

Introducción al derecho comparado

Konrad Zweigert
(1911-1996)

Hein Kötz

MCL (MICH.), FBA, PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE HAMBURGO,
DIRECTOR DEL INSTITUTO MAX PLANCK DE DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO Y COMPARADO

Traducción

ARTURO APARICIO VAZQUEZ

Revisión técnica

ALEJANDRO TORRES ESTRADA

Colección

Estudios

Jurídicos

OXFORD
UNIVERSITY PRESS

OXFORD

UNIVERSITY PRESS

Antono Caso 142, San Rafael,

Delegación Cuauhtémoc, C.P. 06470, México, D.F.

Tel.: 5592 4277, Fax: 5705 3738, e-mail: oxford@oxupmex.com.mx

Oxford University Press es un departamento de la Universidad de Oxford.
Promueve el objetivo de la Universidad relativo a la excelencia en la investigación, erudición
y educación mediante publicaciones en todo el mundo en

Oxford México

Auckland Bangkok Buenos Aires Calcuta Chennai
Ciudad del Cabo Dar-es-Salaam Delhi Estambul Hong Kong
Karachi Kuala Lumpur Madrid Melbourne Mumbai Nairobi Nueva York
São Paulo Shanghai Singapur Taipei Tokio Toronto

Oxford es una marca registrada de Oxford University Press en el Reino Unido y otros países.
Publicado en México por Oxford University Press México, S.A. de C.V.

Área de Derecho y Ciencias Sociales

Estudios Jurídicos

Dirección académica: Leonel Perceñico Castro

Sponsor editor: Elor María Díaz Seo

Edición: Esther Alizet Fernández

Ilustración: Ilián Guadalupe Aguilar Itarte

Producción: Jorge A. Martínez Jiménez

Portada: Perla Alejandra López Romo

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMPARADO

Todos los derechos reservados © 2002, respecto a la primera edición por
Oxford University Press México, S.A. de C.V.

Ninguna parte de esta publicación puede reproducirse, almacenarse en un sistema
de recuperación o transmitirse, en ninguna forma ni por ningún medio,

sin la autorización previa y por escrito de
Oxford University Press México, S.A. de C.V.

Las consultas relativas a la reproducción deben enviarse al Departamento de Permisos

y Derechos de Oxford University Press México, S.A. de C.V.,

al domicilio que se señala en la parte superior de esta página.

Miembro de la Cámara Nacional de la Industria

Editorial Mexicana, registro número 723

ISBN 970-613-712-2

Traducido de la tercera edición en inglés de

Introduction to Comparative Law

Copyright © 1998 Oxford University Press and J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)

ISBN 0-19-826860-2

Impreso en México Printed in México

1 2 3 4 5 6 7 8 9 0 0 6 0 5 0 4 0 3 0 2

En la composición de esta obra realizada en

Servicios Editoriales S&S, S.A. de C.V.

1a. Cerrada de Av. Cinco Mtm. 9, Col. Granjas San Antonio

C.P. 09070, Iztapala, D.F.

se usaron tipos Times (17/19, 15/17, 11/13 y 10/12 pts.)

Se terminó de imprimir

en el mes de agosto de 2002 en

Reprodo, S.A. de C.V.

Calle Chibolera Núm. 115

09880 Col. Cerro de la Estrella

México, D.F.

El tiraje fue de 2 000 ejemplares.

Contenido

Parte I

Presentación

Prólogo a la tercera edición

Abreviaturas

A. Consideraciones generales

1. El concepto de derecho comparado 3
2. Funciones y metas del derecho comparado 16
3. El método del derecho comparado 37
4. Historia del derecho comparado 54

B. Las familias jurídicas del mundo

5. El estilo de las familias jurídicas 71
- I. La familia jurídica romana
 6. Historia del derecho francés 83
 7. Espíritu y aspectos esenciales del *Código Civil* 94
 8. La recepción del *Código Civil* 108
 9. Tribunales y abogados en Francia 130
- II. La familia jurídica germánica
 10. Historia del derecho alemán 144
 11. El *Código Civil* alemán 156
 12. El *Código Civil General* de Austria 170
 13. El *Código Civil* suizo 180
- III. La familia jurídica angloamericana
 14. El desarrollo del *common law* inglés 193
 15. Tribunales y abogados en Inglaterra 219

A. Consideraciones generales

1. El concepto de derecho comparado

I

Antes de adentrarnos en la esencia, la función y los propósitos del derecho comparado, intentemos definir qué significa éste. La expresión implica una actividad intelectual en la que el derecho es el objeto y la comparación el proceso. Ahora bien, es posible realizar comparaciones entre los diferentes principios de un mismo sistema legal, como podría ser entre los distintos párrafos del *Código Civil* alemán. Si el derecho comparado se redujera a lo anterior, resultaría un problema discernir las diferencias que encierra respecto de lo que hacen normalmente los abogados: en efecto, éstos tienen que yuxtaponer y armonizar las reglas de su propio sistema de manera constante, es decir, compararlas antes de tomar decisiones prácticas o extraer conclusiones teóricas. Como se trata de una característica de todos los sistemas legales nacionales, el "derecho comparado" debe *abarcar* algo más de lo que indica su acepción superficial. Esa dimensión extra corresponde al internacionalismo. Así, el *derecho comparado* es la comparación de los diferentes sistemas legales del mundo.

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 atmósfera 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 hombre se esforzaba por trascender sus límites locales para dominar pacíficamente el mundo y todo lo que éste 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. Para decirlo con palabras de Lambert (véase la bibliografía de este capítulo, pp. 26 y ss.), el derecho comparado debía resolver las accidentales y divisivas diferencias en los sistemas jurídicos de los pueblos que se encontraran en etapas de desarrollo cultural y económico similares, así como reducir la cantidad de divergencias en materia legal, que podían atribuirse no tanto a las características políticas, morales o sociales de los diferentes países, cuanto al accidente histórico o a circunstancias temporales o contingentes.

Desde entonces, el derecho comparado ha observado un desarrollo ininterrumpido, pese a los cambios verificados en las actitudes humanas hacia la existencia. La fe en el progreso, característica de 1900, ha desaparecido. Las guerras mundiales han debilitado, cuando no destruido por completo, la fe en un derecho mundial. No obstante, a pesar del escepticismo que prevalece entre las diversas cosmovisiones, el desarrollo y el enriquecimiento del derecho comparado han sido incansables. Hoy, los especialistas en esta disciplina conocen mejor su área de estudio, han perfeccionado sus métodos y, aunque moderaron un tanto sus ambiciones, siguen convencidos tanto de la utilidad como de la necesidad del derecho comparado. Los estudiosos de esta especialidad son más resistentes a las modas pesimistas que sus contrapartes de otras disciplinas, y ello se debe a que carecen de un fin inmediato: su objetivo último no es otro que el descubrimiento de la verdad. Esta característica se aplica también a las investigaciones del derecho comparado: no tienen un propósito inmediato. Sin embargo, si quisiéramos presentar argumentos en torno a la utilidad de estas actividades, el derecho comparado debe ser al menos tan útil como era antaño, especialmente porque el desarrollo tecnológico desde 1900 ha reducido las dimensiones del mundo y —todo parece indicarlo— el aislamiento nacionalista está en vías de extinción. Por añadidura, en virtud de los intercambios internacionales que requiere, el derecho comparado procura la aproximación gradual de los diferentes puntos de vista, el abandono de la finesta complacencia y el relajamiento de los dogmas. Esta rama del derecho nos permite atisbar la forma y la formación de las instituciones de derecho que se desenvuelven de manera paralela, quizá por obra de leyes que no se han formulado aún, asimismo, nos permite visualizar, mediante diferencias detalladas, las similitudes más significativas, con lo cual podemos fortalecer nuestra fe en la posibilidad de un sentido de justicia unitario.

Pese a todo lo anterior, el derecho comparado sigue ocupando un lugar bastante modesto en los programas académicos (véase más adelante el apartado IV, cap. 2, de esta obra). Aun cuando las afirmaciones de Lambert en este sentido, expresadas en su informe de 1900 (pp. 53 y ss.), eran mucho más realistas que su sueño acerca de un "*droit commun de l'humanité*", lo cierto es que no se han materializado en ningún país del mundo. Lambert señalaba que la sociedad se beneficiaría muchísimo si concediera un lugar importante al derecho privado comparado —el cual representa el núcleo de esta rama del derecho— en los estudios académicos. Pues si se establecieran principios de

derecho generales claros y consistentes, se promovería el comercio internacional y mejoraría los niveles generales de vida, y si los juristas se asomaran más allá de sus fronteras nacionales, los intercambios internacionales se incrementarían. Los abogados del futuro tendrían que cursar asignaturas relacionadas con la "legislación común comparada" y el derecho comparado mientras estudiaran en la universidad. Esto revigorizaría a la vez que enriquecería el estudio de sus propias leyes, el cual, al descuidar los principios vinculados con los detalles doctrinales, limita progresivamente la interpretación de los textos reales.

Bien puede ser que la sola interpretación de los principios jurídicos positivos en la forma en que la practican tradicionalmente los abogados no merezca la denominación de *ciencia*, ya sea *intelectual* o *social*. Es posible que los estudios de derecho adquirieran una cientificidad auténtica cuando se eleven por encima de los principios reales de cualquier sistema nacional, como son los casos de la filosofía, la historia y la sociología del derecho y el derecho comparado.

Ahora bien, precisamente el derecho comparado nos permite vislumbrar los principios generales, que sirven al economista para descubrir las condiciones sociales de ciertas reglas del derecho; de igual forma, mediante las comparaciones que realiza a lo largo del tiempo, es de gran utilidad para el historiador del derecho. Con frecuencia, desconciertan a los estudiantes de hoy las disputas textuales, las áridas logomaquias y las demostraciones lógicas, las cuales impiden observar los problemas latentes detrás de estas fachadas técnicas. Por estas razones Lambert clamaba por un lugar para el derecho comparado en los programas académicos equivalente al de los sistemas nacionales: cuatro cátedras semestrales durante tres semestres. Todo lo que recomendaba este autor resulta hoy tan vigente como en 1900; sin embargo, a pesar de que sea mucho lo que se ha mejorado en numerosos países durante los años subsiguientes, aún queda por implantar una reestructuración radical de los programas, que Lambert consideraba tan necesaria.

II

Los comparatistas se dedican a comparar los sistemas jurídicos de diferentes países, lo cual puede hacerse en mayor o menor escala. 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 *macrocomparación*. 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 auto-

riedad de los precedentes, la contribución de los académicos al desarrollo del derecho y los diversos estilos de opinión judicial. Asimismo, se pueden estudiar las diferentes formas de resolver conflictos que adoptan los sistemas legales, y preguntarse si esas formas son efectivas en la realidad. La atención puede centrarse en los tribunales estatales: ¿cómo se dividen abogados y jueces las tareas de probar los hechos y definir la ley? ¿Qué papel desempeñan los magistrados en los procesos civiles o penales? ¿Con qué provisiones especiales se cuenta, en caso de que éstas existan, para las demandas por causas menores? Evidentemente, no debemos circunscribir nuestro estudio a los tribunales estatales y a los jueces: es necesario tomar en consideración todos los métodos que se emplean en la realidad para disminuir las diferencias. Estudiar a las diversas personas que participan en la vida jurídica, preguntándonos qué hacen, cómo y por qué, representa una fértil área de trabajo para el derecho comparado. Ante todo debemos atender a los jueces y los abogados —o como quiera que se les llame— que aplican las leyes o prescriben asesoría en torno a éstas en cualquier tipo de sistema. Sin embargo, también puede resultar provechoso comparar a otras personas que participan en el ejercicio del derecho, como los juristas en ministerios y parlamentos que intervienen en las legislaciones, los notarios, los expertos que participan en los tribunales, los ajustadores de las compañías aseguradoras y, por último pero no por ello menos importantes, quienes enseñan derecho en las universidades.

La *microcomparación*, por su parte, 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.

Ciertamente, la línea divisoria entre la macrocomparación y la microcomparación es muy flexible. Con frecuencia, hay que realizar ambos tipos de comparaciones al mismo tiempo, ya que a menudo es necesario estudiar los procedimientos mediante los cuales se aplican los principios a fin de entender por qué un sistema extranjero resuelve determinado problema de esta o de aquella manera.

Por ejemplo, ninguna ilustración de las reglas que se aplican cuando un paciente demanda por negligencia a un médico por los daños que le causó puede ser completa, a menos que se describa la forma en que se definen en los tribunales las conductas ilegales o inmorales; asimismo, dicha descripción deberá indicar si los expertos son designados por el tribunal o son escogidos por las propias partes para litigar en las salas, como sucede en los países regidos por la *common law*. Tampoco es posible hacer una representación fiel de la ley estadounidense en torno a la responsabilidad del fabricante simplemente presentando una lista de los elementos que dieron lugar a un recurso legal exitoso. Cabe señalar que dicho recurso será dirimido en los tribunales, con la participación de un jurado, con lo cual se ilustrarán

los papeles que desempeñan el juez, los abogados y el jurado en tales procedimientos, así como la influencia que ejercen dichos actores en el derecho sustantivo al observar, por ejemplo, que en tales casos el defensor del demandante suele exigir que se garantice de 30 a 50% de los perjuicios, y que el jurado tome en consideración dicha garantía al cuantificar los daños. En realidad, nuestras redes deberían extenderse más lejos aún. La responsabilidad por daños no es sino una entre varias formas de mejorar la calidad de los productos y de reducir los riesgos que corre el público a causa de éstos: el derecho administrativo y penal pueden hacer algunas contribuciones en este sentido, ya que la responsabilidad por los productos parece desempeñar un papel diferente y más importante en Estados Unidos de América que en Europa (véase la sección V del cap. 42). Ello puede deberse a que los estadounidenses visualizan con menos pasión que los europeos la eficacia o el costo de las medidas de control administrativas y de las sanciones penales. Basten estos ejemplos para demostrar que la "microcomparación" puede resultar infructuosa, a menos que se tomen en cuenta los contextos institucionales generales en los cuales evolucionan y se aplican los principios sometidos a comparación.

