounidense. Similarmente, el estudio de institutos de diversos ordenamientos jurídicos puede conducir a una descripción de institutos “país por país”, pero no a una comparación jurídica.³⁶

Para que se pueda hablar de una comparación jurídica en sentido jurídico-dogmático es presupuesto indispensable que las instituciones jurídicas sean consideradas no dentro del marco de otro derecho (como erróneamente repiten los “comparatistas”). Una vez interpretado el material a comparar de conformidad con el *corpus* respectivo de doctrina, las características de estas instituciones deben ser confrontadas como instancias de un meta-modelo doctrinal más amplio. Este meta-modelo contiene a las instituciones con todo el *bagage* dogmático que las explica (tradiciones y prácticas judiciales y *comprises*).

Un ejemplo puede aclarar lo anterior; pensamos en el caso del Ombudsman sueco y del Defensor del Pueblo español. Después de seleccionar, con la ortodoxia que impone la dogmática, el material jurídico que constituye el instituto en cuestión y después de entender su

³⁴ Austin, John, “Outline of the Course of Lectures”, en: *The Province of jurisprudence*, cit., p. lix.

³⁵ Vid.: Watson, Alan, *Legal Transplants*, cit., p. 4; Vergottini, G., *Diritto costituzionale comparato*, Padua, Cedam; Ancel, Marc, *Utilité et méthode du droit comparé*, Neuchatel, 1971.

³⁶ Vergottini, G., *Diritto costituzionale comparato*, cit., pp. 3 y 4

alcance y significado, de conformidad con las nociones de la doctrina que la explica y la tradición jurídica que la comprende (v.g., el parlamentarismo sueco, el realismo escandinavo... en cuanto a Suecia; la tradición foral y justicialista... en cuanto a España), se procede a **comparar** los rasgos conmensurables de dichas instituciones dentro de una doctrina constitucional aplicable a la tutela de derechos. ¿Qué sentido tendría estudiar el ombudsman sueco dentro del marco de unos cuantos artículos de la constitución española?

Supongamos ahora que deseamos comparar la institución del *plea guilty* estadounidense con el allanamiento de nuestro sistema procesal. Después de seleccionar el material jurídico relevante y de interpretar su significado, de conformidad con las nociones de la doctrina y la tradición jurídica respectivas, dichas instituciones (*plea guilty* y allanamiento) son puestas en relación, en confrontación, dentro de un apropiado modelo de proceso jurisdiccional dispositivo donde se distingan y consideren los alcances y los efectos de los actos de las partes. *Plea guilty* y allanamiento son instituciones **pertenecientes a una misma clase**.

Sólo dentro del marco de la teoría general del proceso puede ser entendida (por otros) la folklórica noción de “quejoso” del amparo mexicano, solo en ese marco se puede entender leer ‘quejoso’ como “actor”. Sólo así puede esclarecerse la aún más extravagante noción de “autoridad responsable”. Los ejemplos pueden multiplicarse, pero no es el propósito de este trabajo.

Resulta prácticamente evidente que sólo dentro del marco de referencia que constituye el meta-modelo doctrinal pueden ser establecidas relaciones relevantes en sentido jurídico dogmático. Y es precisamente sobre la base de estas relaciones que es posible formular clasificaciones y taxonomías (Las cuáles no podemos abordar aquí).

Únicamente dentro de un marco doctrinal apropiado pueden ser puestos en **relación** distintas normas o instituciones jurídicas. Ahora bien, para muchos autores son precisamente estas relaciones las que constituyen el objeto de análisis de la comparación jurídica a la cual puedo caracterizar como la disciplina jurídica que tiene como objeto específico la construcción de meta-modelos doctrinales aplicable a clases (familias) de normas o instituciones con el propósito de señalar semejanzas y diferencias entre ellas para un mejor entendimiento de las mismas.

Esta caracterización, insisto, es estrictamente descriptiva; no hace más que reconstruir la comparación que se produce “naturalmente” en las obras de los juristas que dan cuenta de las instituciones jurídicas del orbe.

Las relaciones jurídicas relevantes que se establecen en la comparación jurídica pueden ser de diversos tipos, de los cuales no puedo ocuparme aquí. Simplemente mencionaré las dos relaciones que considero las más importantes: 1) las relaciones histórico-genealógicas y 2) las relaciones funcionales o profundas (*inner relations*).³⁷ En cuanto a las relaciones funcionales, éstas dependen de las “tareas fundamentales” que realizan los órdenes jurídicos a través de sus instituciones. Sobre este particular participo de la opinión de que si la variedad de legislaciones y costumbres permite pensar en la existencia de una inmensa variedad de instituciones y sistemas, la historia jurídica comparada nos enseña que, si bien el lenguaje del derecho puede ser infinito en “lenguas”, sus temas son reducidos en número.