III

Para entender la esencia real del derecho comparado, también conviene distinguirlo de algunas áreas afines de la ciencia del derecho, es decir, explicar qué *no* es el derecho comparado.

Puesto que el derecho comparado se ocupa necesariamente del derecho extranjero, se debe distinguir de las demás ramas de la ciencia del derecho que se relacionan, de manera ya sea predominante u ocasional, con otros sistemas legales. Como se ha observado a menudo, el solo estudio del derecho extranjero disipa mucho de ser derecho comparado. Por ejemplo, en 1937, la Liga de las Naciones elaboró un estudio titulado *La posición de la mujer en el mundo*, el cual no se componía de otra cosa que de informes de diferentes países en torno a las soluciones que proponía cada nación. No había allí una verdadera comparación de las propuestas que se planteaban, de ahí que, en el mejor de los casos, pudiera denominarse *derecho comparado descriptivo* al método empleado en dicho estudio. Sólo puede hablarse de *derecho comparado* cuando median reflexiones comparativas específicas acerca del problema del que tratan los estudios. La experiencia indica que la mejor forma de alcanzar esto consiste en que el autor defina en primer lugar los aspectos esenciales de los sistemas legales nacionales, país por país, para luego utilizar este material como base de la comparación crítica, terminando con conclusiones acerca de la política más apropiada por adoptar, lo cual puede exigir una reinterpretación del propio sistema del investigador.

Las áreas cercanas de la ciencia del derecho que también se ocupan del derecho extranjero, y las cuales han de distinguirse de la especialidad que nos ocupa, son el derecho internacional privado, el derecho internacional público, la historia del derecho, la etnología del derecho y, por último, la sociología del derecho.

1. El derecho comparado y el derecho internacional privado

Aunque estas dos áreas parecieran del todo ajenas, lo cierto es que interactúan. El derecho internacional privado, o conflicto de leyes, forma parte del derecho nacional positivo, mientras que el derecho comparado parece presentarse como una especie de *ciencia pura*. Aquél nos indica cuál entre varios sistemas legales posibles debe aplicarse en un caso particular con conexiones extranjeras; contiene reglas de competencia que sirven para determinar cuál legislación nacional específica ha de aplicarse y cuál conduce a la aplicación de ésta. Por consiguiente, cabe afirmar que, desde una perspectiva básica, el derecho internacional privado es más selectivo que comparativo. Por su parte, el derecho comparado se ocupa simultáneamente de varios órdenes legales, sin que ello implique por fuerza ningún objetivo práctico.

No obstante lo anterior, el derecho comparado tiene un enorme valor para el derecho internacional, a tal grado indispensable para su desarrollo, que los métodos actuales de esta última especialidad son, en esencia, los mismos que los del derecho comparado.

El ejemplo más sorprendente es la conocida teoría de la *calificación* o la *caracterización*, la cual nos sirve para entender los conceptos que, como el matrimonio, el contrato y el agravo, se destacan como factores de enlace en los principios nacionales del derecho internacional privado. Desde cierto punto de vista (la calificación de acuerdo con la *lex fori*, ley del Foro), se debe asignar a estos conceptos el mismo significado que poseen en el derecho nacional sustantivo; según la teoría de la calificación creada por Ernst Rabel (véase Rabel, "Das Problem der Qualifikation", en *RabelsZ* 5, 1931, p. 241), dichos conceptos deben abordarse a la luz del derecho comparado, con independencia de la *lex fori*. Asimismo, debe recurrirse al derecho mencionado en la *aplicación de sistemas extranjeros* indicada por las reglas de conflicto del sistema nacional. Supóngase que en un testamento regido por la ley inglesa, se designa a una viuda "propietaria vitalicia", o bien, un tercero es nombrado "fiduciario". De alguna forma, es necesario traducir estos términos al lenguaje del sistema legal que rige el destino de la herencia. La única forma de solucionar este problema consiste en comparar las instituciones inglesas con el concepto más afín en el sistema legal sometido a análisis: así, el abogado alemán consideraría los términos *Vorerbschaft*, *Nießbrauch* y *Testamentsvollstrecker*. Ahora bien, el derecho inglés no transfiere directamente la herencia a los "herederos", sino a un "representante personal", es decir, a una persona que debe administrar los bienes en representación de sus titulares, así como dividir la herencia entre éstos después de liquidar todas las deudas. En Alemania, estos principios generan dificultades para emitir el certificado de titularidad (*Erbzettel*), el cual pueden exigir las personas con derechos de sucesión, por lo que los investigadores concienzudos deben recurrir al derecho comparado para resolver estas dificultades. "Por ejemplo, si una persona muere intestada, dejando una viuda y varios hijos adultos, el certificado debe indicar que los bienes muebles de la herencia se transfieren, de acuerdo con la ley inglesa, al administrador que designe el tribunal, quien deberá administrar la propiedad en depósito o en fideicomiso (*zu treuen Händen*) para los beneficiarios y usar las utilidades netas de la herencia, después de liquidar todas las deudas, para proporcionar a la viuda los bienes muebles y la suma de [125,000 libras], tras lo

cual la mitad del remanente se distribuye a partes iguales entre los hijos, mientras que la otra mitad es administrada en fideicomiso (*zu treuen Händen*) para la viuda, teniendo derecho los hijos a partes iguales de dicha suma a la muerte de aquélla." (Véase el iluminador análisis que realiza Gotheiner en "Zur Anwendung englischen Erbrechts auf Nechlass in Deutschland", en *RabelsZ* 21, 1956, pp. 33 y ss., p. 71.) El derecho comparado también es esencial para el tratamiento adecuado del concepto de *orden público* en el derecho internacional privado. En ocasiones, un principio de origen extranjero indicado por las reglas de conflicto del foro puede resultar a tal grado perturbadora del *ordre public* de este que no se le puede aplicar, sin embargo, para comprobar la validez de lo anterior, hay que comparar el principio de origen extranjero y el equivalente más cercano en el sistema nacional. Por último, tenemos la cuestión del renvío, es decir, si para tomar decisiones consistentes —el principal objetivo del derecho internacional privado— conviene aplicar o no las reglas de conflicto de un sistema extranjero que remite el asunto a un foro. También en este caso la única solución es el método comparativo; fue Ernst Rabel, en su obra comparativa *Conflicto de leyes*, quien demostró, de manera concluyente, lo absurdo que resultaba realizar experimentos nacionales en un área que, como la de conflicto de leyes, se desenvuelve en un plano internacional. (Véase especialmente el vol. I, 2a. ed., 1958, pp. 3 y ss., 103 y siguientes.)

2. El derecho comparado y el derecho internacional público

A primera vista, hay poco en común entre el derecho comparado y el derecho internacional público, ya que este último, denominado también *derecho de las naciones*, es en esencia un sistema jurídico supranacional y global. No obstante, el derecho comparado es indispensable para entender "los principios generales del derecho reconocidos por los países civilizados", los cuales se definen, de acuerdo con el art. 38 (1) c) del Reglamento del Tribunal Internacional de Justicia, como una de las fuentes del derecho internacional público —ya sea que esto aluda a los principios jurídicos aceptados por todos los países sin excepción, lo que implicaría sólo unos cuantos axiomas triviales, o más bien a los principios jurídicos aceptados por la mayor parte de los países. El reconocimiento de tales principios generales se torna más difícil por las diferencias de actitud básicas entre las potencias industrializadas y los países en vías de desarrollo. Ahora bien, uno de los cometidos del derecho comparado es determinar la mejor solución de un problema, por lo que, acaso, podríamos incluir como "principio general del derecho" la solución determinada problema que se presenta como la mejor a partir de una evaluación adecuada del material sometido a comparación. Este procedimiento impediría que se redujera el valioso concepto de los "principios generales del derecho" a una norma mínima, induciéndonos de manera gradual a tomar las soluciones progresivas como ejemplos de dichos principios generales.

Asimismo, los métodos del derecho comparado pueden ser de gran utilidad para interpretar los tratados, al igual que para entender algunos de los conceptos e instituciones del derecho internacional consuetudinario. El principio *pacta sunt servanda*, la idea que

subyace a la *clausula rebus sic stantibus*, y la teoría del *abus de droit* en el derecho internacional se basan en las instituciones del derecho privado local, y es sólo mediante el derecho comparado como se pueden aprovechar todas sus posibilidades.

3. Derecho comparado, historia del derecho y etnología del derecho

La relación entre el derecho comparado y la historia del derecho es asombrosamente compleja. A primera vista, parecería que mientras el derecho comparado se consagra al estudio de sistemas jurídicos que coexisten en el espacio, la historia del derecho se ocupa de sistemas consecutivos en el tiempo. Sin embargo, para empezar, toda historia del derecho implica un elemento comparativo: el historiador del derecho no puede evitar que el estudio de su sistema—el derecho romano, por ejemplo—incorpore los diversos presupuestos del sistema moderno con el que se educó, de ahí que no pueda sustraerse de las comparaciones, de manera consciente si se trata de un historiador avezado, o de manera inconsciente si nuestro estudioso incurre en distracciones. De nuevo, a menos que el comparatista se conforme con registrar el estado actual del derecho, tendrá que tomar en consideración las circunstancias históricas en las que evolucionaron las instituciones y los procedimientos legales sujetos a comparación. ¿En qué difieren la investigación histórica y el quehacer comparativo? ¿Dónde termina el uno y comienza el otro? ¿En qué momento debe el comparatista ceder su lugar al historiador del derecho? Estas preguntas no admiten una respuesta única. Ambas disciplinas se desarrollan dentro de sus propias esferas; aunque las opiniones pueden diferir acerca de cuál de estas herramientas gemelas es la más bella, no cabe duda que, con frecuencia, el historiador del derecho debe echar mano del método comparativo, y que si el comparatista ha de extraer algún sentido de los principios y de los problemas que, supuestamente, aquéllos deberían resolver, tendrá que adelantarse en su historia.

Los fundadores de la etnología del derecho comparada, J. J. Bachofen (*Das Mutterrecht*, 1861) y Sir Henry Maine, se habían trazado una meta muy diferente de la de los verdaderos comparatistas, es decir, crear una historia mundial general del derecho como parte de una historia general de la civilización. En sus inicios, la etnología del derecho se basaba en una idea específica, dimanada de las enseñanzas de Augusto Comte, la dialéctica histórica de Hegel y las teorías de Bastian en torno a los conceptos elementales y folclóricos. Dicha idea, considerada hoy caduca, señalaba que la humanidad, merced a una psique común, describe la misma ruta de desarrollo, con independencia de factores como la raza o la situación geográfica. Tal creencia hizo que los estudiosos se concentraran en los denominados *sistemas jurídicos primitivos*—si es que puede llamarse así a estos *sistemas*—, los cuales prevalecen aún entre algunos grupos atrasados. Con base en las prácticas jurídicas de estos pueblos, se sacaron conclusiones acerca de las condiciones que imperaban hace muchas eras—en un periodo del cual carecemos de documentos legales

o de cualquier otro tipo—de sistemas jurídicos que hoy presentarían un elevado nivel de desarrollo. Entre los exponentes más destacados de esta corriente se cuenta a H. H. Post, con su *Einleitung in das Studium der ethnologischen Jurisprudenz*, 1886 y Joseph Kohler, con su obra *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*. El principio básico de los estudios de derecho etnológicos—que todos los pueblos se desarrollan de manera paralela a partir de una condición original común—fue refutado principalmente por la llamada *teoría de los grupos culturales* (*Kulturkreislehre*), la cual señala la originalidad histórica de cualquier desarrollo cultural de los grupos humanos en cualquier lugar del mundo. Aun cuando los representantes de esta teoría no pudieran negar las sorprendentes similitudes entre las instituciones jurídicas de diferentes pueblos en una misma etapa de desarrollo, las concebían como resultado de la adopción o la migración. Ciertamente esos acontecimientos tuvieron lugar; pero no bastan para explicar todos los casos de paralelismos. Una perspectiva más moderna, representada por Koschaker, explica que el desarrollo de un sistema jurídico es producto de ciertos factores, algunos de los cuales son típicos y ocurren en cualquier parte, mientras que otros son atípicos. Según este autor, los factores típicos no son naturales ni inevitables, como las ideas elementales de Bastian, sino históricos: un grupo de personas en una situación geográfica, social y económica determinada se desarrolla de una manera particular respecto de la ley, así como de otros aspectos. En este desarrollo típico pueden intervenir factores atípicos, como la raza, las aptitudes especiales o el accidente histórico. Por consiguiente, el objetivo básico de la etnología del derecho debe ser la separación de los factores típicos y las aberraciones atípicas, ya que de otra forma no podrán vincularse las prácticas jurídicas de los pueblos primitivos de hoy con las características de nuestro sistema jurídico.

En la actualidad, visualizamos la etnología del derecho no como un elemento de la historia general, sino como una rama de la etnología y del derecho comparado cuyo objeto de estudio lo constituyen los aspectos jurídicos de las sociedades *primitivas*, así denominadas porque carecen del aparato jurídico que caracteriza a la civilización. Lo histórico de su método se reduce a sus esfuerzos por descubrir "los orígenes y las primeras etapas del derecho en relación con determinados fenómenos culturales". (Adam, p. 192. Véase la bibliografía de este capítulo.) Sin embargo, las escasas sociedades que hasta hace poco tiempo se mantenían impermeables al influjo civilizador comienzan a experimentar la influencia modernizadora de una revolución industrial en constante expansión, con lo cual han sido arrastradas a formar parte del resto de la comunidad humana. Por tanto, la tarea de la etnología del derecho moderna consiste en estudiar los cambios que sufren las sociedades mencionadas al adaptarse a la intervención de una civilización más avanzada. Así, en gran medida, la etnología del derecho se ha convertido en una rama del derecho comparado moderno, una de cuyas misiones más urgentes es proporcionar a los sistemas legales de las sociedades en vías de desarrollo los beneficios de sus investigaciones comparativas. En este sentido, la etnología del derecho tiene una importante contribución por realizar.

-4. Derecho comparado y sociología

Luego del debate que se verificó en años recientes en torno a la relación entre la *sociología del derecho* y el derecho comparado, parece haberse impuesto un consenso en el sentido de que ambas disciplinas no sólo tienen mucho que aprender una de la otra, sino de que, en gran medida, ambas recurren a los mismos métodos.

La sociología del derecho intenta penetrar en las relaciones causales que mantienen el derecho y la sociedad. Asimismo, busca descubrir las pautas con base en las cuales puedan inferirse las circunstancias en las que el derecho condiciona la conducta humana y, a la inversa, la influencia que recibe el derecho del cambio social, sea dicha influencia de tipo político, económico, psicológico o demográfico. Se trata de un área en la que resulta muy difícil elaborar teorías; sin embargo, si éstas se rodean de datos comparativos de otros países y culturas, pueden ser mucho más persuasivas.

Los sociólogos del derecho se valen de una técnica muy semejante al "grupo de control" de las ciencias naturales experimentales: si en un sector de experiencia determinado hay dos sistemas que presentan diferentes principios, y se puede demostrar que los hechos sociales relevantes en esos países también son diferentes, ello puede apuntar a la hipótesis de que los hechos sociales y los principios guardan una relación causal. (Véanse los ejemplos que se presentan en las pp. 41 y ss.) De igual forma, si incorporamos la dimensión temporal, podemos demostrar que, a medida que converge (o diverge) el desarrollo de distintos países, los principios en vigor también convergen (o divergen). Si las personas se conducen de la misma forma en situaciones similares, pese a las diferencias en las reglas dirigidas al control conductual, cabe inferir que dichas reglas son inefectivas; puede extraerse una inferencia similar cuando las reglas son las mismas, pero las personas se conducen de maneras diferentes. Acerca de lo anterior, véase Martiny (en la bibliografía de este capítulo), quien explica cómo la sociología del derecho puede aprovechar los descubrimientos del derecho comparado, aclarando, empero, que la práctica de la sociología del derecho internacional e intercultural es sumamente difícil.

Si la sociología comparativa del derecho puede echar mano de la experiencia y los descubrimientos del derecho comparado, no hay duda que los especialistas en esta última disciplina tienen mucho que aprender de los sociólogos del derecho. Esto se debe, primero, a lo que cabría denominar la *definición del problema*. Desde hace mucho tiempo, los comparatistas saben que la única comparación provechosa se aplica sólo a los principios que desempeñan la misma función y abordan los mismos problemas o conflictos de intereses reales. También saben que deben desentenderse de sus propios conceptos doctrinales y jurídicos y liberarse de sus propios contextos culturales para describir conceptos "neutrales" con los cuales describir dichos problemas o conflictos de intereses. (Sobre este aspecto, véase la sección II del cap. 13.) Los sociólogos del derecho no sólo aceptan lo anterior, sino que lo aplican con un rigor que resulta estimulante, aunque a veces también preocupante, para el comparatista, ya que, en ocasiones, llegan a demost-

trar que los conceptos y características que el comparatista considera como "neutrales" y, por ende, adecuados para la definición del problema, están de hecho condicionados por lo nacional o lo cultural, o bien, que presuponen de manera implícita la presencia de un contexto social particular que, en la realidad, sólo existe en uno de los lugares de la comparación y no en el otro. Esta situación se repite cuando el problema se define y se procede a examinar la *formulación de las reglas* que el sistema analizado utiliza como medio de resolución. También en este caso, los comparatistas concuerdan en que deben tomarse en consideración no sólo los principios legislativos, las decisiones judiciales y la "ley escrita", así como las condiciones generales de los negocios, los usos y las prácticas, sino, de hecho, todo lo que contribuya a forjar la conducta humana en las situaciones estudiadas. (Sobre este tema, véase las secciones II y III del cap. 3.) Los sociólogos del derecho dan esto por sentado, ya que parten del supuesto de que la conducta humana es controlada por muchos otros factores además de las leyes, aun cuando ello sea más difícil de aceptar para los comparatistas, pues éstos son, a final de cuentas, abogados. Por ello, deben manifestar la mayor receptividad posible a las fuerzas no legales que condicionan la conducta; es en este terreno donde tienen mucho que aprender de la apertura mental que caracteriza a los sociólogos del derecho. Lo mismo sucede cuando el comparatista tiene que *explicar sus resultados*, esto es, describir las causas de las similitudes o las diferencias legales que ha detectado. No se le escapa, desde luego, que puede haber factores en cualquier sector del tejido social; no obstante, es frecuente que recurra a la sociología del derecho para determinar con exactitud hasta dónde debe extender sus redes a fin de incluir, por ejemplo, la distribución del poder político, el sistema económico, los valores religiosos y éticos, la estructura familiar, las bases de la agricultura y el grado de industrialización, la organización de las autoridades y los grupos, y muchas cosas más.

No debemos olvidar que el derecho comparado tiene varios objetivos. En la dimensión *teórico-descriptiva*, el objetivo principal consiste en señalar el cómo y el porqué de las diferencias o similitudes entre los sistemas legales. En tal sentido, el derecho comparado debe, como ya indicamos, utilizar y explorar los modelos teóricos y los datos empíricos generados por la sociología del derecho. Sin embargo, nuestra especialidad también puede trazarse la meta de brindar asesoría en asuntos de políticas legales. En su dimensión *aplicada*, el derecho comparado recomienda la forma más apropiada de resolver un problema específico de acuerdo con determinadas condiciones sociales y económicas. En tales casos, el comparatista es objeto de una intensa presión: quizá se vea obligado a prescribir modificaciones al derecho positivo, señalar la mejor forma de subsanar una carencia percibida, indicar con exactitud cuáles principios deben adoptarse para conformar un derecho internacional uniforme o, en fin, presentar propuestas portemonzadas en tiempos muy cortos. En tales circunstancias, tiene que partir de supuestos que, por muy elocuentes que suenen, serían rechazados en la esfera de la sociología por tratarse de meras hipótesis. Sin embargo, esto no significa que dichos supuestos tengan por fuerza que ser falsos. Sin que propongan, ni mucho menos, que el compara-

tista pase por alto los conceptos y los descubrimientos del sociólogo del derecho, es frecuente que no pueda evitar, aun cuando lo haga de manera tentativa y provisional, la adopción de tesis que el sociólogo consideraría como no probadas, pese a lo cual resultan suficientemente convincentes para dar lugar a debates o decisiones en torno a cambios legislativos.

Bibliografía

- Adam, "Ethnologische Rechtsforschung", en Adam/Trimborn, *Lehrbuch der Völkerkunde*, 3a. ed., 1958, p. 189.
- Banakas, "Some Thoughts on the Method of Comparative Law: The Concept of Law Revisited", en *Rev. hell. dr. int.* 33, 1980, p. 155.
- Carbonnier, "L'Apport du droit comparé à la sociologie juridique", en *Livre du centenaire de la Société de législation comparée* I, 1969, p. 75.
- Coinq, "Die Bedeutung der europäischen Rechtsgeschichte für die Rechtsvergleichung", en *RabelsZ* 32, 1968, p. 1.
- De Cruz, *A Modern Approach to Comparative Law*, 1993.
- Drobnig, "Methods of Sociological Research in Comparative Law", en *RabelsZ* 35, 1971, p. 496.
- Drobnig/Rehbinder (eds.), *Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung*, 1977, con importantes contribuciones de Drobnig, Gassner, Heldrich, Rehbinder, Terré, Zweigert y otros.
- Genzner, "Zum Verhältnis von Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung", en *AKSP* 41, 1954-1955, p. 326.
- , "A Civil Lawyer's Critical Views on Comparative Legal History", en *15 Am. J. Comp. L.* 87, 1966.
- Hailbronner, "Ziele und Methoden völkerrechtlich relevanter Rechtsvergleichung", en *ZaöRV* 36, 1976, p. 190.
- Lambert, "Conception générale et définition de la science du droit comparé", *Process-verbaux des séances et documents, Congrès international de droit comparé I*, 1905, p. 26, en *Zweigert/Puttfarcken* (eds.), *Rechtsvergleichung*, 1978, p. 30.
- Legrand, Book Review, en *58 Mod. L. Rev.* 262, 1995.
- Martiny, "Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtssoziologie", en *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1, 1980, p. 65.
- Postpisil, *The Ethnology of Law*, 2a. ed., 1978.
- Pound, "Some Thoughts About Comparative Law", en *Festschrift Ernst Rabel* 1, 1954, p. 7.
- , "Comparative Law in Space and Time", en *4 Am. J. Comp. L.* 70, 1955.
- Rabel, *Aufgabe und Nöwendigkeit der Rechtsvergleichung*, 1925, en Rabel, *Gesammelte Aufsätze* III, ed. Leser, 1967, p. 1.
- Rheinstein, "Legal Systems: Comparative Law and Legal Systems", en *International Encyclopedia of the Social Sciences* IX, ed. Sills, 1968, p. 204.
- , *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 2a. ed., 1987.
- Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, 5a. ed., 1992.
- Schwarz-Liebmann Von Wahlendorf, *Droit comparé, Théorie générale et principes*, 1978.

- Stone, "The End to Be Served by Comparative Law", en *25 Tul. L. Rev.* 325, 1951.
- Tallon, "Comparative Law: Expanding Horizons", en *10 JSPITL* 265, 1968.
- Von Benda-Beckmann, "Einige Bemerkungen über die Beziehung zwischen Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung", en *Zygl/RH/78*, 1979, p. 51.
- , "Ethnologie und Rechtsvergleichung", en *AKSP* 1981, p. 310.
- Wengert, "Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung", en *Mémoires de l'Académie internationale de droit comparé* III, 1, 1953, p. 149.
- Ytzena, "Roman Law as the Basis of Comparative Law", en *Law—A Century of Progress* 1935-1935 II, 1937, p. 346.
- Zweigert, "Das soziologische Dimension in der Rechtsvergleichung", en *RabelsZ* 38, 1974, p. 299.
- /Puttfarcken (eds.), *Rechtsvergleichung*, 1978.

2. Funciones y metas del derecho comparado

I

En la actualidad, a nadie se le ocurriría dudar que el estudio sistemático del derecho comparado desempeña varias funciones de gran importancia. Lo anterior se debe a una consideración muy simple: ningún estudio merece el nombre de *científico* cuando se limita a fenómenos que ocurren dentro de sus fronteras nacionales. Durante mucho tiempo, los abogados se conformaron con aislarse en este sentido, y en gran medida siguen haciéndolo. Sin embargo, tal posición es insostenible, ya que el derecho comparado representa la única opción para hacer del derecho una disciplina internacional y, por ende, una ciencia.

En las ciencias naturales y médicas, al igual que en la sociología y la economía, los países intercambian descubrimientos y opiniones. Se trata de una realidad tan cotidiana, que resulta fácil olvidar su significado. No es posible hablar de una física *alemana*, de una microbiología *inglesa* o de una geología *canadiense*. Estas especialidades científicas son internacionales, lo más que podemos asegurar es que las contribuciones de diversos países a los diferentes departamentos del conocimiento global son destacadas, promedio o modestas. Sin embargo, la situación de la ciencia del derecho es, para asombro de muchos, completamente diferente. Mientras el derecho romano predominó como la fuente esencial de todos los sistemas jurídicos del continente europeo, había una unidad internacional del derecho y de la ciencia del derecho, de igual forma, podemos observar, aun en nuestros días, cierta unidad del *common law* en los países angloparlantes. En el continente europeo, empero, la unidad jurídica comenzó a desaparecer en el siglo XVIII, cuando los códigos nacionales ocuparon el lugar del derecho romano tradicional. La consecuencia de esto fue que los abogados comenzaron a concentrarse de manera exclusiva en sus propias legislaciones, desentendiéndose de todo lo que sucediera allende sus fronteras. En una época de nacionalismo creciente, tal narcisismo legal dio lugar al orgullo por los sistemas nacionales: los alemanes pensaban que el derecho alemán era lo máximo, al igual que los franceses respecto de su propio sistema legal. Fue así como el orgullo nacional se convirtió en el rasgo distintivo del pensamiento jurídico. El derecho comparado ha comenzado a terminar con tal estrechez de miras.