Ahora bien, si el derecho comparado es el estudio de las relaciones entre órdenes e instituciones jurídicos y la construcción de doctrina aplicable a **clases** de institutos, de esto se sigue que ahí donde estas relaciones no se establecen (cuando no surgen rasgos conmensurables entre normas e instituciones) quiere decir que no existe una apropiada doctrina (“*supra* doctrina”) donde se puedan comparar y, consecuentemente, no hay lugar a la comparación.³⁸

Es claro que cualquiera de estas relaciones (la razón de sus semejanzas o diferencias) sólo es posible realizarla con referencia a órdenes jurídicos históricos. Es en este aspecto en que la comparación jurídica que realiza la dogmática es historia jurídica comparada. Cuando la dogmática jurídica describe el derecho (o una parte de él) tiene que satisfacer no sólo un criterio de identidad sino de existencia. De esta forma la descripción dogmática da cuenta de los “hechos” creadores y aplicadores del derecho. El jurista dogmático somete a un “test de positividad” (de historicidad) los materiales jurídicos que considera. El jurista prueba que el derecho ha sido creado, que no ha sido derogado o abrogado, que no ha prescrito, que no ha caducado, que no ha sido anulado, que no ha entrado en *desuetudo*; debe determinar también su ámbito espacio temporal (el derecho vale durante cierto tiempo y vale en cierto espacio).

³⁷ En el sentido de F. Pringsheim (ver “The Inner Relationship between English and Roman Law”, en *Gesammelte Schriften*, Heidelberg, vol. 1, 1961, p. 77.)

³⁸ *Vid.*: Watson, Alan, *Legal Transplants*, cit., pp. 6-9,

Sólo de esta manera es posible estudiar y entender la evolución y las transformaciones de las normas e instituciones de los ordenes jurídicos (o de un mismo orden jurídico). Éste es el propósito de la comparación jurídica (del “derecho comparado”) que en tanto busca un mejor entendimiento del derecho, no es sino dogmática jurídica o historia jurídica comparada.

De esta forma, la descripción dogmática puede dar cuenta de las transformaciones de los órdenes jurídico y proveer información (fuentes históricas probadas) a partir de la cual es posible formular hipótesis sobre los factores y tendencias que afectan o gobiernan la evolución de las instituciones y órdenes jurídicos.

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

Las sociedades contemporáneas, ciertamente, pueden innovar grandemente en sus sistemas políticos, administrativos y, aun, económicos. En cuanto al derecho, el grado de innovación es sensiblemente menor. Sus constituciones, sus leyes y, en particular, su derecho privado, son tomados de otros, y éstos, de otros, en una larga historia de formulaciones y adaptaciones. De ahí que un conocimiento adecuado de las doctrinas que explican el funcionamiento de las instituciones jurídicas, de su origen, así como de las razones de sus cambios y transformaciones, sólo se obtiene en la dogmática jurídica al dar cuenta del derecho que existe o del que ha existido: el derecho positivo.

7. La mecánica de la comparación

En este espacio me propongo presentar un esquema *grosso modo* (*ma non troppo*) de la comparación jurídica. Empiezo insistiendo en el hecho de que el lenguaje en que, por así decirlo, se encuentran “escritas” las instituciones jurídicas (cualquiera que éstas sean) sólo puede ser *adecuadamente* entendido a través de su propia semántica (y el análisis de sus usos y contextos pragmáticos, léase ‘doctrinas, tradiciones y prácticas judiciales). Esto es, la “lectura” apropiada de las normas que constituyen y rigen el funcionamiento de un determinado instituto jurídico, sólo es posible si se tiene presente el *corpus* de doctrina (tradiciones y

prácticas), el cual proporciona a tales institutos (o al lenguaje en que estos se formulan) su *sentido específico*.

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

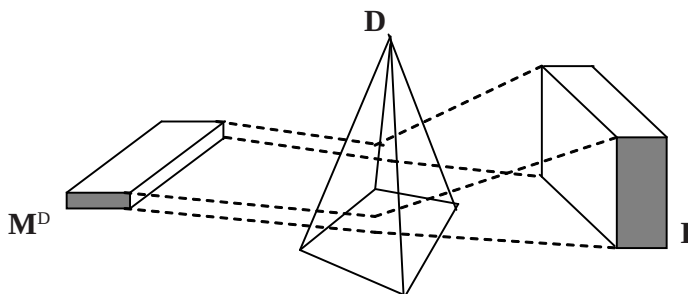


DIAGRAMA 1

(este diagrama reproduce, mutatis mutandi, el que aparece en mi libro:
Elementos para una teoría general del derecho, cit., p. 392)

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

DIAGRAMA 2

(este diagrama reproduce, mutatis mutandi, el que aparece en mi libro:
Elementos para una teoría general del derecho, cit., p. 393)

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

Sólo de la forma descrita puede ser “transportable” una doctrina a otro sistema (*i.e.*, a otro orden jurídico, con otra doctrina y tradición jurídicas). Es por ello que (particularmente en el derecho civil) no es sorpren-

dente el uso de frases como: “según la doctrina francesa”, “de conformidad con la doctrina italiana”, etcétera.