Como en todas las ciencias, la meta primordial del derecho comparado es el conocimiento. Si concebimos que la ciencia del derecho comprende no sólo las técnicas de interpretación de los textos, los principios, las reglas y las normas de un sistema nacional, sino también el descubrimiento de modelos para prevenir o resolver conflictos so-

ciales, entonces el método del derecho comparado puede brindar una gama de soluciones mucho más amplia que una ciencia consagrada a un solo país, por la sencilla razón de que los diferentes sistemas del mundo pueden aportar una mayor variedad de soluciones de las que podría concebir en toda una vida el jurista más imaginativo y especializado en su propio sistema. El derecho comparado es una *école de vérité* que intensifica y enriquece la "oferta de soluciones" (Zitelmann), pues proporciona al estudioso con talento crítico la oportunidad de hallar la "mejor solución" a las situaciones de su tiempo y de su lugar.

A semejanza del dinámico intercambio internacional de temas jurídicos a que da lugar el derecho comparado cumple con otras funciones que aquí sólo podemos explicar brevemente: diluye los prejuicios de nacionalidad y nos sirve para penetrar en las diferentes sociedades y culturas del mundo, contribuyendo así a enriquecer el entendimiento entre los países; es de gran utilidad para la reforma de las leyes en los países en vías de desarrollo; y, para el crecimiento del propio sistema, la actitud crítica que engendra aporta más soluciones que las controversias doctrinales.

Sin embargo, hay cuatro beneficios prácticos especiales del derecho comparado que merecen examinarse más detalladamente: como instrumento para el legislador (II); como herramienta de construcción (III); como elemento de los programas universitarios (IV); y como contribución a la unificación sistemática del derecho (V) y al desarrollo de un derecho privado aplicable en todos los países de Europa (VI).

II

Los legisladores de todos los países del mundo han descubierto que, en muchos sentidos, no es posible forjar leyes adecuadas sin la participación del derecho comparado. Ya sea en forma de estudios generales o de informes elaborados especialmente en torno a un tema específico.

En Alemania, desde la segunda mitad del siglo XIX, una intensa actividad de investigación comparativa precede a la legislación. Esto tuvo por origen la unificación de la ley comercial, primero en Prusia y luego en el Imperio alemán; asimismo, cuando el imperio tuvo las facultades legislativas necesarias para unificar el derecho privado, las leyes de procedimientos civiles, la ley de quiebra, la ley de judicatura (sistema de tribunales) y la ley penal. Se tomaron en consideración no sólo las diferentes leyes que regían entonces al país, como el derecho francés que se aplicaba en la región del Rin, sino también los derechos holandeses, suizos y austriacos. (Véanse Coing y Dollé, en la bibliografía de este capítulo.) En la actualidad, puede asegurarse que no hay ninguna legislación significativa desde la Segunda Guerra Mundial que no se haya forjado sin realizar investigaciones más o menos exhaustivas en la esfera del derecho comparado. Esto se aplica no sólo a las reformas en el derecho alemán y familiar (véase Drobnig/Dopffel), sino también a muchas otras leyes, como la de los agentes comerciales, las sociedades mercantiles, la legislación antimonopolio, la introducción de las opi-

niones discrepantes en el Tribunal Constitucional Federal, el anteproyecto de derecho a la privacidad (el cual en realidad, nunca se promulgó), la ley de compensación para las víctimas de delitos violentos, la ley vinculada con los cambios de sexo, la ley en torno a la asesoría legal de los indigentes, y muchas más. Asimismo, los estudios jurídicos comparativos contenían las recientes propuestas de la Comisión para la Reforma de la *Lehr de Obligationen* formulada por el Ministerio Federal de Justicia. (Véase, por ejemplo, la presentación que hizo el Instituto Max Planck para el Derecho Extranjero e Internacional del "Desarrollo moderno de la ley de contratos en Europa", el cual se publicó en *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts I*, editado por el Ministerio de Justicia, 1981, p. 1.) Ahí uno de los motivos más poderosos era la preocupación por asimilar el derecho alemán al de otros países europeos mediante la importación de los principios de la Convención de Viena en torno a las Ventas Internacionales (CISG), los cuales tenían como base estudios de tipo comparativo. También en *Inglaterra*, las propuestas legislativas se fundamentan en investigaciones comparativas. Un ejemplo sería el ejemplo de Estados Unidos de América, Francia y Alemania en la adopción de un "derecho de privacidad", un "droit au respect de la vie privée" o un "allgemeines Persönlichkeitsrecht" (véase más adelante, pp. 751-752), se habían consultado leyes extranjeras con el fin de promover su introducción. De forma similar, la Comisión de Jurisprudencia inglesa recurre al derecho extranjero siempre que lo considera apropiado, como cuando intentaba dirimir la cuestión de si deberían conferirse derechos contractuales a terceros (véase más adelante, p. 496).

El derecho comparado ha resultado sumamente útil en los países de Europa Central y Oriental, donde los legisladores se enfrentaron a la necesidad de reconstruir sus sistemas legales tras la caída del sistema soviético. La experiencia de otros países europeos sirve a dichas naciones para escoger la solución que se adapte mejor a sus propias tradiciones jurídicas, por muy eclesíásticas que se hayan visto durante una buena parte del siglo XX. Aun fuera de Europa, los Estados que se autodenominaban *repúblicas soviéticas* describen que las leyes extranjeras pueden servir para prestar un marco de referencia a sus legislaciones internas, como es el caso de la República Popular China y numerosos países subdesarrollados de África.

Desde luego, es necesario proceder con cautela e inteligencia. Si el análisis comparativo prescribiera adoptar una solución particular a un problema resuelto por otro sistema, no cabe rechazar la propuesta simplemente porque tenga un origen extranjero e, *ipso facto*, sea inaceptable. Para quienes se oponen al origen "extranjero" de las importaciones, Rudolph Hering brinda la respuesta siguiente:

La recepción de las instituciones legales extranjeras no es cuestión de nacionalidad, sino de utilidad y necesidad. Nadie se molestaría en adquirir una cosa del exterior cuando, en casa, tiene una igual o de mejor calidad; sin embargo, sólo un necio se negaría a que le admitiesen quinina sólo porque ésta no se produjo en el jardín de su casa. (*Geist des Römischen Rechts*, Parte I, 9a. ed., 1955, pp. 8 y siguientes.)

Siempre que se proponga adoptar una solución de origen extranjero que se reputa como mejor, conviene plantearse dos preguntas: primera, si ha resultado satisfactoria en su país de origen y, segunda, si funcionará en el país donde se propone su implantación. Bien puede resultar imposible adoptar, al menos sin realizar modificaciones, una solución creada y probada en otro país debido a diferencias en los procedimientos ante los tribunales, las facultades de diversas autoridades, los mecanismos económicos o el contexto social general a los que tendría que ajustarse.

La recepción del derecho extranjero y la cuestión de si aquélla puede resultar exitosa y en qué circunstancias ha dado lugar a un interesante debate entre Kahn-Freund y Watson. (Véase la bibliografía de este capítulo.) (Véase también Stein y Hirsch, en la bibliografía citada, con nuevas referencias.)

III

Otra utilización práctica del derecho comparado reside en la interpretación de los preceptos jurídicos nacionales. En este sentido, los textos normativos no afirman nada, pues sólo abordan la consabida cuestión de si debe atribuírsele a la ley el significado que le asigna el legislador, o si la ley, considerada como cosa viva e independiente, podría no interpretarse a la luz de las cambiantes condiciones sociales. Lo que nos interesa aquí es determinar si el exégeta de los principios nacionales puede invocar —o goza de las facultades para hacerlo— una solución generada en el extranjero. Es claro que dicho material no puede utilizarse para pasar por alto principios nacionales inequívocos: en ningún sistema legal debe contravenirse el principio del respeto a su legislación vigente. Sin embargo, cabe plantear esta cuestión cuando hay dudas respecto de la elaboración de una regla, o cuando existen vacíos en el sistema que el juez debe subsanar. No bastan las técnicas puramente lógicas de que dispongamos; por otra parte, rara vez resulta convincente el uso de la analogía o del *argumentum e contrario*. En el *Código Civil* suizo (art. 1, párrs. 2 y 3) se formula la regla, aplicada en todo el continente europeo, que determina las acciones que ha de emprender un juez cuando todos los demás recursos fallan:

Si no se cuenta con provisiones establecidas por ley, el juez debe aplicar criterios consuetudinarios, en cuyo defecto debe decidir de acuerdo con los principios que el juez, en caso de que éste sea legislador, ha de adoptar. En tales casos, se deben seguir los dictados de la doctrina y la tradición.

La idea que subyace en esta provisión es que los vacíos en el *Código Civil* suizo deberán subsanarse de acuerdo con el espíritu del derecho nacional, que en este caso es el derecho suizo. Pero, ¿será ello suficiente? Si el juez ha de conducirse como si fuera un legislador, cabe preguntarnos lo siguiente: ¿cómo toma decisiones un legislador moder-

no? Ahora bien, sabemos que, en gran medida, el legislador moderno toma sus soluciones del derecho comparado. Así, merced a la más amplia visión que nos proporciona esta disciplina, debemos incluir el método comparativo en los criterios que, tradicionalmente, se aplican a la interpretación de los principios nacionales. Acaso queden preguntas acerca de cómo puede y debe decidirse en este sentido. Por ejemplo, al usar el método hermenéutico del derecho comparado, ¿debemos consultar sólo sistemas afines, como los de Suiza y Francia, o también sistemas que presentan grandes diferencias entre sí, como los del *common law*? ¿Puede el juez escoger cualquiera de las soluciones extrajeras que le parezca mejor, o sólo deberá decidirse por la opción que comparan determinado número de sistemas? ¿Podemos, con la ayuda del derecho comparado, alcanzar una interpretación de nuestros principios del derecho que sea independiente, e incluso que difiera, de la estructura conceptual de nuestro propio sistema? Estas preguntas —con la posible excepción de la última— requieren una respuesta abierta y directa, no indirecta (véase más detalles en Zweigert, en la bibliografía de este capítulo).

Como puede deducirse de los informes legales, el derecho comparado ha servido frecuentemente a los tribunales para dilucidar y amplificar el derecho alemán, si bien es cierto que los argumentos de esta especialidad suelen utilizarse en conjunción con los métodos de interpretación usuales, con lo cual se confirman y refuerzan los resultados que se alcanzan por la vía tradicional. Un buen ejemplo sería el desarrollo, por parte de la Bundesgerichtshof, del principio según el cual la víctima de una invasión a sus "derechos de la personalidad" puede entablar plenamente una demanda por daños (véase el cap. 43 de esta obra), un principio que dicho tribunal intentó defender contra las críticas al señalar que:

"En casi todos los sistemas jurídicos que, como el nuestro, asignan un valor primordial a la persona, los daños por dolor y sufrimiento se consideran como la sanción más adecuada del derecho privado para las invasiones de la personalidad. La presencia de esos daños no afecta de manera adversa la libertad de prensa, a la cual dichos sistemas conceden una importancia igualmente fundamental, de ahí que carezca de sustancia la objeción en el sentido de que las consecuencias de dichos perjuicios en los casos de invasión de la personalidad trasgreden o ponen en peligro una libertad de prensa garantizada por la *Constitución*" (BGHZ, pp. 39, 124, 132). En otra decisión, la Bundesgerichtshof señalaba que las demandas por dichos daños se limitaban a los casos en que la invasión del derecho de personalidad había sido de una gravedad especial; el tribunal explicaba que dicha limitación "se encuentra también en el derecho suizo, que se preocupa más por garantizar la protección legal de la persona que la BGB" (véase el art. 49 I OR; BGHZ, pp. 35, 363, 369). En otro caso, un menor gravemente impedido que nunca habría nacido de no haber sido por la negligencia del médico de la madre al no detectar a tiempo su condición, entabó una demanda contra éste por "contribuir a crear una vida injusta". Al rechazar la demanda del menor, la Bundesgerichtshof invocó el caso *McKay contra Essex HA*, 1982, QB 1166 y otros veredictos similares emitidos en tribunales estadounidenses (BGHZ, pp. 86, 240, 250 y ss.). En Drobning (véase la bibliografía de este capítulo) se analizan ejemplos de los tribunales alemanes.

En términos generales, cabe afirmar que el derecho comparado tiene un papel mucho más importante por desempeñar en la aplicación y el desarrollo de la ley de lo que permiten los tribunales alemanes. Esta situación es bastante mejor en otros países europeos, como Grecia, Portugal y, sobre todo, Suiza, donde los fallos de la Bundesgerichtshof abundan en elementos comparativos. (Véase BGE 114 II 131 y Uytendoven, en la bibliografía de este capítulo.) En Francia, la Cour de Cassation manifiesta una marcada insensibilidad a tales argumentos, aun cuando ello se deba a que el derecho francés adoptó un estilo de juicio que prohíbe cualquier referencia a consideraciones sociológicas, histórico-legales o comparativas (véase la p. 133). En los países regidos por el *common law* impera una situación diferente. Desde hace muchos años, los tribunales ingleses, australianos, canadienses y de otros países del *Commonwealth* acostumburan citarse entre sí; en la actualidad, estas referencias se extienden a la esfera continental europea.

En el caso *White contra Jones*, 1995, 2 AC 207, se intentaba determinar si un abogado debía pagar los daños sufridos por un tercero como resultado de su incompetencia para seguir las instrucciones de su cliente. La opinión de Lord Goff representa un excelente análisis comparativo de este problema, ya que hace referencia al efecto protector de la doctrina alemana de los contratos. (Véase también la opinión de Steyn LJ en el Tribunal de Apelaciones, *ibid.*, p. 236.) En este caso, la Cámara de los Lores, al igual que la Bundesgerichtshof (véase BGH JZ, 1966, p. 141, observado por Lorenz y BGH NJW 1977, p. 2073), aceptó la demanda del tercero, si bien en términos de perjuicio y no de contrato (véase la p. 651). Véase también Lord Goff en Woolwich Building Soc^y contra Inland Revenue Comm^{'rs}, 1993, AC 70, 174 (demanda de restitución de impuestos gravados de manera ilegala, véase las pp. 608-609); Bingham MR en Infranco Picture Library contra Sletto Visual Programmes, 1988, 1 All ER 348, 352 ss. (buena fe en negociaciones); Lord Goff en Henderson contra Merrett Syndicates, 1994, 3 All ER 506, 523 ss. (concurencia de demandas contractuales y lesivas, véase la p. 654); Bingham MR en Kaye contra Robertson, 1991, FSR 62 (invasión de privacidad, véase las pp. 751-752). Véase también el fallo de la Suprema Corte de Canadá en el caso *Norsk Pacific Steamship Co. contra Canadian National Ry.*, 1992, 1 SCR 1021, la cual remite a numerosas decisiones extranjeras respecto de la cuestión de la responsabilidad agraviosa por membra económica pura. En una nota a esta decisión, Markesinis formula un revelador alegato en el sentido de que los tribunales deberían hacer un uso más frecuente de los argumentos del derecho comparado (109 *LQ Rev.* 5, 1993). De igual forma se expresa Von Bar: "Se daría un inmenso paso si las instancias supremas de los estados que componen la Unión Europea aceptaran la idea de la *autoridad persuasiva*, si se sintieran compelidos a investigar si el caso que se les presenta no ha sido ya dirimido en otro país de la Unión, y si, suponiendo que hubiera una 'idea europea dominante' al respecto, tuvieran que confesar que se vieron impedidos de adoptarla debido al estado actual de sus leyes. Si nuestros tribunales se imbuyeran de un espíritu europeo, su capacidad de discernimiento se vería enriquecida notablemente, y si el derecho, al igual que otras disciplinas dignas del nombre que reciben, se abrieran al mundo, se generaría una posibilidad mucho mayor de recuperar a la élite in-

lectual de cada país". ("Vereinheitlichung und Angleichung von Deliktsrecht in der Europäischen Union", *ZfRV* 35, 1994, pp. 221, 231.)

Cuando los magistrados de una instancia superior enfrentan un problema de principios difícil, lo más probable es que se equivoquen al desechar soluciones y argumentos que se han propuesto o adoptado en otros países simplemente porque parecen emanar de tribunales y autores extranjeros. El presidente Odersky, de la Bundesgerichtshof, estaba en lo correcto cuando señaló lo siguiente:

Al emitir una opinión, el magistrado nacional no sólo tiene derecho a considerar los conceptos de otros tribunales y sistemas jurídicos; también puede, al aplicar sus propias leyes y, en consecuencia, brindar prioridad a la elaboración y el desarrollo de éstas, tener en mente que una solución particular conduce a la armonización del derecho europeo. En los casos apropiados, este argumento le permite, a fin de cuentas, adoptar las soluciones de otros sistemas legales, por lo que se trata de un argumento al que deberá recurrir con frecuencia cada vez mayor a medida que avance la integración europea. ("Harmonisierende Auslegung und Europäische Rechtskultur", en *ZEuP*, 1994, pp. 1, 2.)

Claramente, tomar en consideración los argumentos comparativos significa más trabajo para el juez; en la actualidad, empero, gracias a las investigaciones de los comparatistas, hay muchas áreas en las que se puede acceder más fácilmente a los materiales de origen extranjero. En todo caso, aun en la región continental de Europa, donde prevalece el principio *iusa novis curia*, el tribunal puede recomendar, e incluso exigir a las partes que consulten dichas investigaciones.

La situación es diferente cuando se trata de interpretar *leyes uniformes*. Normalmente, este tipo de leyes resultan de convenciones internacionales; la cooperación gubernamental o la legislación supranacional o internacional; como el objetivo subyacente es la unificación del derecho, la elaboración y el desarrollo de las leyes deben dirigirse a dicha meta. Esto significa que, cuando un magistrado nacional tiene que vérselas con una legislación uniforme, no ha de limitarse a utilizar las reglas de elaboración tradicionales de su país, sino modificarlas para obtener un resultado aceptable en el ámbito internacional, promoviendo así la uniformidad legal. Con frecuencia, este esfuerzo requiere una labor de *interpretación comparativa*, es decir, el juez debe consultar los principios foráneos que constituyen la base de la provisión por aplicar, tomar en cuenta la interpretación que dan a esos principios los tribunales y los juristas extranjeros y, por último, subsanar cualesquiera diferencias entre los principios legales que logre derivar y los sistemas jurídicos nacionales relevantes.

Para detalles, véase Lutter (en la bibliografía de este capítulo), p. 604, y Kropholler (véase la bibliografía mencionada), pp. 258 y ss., 278 y ss., 298 y ss. Es, sin duda, una tarea difícil y exigente que puede escapar a las capacidades de los magistrados nacionales que deben aplicar

leyes uniformes de manera esporádica. La única forma segura de evitar divergencias nacionales en la elaboración y el desarrollo de un derecho uniforme consiste en conceder jurisdicción a un tribunal internacional. Para los Estados miembros del Mercado Común, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas representa el mejor ejemplo, ya que ha utilizado con éxito el método de la interpretación legal comparativa en una gran cantidad de decisiones. (Acercas de este aspecto, véanse Bleckmann, Daig, Pescatore y Martiny en la bibliografía de este capítulo.)

IV

1. El derecho comparado también cumple con una importante función en la enseñanza del derecho. En este sentido, como en el de la ciencia del derecho en general, es un signo de soberbia, a la vez que de estrechez mental y de retrogresión, limitarse a estudiar el propio derecho nacional, en especial para las universidades y las escuelas de derecho, en una época de dinamismo y movilidad social en todos los confines del mundo. El derecho comparado ofrece al estudiante de leyes una dimensión totalmente nueva: con base en ella, aprende a respetar los aspectos más especiales de otras culturas del derecho, entiende mejor sus propias leyes, puede crear las normas imprescindibles para el mejoramiento de aquéllas y aprende a reconocer la influencia de la dinámica social sobre el derecho, así como las diferentes formas que puede adoptar dicha influencia. Lo que el estudiante asimile de esta ciencia, como de cualquier otra especialidad científica, también resultará de gran utilidad en la práctica. Baste mencionar la utilidad del derecho comparado en el conflicto de leyes, para la interpretación de tratados, para quienes se ocupan de tareas relacionadas con la adjudicación, el arbitraje o la administración internacionales o, en fin, para las personas a quienes preocupa la unificación del derecho. La última generación de abogados —y probablemente la generación que le sucede— trabajará en medio de una "internacionalización" de la vida legal sin precedentes históricos. Sin embargo, lo más importante es el valor educativo general del derecho comparado, pues demuestra que los principios que se aplican en la actualidad no constituyen sino una entre varias soluciones posibles; representa un antídoto eficaz contra la fe acrítica en las doctrinas del derecho; nos enseña que lo que a menudo se presenta como derecho natural y puro deja de serlo no bien se rebasan las fronteras nacionales; por último, no cesa de recordarnos que, aun cuando la doctrina y las categorías sean esenciales para cualquier sistema, en ocasiones pueden tornarse irrelevantes para el funcionamiento y la eficacia del derecho práctico y degenerar en estériles juegos profesionales.
2. Pese a lo anterior, y no obstante las considerables mejoras que ha experimentado en las últimas décadas, el lugar que ocupa el derecho comparado en los programas universitarios sigue siendo muy modesto.

En Alemania, la enseñanza del derecho comparado varía significativamente de una a otra universidad. En la actualidad casi todas las instituciones universitarias imparten un curso ge-

neral de "Introducción al derecho comparado", el cual, además de proporcionar un panorama de los sistemas jurídicos del mundo, abarca los propósitos y los métodos de esta disciplina, así como su relación con otras especialidades, con una orientación legal de tipo internacional. Mucho menos comunes son las cátedras o cursos consagrados a determinado sistema jurídico, como el derecho francés, o a un grupo de sistemas relacionados, como el *common law*; y aun cuando se impartan dichos cursos, es evidente que las universidades tienden a especializarse en el derecho inglés o francés, por ejemplo. Menos frecuente aún es la "comparación de instituciones", mediante la cual se intenta determinar la importancia de todos los sistemas jurídicos relevantes —o al menos algunos ellos— en ciertas áreas legales, como los contratos o las sociedades mercantiles, con el propósito de estudiarlos de principio a fin desde el punto de vista comparativo, visualizando cada principio nacional junto con su contraparte funcional en otros sistemas jurídicos. Pero si la enseñanza del derecho comparado es apenas aceptable, las cosas empeoran cuando abordamos la cuestión decisiva del lugar de esta disciplina en los *exámenes*. El derecho comparado no ha sido nunca un tema obligatorio en los exámenes, aunque, de manera ocasional, se le plantee como parte de la "cultura jurídica general" del examinado. Ciertamente, el estudiante será examinado en los aspectos que forman parte de su "grupo de temas electivos", aun cuando no siempre se conceda una importancia clave a dicho conocimiento, sin embargo, es de lamentar que, en muchas de las *Länder*, el derecho comparado se subordine al derecho familiar o al sucesorio dentro de una sola opción. De poco sirve saber que en todas las ciudades de Europa se deplore el provincialismo de la instrucción en derecho; véanse los informes en torno a esta situación en Bélgica (Meulders-Klein), Francia (Mouly), Grecia (Yokaris), Gran Bretaña (Dolowicz), Italia (Sacco) y Suiza (Stoffel), publicados en *Rev. int. dr. comp.*, 40, 1988, p. 703.

Aunque la necesidad de incorporar el derecho comparado a la enseñanza del derecho es urgente en todo el mundo, Alemania enfrenta un especialísimo obstáculo. En otros países europeos, las facultades de derecho gozan de la libertad suficiente para seleccionar los temas por impartir y examinar y, si se considera necesario, adaptarlos a las cambiantes condiciones del mundo. Las instituciones educativas del derecho de Alemania no tienen esta libertad, y jamás la tendrán mientras se sometan al yugo que les priva de toda iniciativa en este sentido, es decir, el sistema que aplican las autoridades estatales para examinar a los futuros abogados. Alemania es el único país de Europa, e incluso del mundo, donde el Estado actúa como examinador "externo" al término de los estudios jurídicos del aspirante mediante un examen cuyo contenido está determinado hasta en sus últimos detalles por un reglamento. En este sistema, carecen de importancia aspectos como el prestigio, la amplitud o la riqueza imaginativa de las enseñanzas que se imparten en las diferentes instituciones, o el desempeño del estudiante en los cursos universitarios, en particular si los estudios se realizan en el extranjero. Para que esta situación cambie será necesario que las autoridades alemanas "desregulen" la educación legal, de tal forma que, como en cualquier otro país del mundo, los exámenes sean aplicados por la universidad y no por el Estado, con lo que las facultades de derecho gozarán al menos de cierta libertad de decisión y de la posibilidad de competir con otras facultades.

Las probabilidades de que se aplique dicha desregulación son aún inciertas: con unas pocas y honrosas excepciones, los Ministerios de Justicia de las *Länder* siguen sometidos a la intervención estatal en referente a los exámenes, y la mayor parte de las facultades no se interesan en cambiar dicho sistema. Como en muchos otros aspectos, tenemos la fortuna de poder recurrir al ejemplo de la Unión Europea. Según el Tratado de Roma, los abogados extranjeros que deseen prestar servicios o establecer prácticas legales en Alemania deberán cumplir con los requerimientos que se imponen a los abogados alemanes; si ingresara en ese país una gran cantidad de abogados con una instrucción legal adecuada, quizá se presente la oportunidad política de vencer la oposición de los exámenes estatales y, lo que sería más importante, la deplorable indiferencia de muchas facultades de derecho.

3. A fin de sentar las bases del desarrollo futuro de la enseñanza del derecho comparado, debemos concentrarnos en la enseñanza del derecho en general.

El aspecto decisivo de la enseñanza académica de hoy es el constante incremento en los materiales por impartir. En el pasado, los estudiantes podían aprender a razonar como abogados dirigiendo sus esfuerzos al derecho privado; actualmente, empero, es necesario dominar no sólo el derecho penal —cuyo volumen no ha experimentado un aumento significativo—, sino también el vasto conjunto que constituyen los derechos constitucional y administrativo, mercantil, laboral y de seguridad social. No es posible ya añadir las disciplinas del derecho comparado y la sociología del derecho en un programa tan vasto.