La doctrina, en tanto aparato semántico (*i.e.*, *interpretativo*), es en principio, exclusiva. Se constituye para “leer” (identificar, seleccionar, reformular) el derecho que se tiene que aplicar. La formulación de la doctrina (principios, definiciones, reglas hermenéuticas, etcétera) la he explicado ampliamente en otro lugar;³⁹ de esto no puedo ocuparme aquí. Baste señalar que los principios, conceptos, reglas que constituyen la doctrina, son exclusivas del material jurídico considerado. Su funcionamiento se encuentra claramente descrito en el célebre pasaje de Paulo: “... *non ex regula, ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. et ut ait Sabinus, quiasi causa conectio est, quaesimul cum in aliquo vitiata est perdit officium suum*”.⁴⁰

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

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

8. Derecho histórico: criterio de identidad y existencia

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

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

³⁹ Sobre este particular véase *supra* Capítulo XVIII. Véase, también Alchourrón, Carlos y Eugenio. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974.

⁴⁰ D. 50,17.1 (... no es en virtud del principio *~regula~* por la que el derecho es tenido (como tal) ... es en razón del derecho (positivo) por el que el principio es establecido).

formada a través de la descripción de diversos ordenamientos nacionales.

Exceptuando a la dogmática procesal, la dificultad se les presenta más bien a los iuspublicistas, particularmente al constitucionalista, más proclive a la apologética constitucional y a narración de acontecimientos nacionales) que a la descripción del derecho constitucional positivo. Una de las razones, *inter alia*, de esto es la insuficiencia o carencia de un claro criterio de identidad y existencia (positiva) que le permita determinar qué parte del orden jurídico en cuestión es la constitución del sistema.⁴¹

Por el contrario, los privatistas, así como los procesalistas, en razón de su relación con la práctica profesional y más estrecho contacto con la actividad judicial, están más cerca de describir el derecho *que existe*. No les son extrañas las nociones de “vigencia”, “validez”, “inexistencia”, “preclusión”, “prescripción”, “desuso”, “costumbre”, “*res judicata*”, “laguna”, etcétera, las cuales mediante su simple aplicación proporcionan a los juristas un criterio suficiente para identificar el derecho que *existe*, el que aplican partes y tribunales.

De todo esto se sigue que la comparación jurídica presupone una clara determinación del *derecho existente*. La comparación jurídica no puede limitarse a coleccionar y confrontar textos; por ejemplo, documentos “constitucionales”; éstos pueden ser una simple hoja de papel, o una mera “constitución” semántica, para usar la celebrada expresión de Karl Lowenstein⁴² (y las “constituciones” latinoamericanas normalmente lo son). En ocasiones, por ejemplo, el constitucionalista se limita a hablar del texto y cuando éste “se acaba”, en vez de usar conceptos como “eficacia”, “derogación”, “costumbre”, etcétera, para describir la experiencia jurídica, se contenta con oponer al texto “la realidad”, la cual es jurídicamente inefable, no aprehensible.⁴³

⁴¹ Sobre la determinación del derecho constitucional y la Aplicación de un criterio de validez para el derecho constitucional, véase mi libro: *Introducción al estudio de la constitución*, cit., pp. 279-320.

⁴² Vid.: Lowenstein, Karl, *Verfassungslehre*, J. C. Mohr. (Paul Siebeck) Tubinga 1959. (Existe traducción española de Alfredo Gallego Ausbitarte: *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1970, p. 218).

⁴³ Sobre este particular véase mi libro: *Introducción al estudio de la constitución*, cit., pp. 147- 248.

9. Epílogo

Recapitulando, me atrevo a decir que la comparación de órdenes jurídicos o de las instituciones que lo componen se inicia con la selección del material jurídico mediante los procedimientos adecuados de individuación de normas y disposiciones jurídicas (a través de la determinación de los “hechos” creadores del derecho). Asimismo, se debe caracterizar este material de conformidad con nociones claras de ‘orden jurídico’, ‘validez’, ‘eficacia’, etcétera, las cuales proporcionarán un primer criterio de identidad y existencia del derecho positivo. Este primer momento, el cual, como ya señalé, es de “previo y especial pronunciamiento” no es diferente de cualquier reformulación dogmática del material jurídico, permite, entre otras cosas, determinar la adecuación del meta-modelo doctrinal aplicable.

Si la comparación quiere ser relevante dogmáticamente, ésta requiere de un marco de un paradigma doctrinal como diría Thomas Khun.⁴⁴ Este paradigma doctrinal permitirá determinar si estos institutos son conmensurables; deben ser susceptibles de entrar en correspondencia con otros institutos contemplados por el meta-modelo. Así, por ejemplo, dentro de un meta-modelo bien construido de tutela procesal de los administrados, puede caber el *nomofulakoj* griego, el justicia aragonés, el defensor de las leyes de la Florencia, los jueces federales estadounidenses, *ombudsman* sueco, etcétera.]

La comparación jurídica debe incrementar nuestro conocimiento del derecho, no es un mero cotejo o contraste de instituciones. Es una técnica que nos permite una mejor descripción de los órdenes jurídicos positivos.

Recibido: 6/2/2007

Aprobado: 7/5/2007

⁴⁴ Véase Khun, Thomas S., *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, Chicago University Press, 1962. (Existe traducción española de Agustín Contín: *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975).