De lo anterior se sigue que debemos *integrar el derecho comparado a la enseñanza nacional del derecho*. Esto significa que el problema debe situarse en el contexto de las soluciones que se generaron en los sistemas legales más importantes, para luego realizar una evaluación crítica mediante la cual se determine la solución que más convenga, *hic et nunc*, a las condiciones actuales de las sociedades nacionales. Sólo así se podrán destacar las características de la solución aceptada en la esfera del derecho positivo y, al mismo tiempo, promover un espíritu de reforma y una percepción adecuada de las soluciones más apropiadas para el derecho. De esta forma, será posible demostrar que en ciertas áreas (como la ley de contratos, de perjuicios y de las sociedades mercantiles) existe ya, o se comienza a crear, un *ius commune* para toda la comunidad europea.

Lo anterior significa que los textos de derecho comparado no deben saturar al estudiante de textos legales extranjeros; más bien, deben servir para exponer los diferentes enfoques que pueden aplicarse a un problema, señalar los argumentos críticos que lo iluminen y le infundan vida, para luego indicar la mejor solución que puede aplicarse aquí y ahora. Tenemos, pues, que los textos "nacionales" deben describirse a la luz del derecho comparado y que, a la larga, todos los maestros de leyes deberán dominar el método comparativo a fin de hacerse de la información necesaria para sus cursos.

Ya en 1934 Roscoe Pound señalaba, de manera más precisa y expresiva, los conceptos vertidos aquí:

Lo que se persigue con dicho curso [de derecho comparado] puede alcanzarse de manera más efectiva encomendándolo a un grupo de profesores conscientes de las posibilidades de

esta disciplina en su trabajo cotidiano y de la forma de materializar dichas posibilidades. Por tanto, propongo que la formación de los profesores del futuro tenga como raíz el derecho comparado, sin exclusión de que se consideren otros modos de análisis respecto de las cuestiones que plantea nuestro derecho, como lo ilustran el derecho civil y los códigos modernos, al describir los estilos que se aplican en diferentes jurisdicciones anglófonas. Por ello, propongo que el profesor se esfuerce por orientar al estudiante mediante ejemplos concretos a fin de que aquél describa que no hay una sola doctrina, principio, institución o concepto para todos los casos en cualquier país y en cualquier tiempo. En otras palabras, pienso que la mejor forma de impartir el derecho comparado, para los fines de nuestra institución profesional, consiste en incorporar a la enseñanza del derecho nacional, con excepción de los estudiantes de posgrado, quienes, después de dominar los fundamentos del derecho civil, pueden profundizar en algunos problemas especiales. (Véase la bibliografía de este capítulo.) A esta enseñanza "integrada" del derecho se han opuesto Schlesinger y Neumayer (*Festschrift Zweigert*, pp. 507 y ss.), aunque cabe señalar que fue impulsada de nueva cuenta por Kötz (en *RechtZ* 36, 1972, pp. 570 y siguientes).

Y

1. Unificación del derecho: concepto y función

La última función del derecho comparado que abordaremos aquí es el significativo papel que desempeña en la elaboración de proyectos para unificar internacionalmente el derecho. El fin político que subyace a dicha unificación es reducir o suprimir, hasta ahora algo como necesario y posible, de las discrepancias entre los sistemas legales nacionales, induciendo a éstos a adoptar principios comunes. El método que se usaba en el pasado —y al que aún se recurre actualmente— consiste en generar un derecho uniforme con base en el trabajo realizado por expertos en derecho comparado, para luego incorporarlo, mediante un tratado multipartito que obliga a los signatarios, como asunto de derecho internacional, a tomar y aplicar dicho derecho uniforme como si se tratara de un derecho local. Para los Estados que forman parte de la Unión Europea, la armonización del derecho mediante medios supranacionales (directrices y directivas comunitarias) adquiere una importancia cada vez mayor.

La unificación no puede alcanzarse simplemente invocando un derecho ideal respecto de cualquier tema y esperando que se le adopte. Primero que nada, hay que identificar los elementos comunes de las jurisdicciones a fin de integrarlos al derecho uniforme. Cuando haya diferencias en determinadas áreas, hay que reconciliarlas, ya sea adoptando la mejor variante de que se disponga o ingenierando, con métodos comparativos, una solución que resulte mejor y se aplique con más facilidad que las opciones existentes. Aquí los estudios preparatorios tienen una importancia esencial, pues sin ellos resultaría imposible detectar los puntos de acuerdo o desacuerdo en los diferentes sistemas jurídicos del mundo, por no hablar de la solución más adecuada. El modelo de di-

cho estudio preparatorio es la obra de Ernst Rabel, *Das Recht des Warenkaufs* I, 1936, reimpresso en 1957 y II, 1958, que tuvo una importancia decisiva para la unificación internacional de las leyes que rigen las ventas.

La ventaja del derecho unificado reside en que facilita la realización de negocios legales en el plano internacional. Según el área que comprendan, las leyes unificadas previenen los riesgos inherentes a la aplicación del derecho privado internacional y del derecho sustantivo de origen extranjero. Así, se reducen los riesgos jurídicos de los negocios internacionales y, por ende, allana el camino tanto para quienes deseen realizar negocios como para el juez que tiene que resolver las diferencias a las que den lugar dichos negocios. El derecho unificado favorece, pues, la predictibilidad y la seguridad. Con frecuencia, los tratados internacionales para la unificación de las leyes contemplan el acceso de todos los Estados del mundo, aun cuando ninguno de dichos tratados haya alcanzado aún este objetivo. Hasta ahora, los esfuerzos de unificación se han limitado a un área geográfica de aplicación específica, más por la fuerza de las circunstancias que por designio. En ocasiones, sin embargo, hay tratados cuyo diseño se aplica sólo dentro de un área limitada (la unificación regional, por ejemplo, en los países escandinavos o en las naciones pertenecientes al Benelux; en estos casos, se incluye el *rapprochement* o *armonización de leyes* prevista en el Tratado de la Comunidad Económica Europea).

Los tratados multilaterales son muy difíciles de concertar y operar; además, sus resultados en el ámbito de la unificación del derecho son poco satisfactorios (véase la sección 3 de este capítulo). Por consiguiente, deben diseñarse formas alternativas de alcanzar ese objetivo. Una de ellas podría ser la creación de leyes modelo, un método al que se ha recurrido con fines de unificación interna dentro del *Commonwealth* británico y, en particular, en Estados Unidos de América. Este método implica menos dificultades en virtud de que la adopción de las leyes por parte de diferentes países es cuestión más de recomendación que de obligación.

En su artículo enciclopédico, René David propone otros métodos, como la creación de una nueva y universal *ius commune* aplicable a relaciones internacionales a las que los sistemas legales nacionales no hayan podido adaptarse de manera satisfactoria. Asimismo, David postula la urgencia de instituir un uso más extendido e internacional del uso de *Reformulation de la ley*, como se practica en Estados Unidos de América. Cada entidad de este país tiene sus propias leyes privadas y comerciales, de ahí que la competencia legislativa del Congreso en Washington sea muy restringida. No obstante, las leyes de los diferentes estados tienen muchos aspectos en común gracias a la tradición del *common law*, la cual, en cada una de las áreas más importantes de la práctica legal, se define en una serie de textos conocidos como *Reformulations*, con volúmenes adicionales en los que se abordan las desviaciones que se practiquen en cada entidad (véase las pp. 266 y ss. de esta obra).

Por muy bien acogida que sea cualquier idea que contribuya a una mayor armonización de las leyes, parece que el método más adecuado que se vislumbra para el futuro inme-

diato es el de las *leyes modelo*, a condición de que éstas se instituyan cuidadosamente con base en el derecho comparado.

De manera paralela a las leyes uniformes, puede surgir una especie de ley de comercio universal, ya que en ciertas esferas de actividades (como el comercio al mayoreo en mercancías primarias, la banca, los seguros y el transporte) hay condiciones generales o usos en los negocios que son iguales o similares en numerosos países. En tal sentido, podemos citar como ejemplos las Condiciones de Negocios de la Asociación del Comercio de Matz de Londres, las Condiciones Generales para el Suministro de Planta y Maquinaria para Exportaciones, creadas por la Comisión Económica de la ONU para Europa, así como los llamados *IncoTerms* (en sus cláusulas FOB ["libre a bordo"] y CIF [costo, seguro y flete]) y los Usos y Prácticas Uniformes de Créditos Documentales emitidos por la Cámara Internacional de Comercio de París. Para muchos observadores, estas reglas constituyen una nueva y acaso real *lex mercatoria* de un tipo inédito y autónomo. (Acerca de este tema, véase Spickhoff, en *RabelsZ* 56, 1992, p. 116, y Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 2a. ed., 1994, § 11 I 3, ambos con extensas citas bibliográficas.)

2. Áreas y organismos

Desde las postrimerías del siglo XIX, la unificación del derecho ha rendido sus frutos más importantes en el derecho privado y comercial, en las leyes de comercio y del trabajo, en las leyes de propiedad industrial e intelectual y en la ley del transporte por vías férreas, mar y aire, así como en algunas secciones de las leyes de procedimientos, especialmente en relación con el reconocimiento de los juicios y dictámenes extranjeros. Aun en las áreas donde no se puede unificar el derecho privado sustantivo, es posible conseguir una armonía en los resultados al unificar los principios en torno a los conflictos de leyes, evitando así las diferencias atribuibles a accidentes del foro.

Es en el derecho privado, en su acepción más alta, donde las fuerzas mundiales que tienden hacia la integración del derecho se realizan más plenamente.

Los resultados que se han alcanzado por medio de la unificación también son demasado numerosos como para mencionarlos aquí en su totalidad. (Compárese Zweigert/Kropholler, *Quellen des Internationalen Einheitsrechts*, 3 vols., 1971.) La Liga de las Naciones y la Organización de las Naciones Unidas hicieron una valiosa contribución a la ley que rige los instrumentos negociables y el arbitraje; el Instituto Romano para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT, fundado en 1926) se ha especializado en las leyes para la venta de bienes; y, por último, las Conferencias de La Haya han intervenido en el derecho internacional privado, junto con diversas organizaciones internacionales que han promovido la unificación de las leyes del transporte, la propiedad intelectual y el trabajo. En 1966, la Organización de las Naciones Unidas decidió organizar una Comisión para el Derecho Internacional y Comercial (UNCITRAL) con la mi-

sión de promover la armonización y la unificación del derecho comercial internacional. Hasta ahora, su logro más notable es la Convención sobre Contratos para la Venta Internacional de Bienes (CISG), concluida en Viena en abril de 1980. (Véase Von Caemmerer/Schlechtriem, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 2a. ed., 1995.)

3. Experiencia

Antaño, los muy entusiastas se proponían unificar las leyes de todo el mundo; hoy, es evidente que sólo las necesidades específicas de los negocios internacionales pueden justificar la inmensa inversión de energía que se requiere para materializar cualquier proyecto de unificación. Dichas necesidades se acentúan en las áreas mencionadas anteriormente (con excepción de las leyes de bienes raíces, familiares y sucesorias), aunque casi siempre relacionadas con temas particulares o instituciones específicas.

No debemos subestimar las dificultades inherentes a la preparación y adopción de leyes uniformes. Algunas de estas dificultades tienen raíces psicológicas, como la resistencia al cambio o el orgullo por el derecho nacional, mientras que otras son de naturaleza técnica (diferencias en los conceptos o los supuestos legales, las cuales sólo pueden subsanarse mediante exhaustivos estudios preparatorios de tipo comparativo) o política: rara vez los Parlamentos nacionales aceptan en su totalidad los cambios que se prescriben en las conferencias internacionales. Estas dificultades se atenúan cuando la uniformidad se aplica sólo a los actos internacionales. Pero luego ocurre que los Estados cuentan con dos conjuntos de principios para una misma área legal. Tal es el caso de la venta de bienes, por ejemplo: las operaciones internacionales son reguladas por el derecho local mientras que la CISG, si se adopta en un Estado cuyos tribunales han sido instruidos al respecto, se aplica a las ventas "internacionales"; es decir, a los contratos de venta entre partes con oficinas en diferentes Estados.

Cuando las leyes uniformes son aplicadas por tribunales nacionales, siempre se corre el riesgo de que la uniformidad aparentemente alcanzada en un área específica se vea erosionada por aplicarse de manera diferente entre los Estados miembros. Ni siquiera la planeación más cuidadosa garantiza la exclusión de este riesgo. Así como en cualquier país se requiere la intervención de una Corte de Casación o de Apelaciones para procurar la aplicación de la ley uniforme, se necesitará, en el largo plazo, un tribunal internacional que se encargue de la aplicación uniforme de las leyes. La elaboración uniforme de las leyes que rigen a la Comunidad Económica Europea está garantizada por el Tribunal de las Comunidades Europeas (arts. 164 y ss., Tratado de Roma), y es algo positivo el hecho de que los Estados miembros también hayan encomendado a este tribunal la facultad de interpretar los conceptos legales utilizados en ciertos tratados que emanan del art. 220 del citado Tratado de Roma. Empero, salvo unas pocas excepciones menores, se trata de la única instancia facultada para darle un aspecto uniforme a un derecho creado con fines de uniformidad. Hasta que no se establezca un tribunal internacional,

lo más que puede hacerse es procurar que, al menos, los tribunales supremos de los países miembros conozcan las decisiones de sus contrapartes internacionales (véase p. 22). Si un derecho uniforme se construye de manera diferente entre los Estados miembros, no se permite recurrir a los principios de la ley de conflictos a efecto de determinar si, en determinado caso, se deba delegar el control a la ley que se aplica, por ejemplo, en Francia o en Alemania (*aliter* la Corte de Casación francesa en *Hocke*, Rev. crit. 53, 1964, p. 264, y la Suprema Corte Federal alemana, IPRspr. 1962-1963, n. 44). Si el derecho sustantivo ha sido unificado, corresponde a las leyes de esta categoría asumir el control, no a los principios de la ley de conflictos. En suma: la unificación del derecho sustantivo excluye la aplicación del derecho internacional privado. Mientras no contemos con un tribunal internacional para la elaboración de leyes uniformes, corresponde a los tribunales locales supremos la adopción de cualquier ley, propuesta o adoptada en la realidad de otros países, que les parezca la más apropiada y conveniente.

VI

Si han de superarse las barreras que se oponen al comercio dentro de la Unión Europea, la legislación en forma de ratificación de tratados internacionales o de regulaciones y directrices es indispensable en determinadas áreas. Aun así, son cada vez más los expertos que se preguntan si la legislación es realmente la mejor forma de unificar el conjunto de las leyes europeas. Hasta ahora, dicha unificación ha sido esporádica, pues sólo incide en puntos específicos, de tal suerte que, en determinadas áreas, se obtiene una colcha de retazos en la que coexisten reglas de derecho nacional y unificado con áreas de operación mal definidas y principios motores diferentes; en vez de simplificar la aplicación de la ley, la unificación de este tipo no hace sino tornarla más difícil. Hoy, es claro que la legislación unificada puede privar a los Estados miembros y a sus tribunales de la libertad para modificar y desarrollar su propio derecho e introducir barreras contra el cambio que den al traste con la adopción de ajustes necesarios en el nivel nacional. Ciertamente, los Estados nacionales siempre tendrán la opción de modificar el derecho unificado, aun cuando se requirieran años de negociaciones para obtener el consentimiento de los demás Estados, si es que ello es posible.

Este aspecto se aborda en Kötz, "Rechtsvereinheitlichung-Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele", en *RabelsZ* 50, 1986, p. 1; Behrens, "Voraussetzungen und Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsvereinheitlichung", en *RabelsZ* 50, 1986, p. 19.

En consecuencia, se empieza a percibir que la legislación no es necesariamente la forma ideal de unificar el derecho. Tal proceso entraña costos a la vez que beneficios, los cuales deben calcularse y ponderarse de la manera más exacta posible. El derecho europeo no puede unificarse mediante textos esporádicos. Lo que necesitamos es "europäi-

zar" la forma en que los abogados reflexionan, escriben y aprenden. La historia del derecho y el derecho comparado nos enseñan precisamente eso; por fortuna, son cada vez más las personas que comienzan a aceptar esta realidad. La idea de que la legislación es la única fuente de leyes posible es un error que data de la era de la Ilustración, y que debió haberse superado hace mucho tiempo. Los derechos francés y alemán de hoy no recurren de manera exclusiva a los textos legislativos, y el derecho europeo no puede invocar de forma igualmente exclusiva la legislación unificadora europea. Hace ya bastantes años, Coing estaba en lo correcto al señalar que:

La unificación del derecho no puede advenir mediante el mero establecimiento de principios unificadores, como se pensaba a veces en el siglo XIX. En muchos casos ello puede ser necesario, pero también resulta esencial que dichos principios se acompañen de un progresivo y abundante conocimiento legal al cual puedan acogerse los tribunales de diferentes países... Nuestra misión debe consistir en reinducir a nuestros juristas a compartir una lógica y una actitud que les permita hacer justicia a los principios unificados y aplicarlos de manera coherente. ("Jus commune, nationale Kodifikation und internationale Abkommen, drei historische Formen der Rechtsvereinheitlichung", en *Le nuove frontiere del diritto*, Actas del Congreso de Bari, 1979, I, pp. 171 y 192.)

Resulta significativo que el letrado de esta misión fuera un *historiador del derecho*. Coing no escribía sobre una *tabula rasa* ni proponía nada nuevo cuando aludía a una perspectiva europea en el ejercicio del derecho; no hacía sino recordarnos algo que habíamos olvidado: que en pleno siglo XVIII, cuando comenzó a echar raíces la idea de la codificación, Europa gozaba de una unidad de perspectiva real con la *ius commune*. Fue entonces cuando la codificación comenzó a obtener sus primeros triunfos en los incipientes Estados nacionales, con el deplorable resultado de que los juristas dejaron de mirar más allá de sus fronteras nacionales. Sin embargo, dos siglos de nacionalismo en cuestiones de derecho no han bastado para destruir la unidad fundamental del derecho privado europeo, como bien lo demuestran las investigaciones de la historia del derecho; sirva ello también para demostrar que aun el *common law* inglés se benefició del contacto con la cultura jurídica de la Europa continental.

Véase Zimmermann, "Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtsinheit", en *JZ* 1992, p. 8; Schmidlin, "Gibt es ein gemeineuropäisches System des Privatrechts?", en Schmidlin (ed.), *Vers un droit européen commun/Sitzten zum gemeineuropäischen Privatrecht*, 1994, p. 33; Schütze, "Allgemeine Rechtsgrundriss und europäisches Privatrecht", en *ZEuP* 1993, p. 442; Kuttel, "Rechtsinheit in Europa und römisches Recht", en *ZEuP* 1994, p. 244; Zimmermann, "Der europäische Charakter des englischen Rechts, Historische Verbindungen zwischen civil law und common law", en *ZEuP* 1993, p. 4; Gortala-Moocia, "A Revisiting of the Comparison between Continental Law and English Law (16th-19th Century)", en *2 J Leg. Hist.*, 1981, p. 143; Moocia, "English Law Attitudes to the Civil Law", en *2 J Leg. Hist.*, 1981, p. 157; Helmholz, "Continental Law and Common Law: Historical Strangers or Companions?", en *Duke LJ*, 1990, p. 1207; Nörr, "The European Si-

de of the English Law, A Few Comments from a Continental Historian", en Coing-Nörr (eds.), *Englische und kontinentale Rechtsgeschichte: Eine Forschungsprojekti*, 1985, p. 15; Gordley, "Common Law and Civil Law: Eine überholte Unterscheidung", en *ZEuP*, 1993, p. 498; Glenn, "The civilisation de la common law", en *Rev. int. dr. comp.* 45, 1993, p. 559.

Esto significa un desafío para el derecho comparado. Esta ciencia no puede ya limitarse a formular propuestas para la reforma del derecho nacional, por muy valiosa que sea esa actividad, pues si sigue haciéndolo, incurrirá inevitablemente en nacionalismo al considerar los sistemas jurídicos nacionales como cosa dada e inmutable y al atender a las convergencias y divergencias sólo para escoger las que les sean más útiles. Hoy, el derecho comparado debe trascender el ámbito de los sistemas nacionales y brindar una base comparativa sobre la cual desarrollar un sistema legal para todo el continente europeo: esto puede hacerse tomando áreas particulares del derecho, como los contratos, los perjuicios, las cuestiones crediticias, las sociedades mercantiles y la familia, para luego ilustrar los principios que se aceptan en toda Europa y determinar si éstos describen desarrollos convergentes o divergentes. Lo que se requiere es un corpus de textos legales que presente las diferentes áreas del derecho desde una perspectiva europea, sin concentrarse en ningún sistema legal en particular y teniendo en mente a lectores de un país específico. Desde luego, estas obras deben tomar en consideración los principios de las leyes francesa, alemana e inglesa, sin dejar por ello de abordarlas como variaciones locales de un tema común a toda Europa. Se deben considerar las poderosas políticas sociales que han influido en el derecho privado en todos los países de Europa, como la protección al consumidor y al ambiente, al igual que las provisiones de seguridad social en los casos de accidente, enfermedad y desempleo. Dichos estudios no han de circunscribirse a la sustancia del derecho, también deben reflejar sus procesos de formación y aplicación, así como estudiar los procesos legislativos que se verifican en diferentes países, su método de aplicación de la ley, la forma de sus juicios y las actividades profesionales y de capacitación de sus expertos legales. La finalidad principal de tal empresa no es la investigación de los principios, ni siquiera su comparación con vistas a mejorar el derecho nacional; se trata de crear conciencia entre los pueblos acerca del derecho privado europeo como tema de investigación y enseñanza y como patrimonio de todos los países europeos.

Estos problemas han sido objeto de un intenso debate en los últimos años. Véanse, por ejemplo, los artículos de Coing, David y Sacco en Cappellati (ed.), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, 1978; Kötz, "Gemeineuropäisches Zivilrecht", *Festschrift Zweigert*, 1981, p. 481; Kramer, "Europäische Privatrechtsvereinheitlichung", en *JBl*, 1988, p. 477; Coing, "Europäisierung der Rechtswissenschaft", en *NJW*, 1990, p. 937; Hondius, "Nakar een Europese rechtenstudie", en *Med. Jur. (Special)* 1991, p. 517; Flessner, "Rechtsvereinheitlichung durch Rechtswissenschaft und Juristenusbildung", en *RechtSz* 56, 1992, p. 243; Remien, "Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts", en *JZ*, 1992, p. 277; Remien, "Ansätze für ein Europäisches Privatrecht?", en *ZvglRWiss*, 1988, p. 105; Ulmer, "Von

deutschen zum europäischen Privatrecht?", en *JZ* 1992, p. 1; Müller-Graff, "Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht", *NJW* 1993, p. 13; Müller-Graff, *Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 2a ed., 1991; véase también Kötz, "A Common Private Law for Europe", en De Witte/Forder (eds.), *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*, 1992, p. 31; Koopmans, Toward a New "Ius Commune", *ibid.*; Kramer, "Vielfalt und Einheit der Wertungen im Europäischen Privatrecht", *Festschrift Koller*, 1993, p. 729; Goode, "The European Law School", en *13 LS* 1, 1994. Dos publicaciones fundadas en 1993 proclaman, desde su portada, su devoción al desarrollo del derecho privado europeo (*Zeitschrift für europäisches Privatrecht* y *European Review of Private Law*). Desde 1980, la "Comisión de la Ley de Contratos Europea", con la presidencia de Ole Lando, se ha dedicado a la producción de los "Principios de la Ley de Contratos Europea"; véase Lando, "Principles of European Contract Law, An Alternative or a Precursor of European Legislation", en *RechtSz* 56, 1992, p. 261; Drobnig, "Ein Vertragsrecht für Europa", en *Festschrift Steindorff*, 1990, p. 1149. Se ha publicado ya el primer volumen de las conclusiones de la Comisión: Lando/Beale (ed.), *The Principles of European Contract Law, Part I: Performance, Nonperformance and Remedies*, 1995.

En 1989, en Estrasburgo, el Parlamento Europeo aprobó una resolución (OJ EC No. C 158/400) mediante la cual se solicitaba "iniciar los trabajos preparatorios necesarios para la formación de un Código Europeo de Derecho Privado", aunque a la fecha no sabemos a ciencia cierta si hay la voluntad política suficiente para iniciar tal empresa. También ignoramos si hay una necesidad real de dicho Código, o si ello, más bien, pertenece a la competencia de la Unión Europea.

Sobre lo anterior, véase Tilmann, "Zur Entwicklung eines europäischen Zivilrechts", en *Festschrift Oppenhoff*, 1985, p. 495; Tilmann, en *ZEuP*, 1995, p. 534; Gandolfi, "Pour un code européen des contrats", en *Rev. int. dr. comp.* 91, 1992, p. 70; Lando, "Is codification Needed in Europe?", en *Eur. Rev. P. L. I*, 1993, p. 157; Mengoni, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa*, 1993; véase también los artículos en Hartkamp et al. (eds.), *Towards a European Civil Code*, 1994.

Sin embargo, hay algo que podemos dar por cierto. No es posible comenzar siquiera a considerar la creación de un *Código Civil* europeo sin que se realice antes una exhaustiva labor de investigación. La historia tiene mucho que decirnos en este sentido. Por ejemplo, caracterizaba al derecho de la Francia prerrevolucionaria una notable diversidad, pues en el norte se aplicaban leyes consuetudinarias, mientras que en el sur se recurría al derecho romano tradicional; no fue sino hasta los siglos XVI y XVII que un grupo de célebres autores, entre ellos Dumoulin, Coquille y Domat, extrajeron gradualmente de ambos tipos de derecho un *droit commun français*. Aunque este derecho nunca se aplicó en la realidad como tal, resultó a tal grado exitoso al proporcionar una base doctrinal para la unificación del derecho francés, que el *Código Civil* que se adoptó de manera definitiva "sólo requirió cuatro meses para concluirse" (véase más adelante, pp. 92 y 93). Por otra parte, cuando Eugen Huber publicó su obra en torno al *System und*

Geschichte des Schweizerischen Privatrechts en 1893, no habla nada a lo que pudiera llamarse *derecho privado suizo*, sino sólo una gran cantidad de leyes de tipo privado en los cantones. De manera mentonada, Huber fundó su presentación de las leyes cantonales en el concepto de un derecho privado suizo más ideal que real, y cuando la Confederación optó finalmente por la unificación del derecho privado suizo, fueron sus investigaciones las que constituyeron la base que se requiera. Los estudiosos de hoy enfrentan un reto similar, pues también ellos deben echar mano del método comparativo, aun cuando sus materiales no sean las leyes consuetudinarias de Francia ni las leyes cantonales de Suiza, sino el derecho privado positivo de todos los países de Europa. ¡Tifánica misión! Pero si logramos realizarla, habremos producido las bases intelectuales indispensables de un *Código Civil* europeo para cuando las consideraciones de tipo político y práctico permitan incorporarlo a los programas.

Bibliografía

- Aubin, "Die Rechtsvergleichende Interpretation autonom-internen Rechts in der deutschen Rechtsprechung", en *RechtZ* 34, 1970, p. 458.
- Blanc-Jouvan, "Réflexions sur l'enseignement du droit comparé", en *Rev. int. dr. comp.* 40, 1988, p. 751.
- Bleckmann, "Die Rolle der Rechtsvergleichung in den Europäischen Gemeinschaften", en *ZwglRW* 75, 1976, p. 106.
- Coing, "Rechtsvergleichung als Grundlage von Gesetzgebung im 19. Jahrhundert", en *Das commune* VII, 1978, p. 160.
- Dalg, "Zur Rechtsvergleichung und Methodenlehre im Europäischen Gemeinschaftsrecht", en *Festschrift Zweigert*, 1981, p. 395.
- David, "The International Unification of Private Law", en *International Encyclopedia of Comparative Law* II, 1971, cap. 5.
- Dölle, "Der Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht", en *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum 100jährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960* II, 1960, p. 19.
- Drobnig, "The Use of Foreign Law by German Courts", en *German National Reports in Civil Law Matters for the XIVth Congress of Comparative Law*, ed. Jaymie, 1994.
- (Dopfel, "Die Nutzung der Rechtsvergleichung durch den deutschen Gesetzgeber", en *RechtZ* 46, 1982, p. 253.
- Dutoit, "L'importance du droit comparé dans l'enseignement juridique", en *Recueil des travaux scientifiques présentés au IXe Congrès international de droit comparé*, 1976, p. 21.
- Everling, "Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft", en *RechtZ* 50, 1986, p. 193.
- Ferid, "Die derzeitige Lage von Rechtsvergleichung und IPR in der Bundesrepublik Deutschland", en *ZfRV* 22, 1981, p. 86.
- Frankenberg, "Critical Comparisons: Re-Thinking Comparative Law", en *26 Harv. Int. L. J.*, 411, 1975.

- Grossfeld, *The Strength and Weakness of Comparative Law*, 1990.
- , "Vom Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht", en *ACP* 184, 1984, p. 289.
- Hill, "Comparative Law, Law Reform and Legal Theory", en *9 Oxf. J. Leg. Stud.* 111, 1989.
- Hirsch, *Rezeption als sozialer Prozess*, 1981.
- Jacobs, "The Uses of Comparative Law in the Law of the European Communities, Legal History and Comparative Law", en *Essays in Honour of A. Kiralfy*, ed. Plender, 1990, p. 99.
- Junker, "Rechtsvergleichung als Grundlagenfach", en *JZ* 1994, p. 921.
- Kahn-Freund, "On Uses and Misuses of Comparative Law", en *37 Mod. L. Rev.* 1, 1974.
- Kotz, "Gemeineuropäisches Zivilrecht", en *Festschrift Zweigert* 1981, p. 481.
- , "Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik", en *RechtZ* 54, 1990, p. 293.
- , "Europäische Juristenausbildung", en *ZfRP* 1993, p. 268.
- , "Rechtsvergleichung und gemeineuropäisches Privatrecht", en *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, ed. Müller-Graff, 1993.
- Kozmiz, "Comparative Law for the 21st Century, New Horizons and New Technologies", en *69 Tul. L. Rev.* 165, 1994.
- Kropfoller, *Internationales Einheitsrecht, Allgemeine Lehren*, 1975.
- Kühler, "Rechtsvergleichung als Grundlagendisziplin der Rechtswissenschaft", en *JZ*, 1977, p. 113.
- Lawson, "Comparative Law as an Instrument of Legal Culture", en Lawson: *The Comparison, Selected Essays* II 68, 1977.
- Legais, "L'utilisation de droit comparé par les tribunaux", en *Rev. int. dr. comp.* 46, 1994, p. 347.
- Lutner, "Die Auslegung angeleglichen Rechts", en *JZ* 1992, p. 593.
- Mansel, "Rechtsvergleichung und europäische Rechtseinheit", en *JZ*, 1991, p. 529.
- Markesinis, "Comparative Law: A Subject in Search of an Audience", en *53 Mod. L. Rev.* 1, 1990.
- Martiny, "Autonomie und einheitliche Auslegung im europäischen internationalen Zivilprozessrecht", en *RechtZ* 45, 1981, p. 427.
- Neuhans/Kropfoller, "Rechtsvereinheitlichung—Rechtsverbesserung?", en *RechtZ* 45, 1981, p. 73.
- Neumayer, "Fremdes Recht aus Büchern, fernde Rechtswirklichkeit und die funktionelle Dimension in den Methoden der Rechtsvergleichung", en *RechtZ* 34, 1970, p. 411.
- , "Rechtsvergleichung als Unterrichtsfach an deutschen Universitäten", en *Festschrift Zweigert*, 1981, p. 501.
- Pescatore, "Le Recours dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres", en *Rev. int. dr. comp.* 32, 1980, p. 337.
- Pound, "The Place of Comparative Law in the American Law School Curriculum", en *8 Tul. L. Rev.* 161, 1934.
- Sacco, "Legal Formants, A Dynamic Approach to Comparative Law", en *39 Am. J. Comp. L.* 343, 1991.
- , *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, 1991.
- , *Introduzione al diritto comparato*, 5a ed., 1992.
- Schermers, "Legal Education in Europe", en *30 Cm. Mk. L. Rev.* 9, 1993.
- Schlesinger, "The Role of the 'Basic Course' in the Teaching of Foreign and Comparative Law", en *19 Am. J. Comp. L.* 616, 1971.

- Stein, "Uses, Misuses—and Nonuses of Comparative Law", en 72 *NYUL Rev.* 198, 1977.
- Tallon, "Les Perspectives de l'enseignement universitaire de droit comparé", en *Festschrift Zajay*, 1982, p. 479.
- Uyterhoven, *Richterliche Rechtsfindung und Rechtsvergleichung*, 1959.
- Von Mehren, "The Role of Comparative Law in the Practice of International Law", en *Festschrift Neumayer* 479, 1985.
- Watson, "Legal Transplants and Law Reform", en 92 *LQ Rev.* 79, 1976.
- Zweigert, "Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode", en *RabelsZ* 15, 1949-1950, p. 5.

3. El método del derecho comparado

I

Según Gustav Radbruch, "las ciencias que tienen que ocuparse de su propia metodología son ciencias enfermas" (*Einführung in die Rechtswissenschaft*, 12a. ed., 1969, p. 253.) Aunque por lo general resulte aceptado, este diagnóstico no se aplica al derecho comparado moderno. Para empezar, a los comparatistas de todo el mundo les tiene sin cuidado su método, ya que se ven a sí mismos como practicantes de una ciencia en estado experimental. Por otra parte, son muy pocos los textos sistemáticos que se han escrito en torno a los métodos del derecho comparado. No observamos, pues, siglos de la enfermedad señalada por Radbruch. Lo mismo cabe afirmar acerca del derecho comparado según lo han practicado los legisladores durante mucho tiempo. Desde que se instituyeron las grandes codificaciones europeas, las encuestas críticas y comparativas han precedido los decretos nacionales y las regulaciones internacionales de todos los tipos. Como estos procedimientos resultaron exitosos, no había lugar para preocupaciones metodológicas. Lo mismo podemos decir en torno al derecho comparado moderno como método crítico de la ciencia del derecho, según la define y practica Rabel, aunque en este caso las razones son diferentes: no cabe esperar que una disciplina de formación tan reciente cuente con un conjunto aceptado de principios metodológicos. Aun hoy, el método adecuado debe determinarse mediante un proceso gradual de ensayo y error. La experiencia ha enseñado a los comparatistas que no es posible definir de antemano un método pormenorizado; lo más que puede hacerse es tomar un método a manera de hipótesis y probar su utilidad y aplicabilidad contra los resultados que se obtienen de su aplicación práctica. Las teorías antiguas, algunas de cuyas características presentamos en el capítulo anterior, cometieron el error de suponer que las bases, las metas y los métodos del derecho comparado podían determinarse *a priori* de acuerdo con una filosofía o un esquema legal. Aun hoy, debemos dudar seriamente respecto de la posibilidad de presentar una metodología lógica y autosuficiente con aspiraciones de un funcionamiento imaculado. Lo más probable es que siempre quede en esta disciplina, así como en la ciencia del derecho en general—por no hablar ya de las aplicaciones prácticas de la ley—, un área en la que sólo queda aplicar un criterio apropiado, el sentido común o incluso la intuición. Pues cuando se trata de evaluar y determinar cuál de las soluciones disponibles es la mejor, el criterio al que se recurre en última instancia es, a menudo, la práctica y la percepción más inmediata de lo correcto.

Si hay en la actualidad una "ciencia enferma" en el sentido que asigna Radbruch a la expresión, no es por cierto el derecho comparado, sino la ciencia del derecho en general. Aun cuando se hayan denunciado una y otra vez los aspectos más negativos de la práctica tradicional —la irreflexión, la autosuficiencia y el dogmatismo—, se trata de vicios que, paradójicamente, manifiestan una sorprendente vitalidad. Aunque se han desarrollado métodos más realistas e innovadores, en especial los de la sociología empírica, sería inusorio suponer que aquéllos constituyen características de nuestro pensamiento legal. Uno de estos nuevos métodos es el derecho comparado, el cual se adapta de manera preeminente a situar la ciencia del derecho sobre una base sólida y realista. El derecho comparado no sólo expone la vacuidad del dogmatismo y de los sistemas legales sino, en virtud de que se obliga a sí mismo a abandonar las doctrinas nacionales para enfrentar directamente las demandas de principios adecuados y reales, da lugar a un sistema inédito y particular relacionado con dichas exigencias, transformándose, por consiguiente, en un método funcional y adecuado. El derecho comparado no se limita a criticar lo que observa, sino que puede zanjarse el camino hacia un mejor dominio de los materiales legales, a la formación de conceptos más profundos y, en fin, a un mejor derecho. Por tanto, conviene que prestemos una atención más estrecha al método de esta disciplina, no porque se trate de una ciencia enferma, sino porque la ciencia del derecho padece una enfermedad que sólo el derecho comparado puede curar.

Nos ocuparemos aquí no sólo de un método de *reflexión* —los principios cuya aplicación arrojan los resultados correctos—, sino también de un método de *trabajo*. En el ámbito del derecho comparado, ¿cómo se da inicio a una tarea? Esto es lo menos que el principiante puede esperar de una obra introductoria, es decir, que se le impartan las lecciones de la experiencia a fin de que no discorra en medio de la confusión ni pierda su tiempo en rodeos estériles.

II

Como en cualquier actividad intelectual, toda investigación en el ámbito del derecho comparado comienza con el planteamiento de una pregunta o la definición de una hipótesis de trabajo: en suma, con una idea. Con frecuencia, es un sentimiento de insatisfacción con las soluciones que aporta el propio sistema lo que impele al investigador a preguntarse si otros sistemas jurídicos no han producido algo mejor. A la inversa, puede ser un interés puro y desinteresado en los sistemas jurídicos extranjeros lo que engendrar la crítica al propio derecho y, de tal forma, produce la idea o hipótesis de trabajo.

El principio metodológico básico de toda actividad comparativa del derecho es el de la *funcionalidad*. De esta exigencia básica dimanan todos los demás principios que determinan la elección de leyes por comparar, los alcances de la actividad, la creación de un sistema de derecho comparado, etc. Como no es posible comparar cosas incompatibles, lo único que puede compararse en el ámbito del derecho son cosas que cumplan

con una misma función. Esta proposición puede parecer obvia, pero muchas de sus aplicaciones, por muy conocidas que sean para el comparatista experimentado, escapan a la percepción del principiante. Dicha proposición se fundamenta en lo que aprende cualquier comparatista, es decir, que el sistema jurídico de toda sociedad enfrenta esencialmente los mismos problemas, los resuelve por medios muy diferentes entre sí, y, a pesar de todo, obtiene resultados similares. La pregunta a la que ha de consagrarse cualquier estudio comparativo debe plantearse en términos puramente funcionales; hay que definir el problema sin hacer referencia a los conceptos contenidos en el propio sistema jurídico. Así, en vez de preguntarse: "¿De qué requerimientos formales se dispone para los contratos de ventas en el derecho extranjero?", lo mejor es plantearse lo siguiente: "¿Cómo protege el derecho extranjero a las terceras partes contra imprevistos, o contra las condiciones de un acuerdo carente de intenciones serias?" En vez de preguntarse: "¿Cómo regula el derecho extranjero el *Vorverschaff* y el *Nachverschaff*?", debemos esforzarnos por determinar cómo el derecho extranjero satisface el deseo de un testador de controlar sus bienes transcurrido mucho tiempo después de su muerte. Citemos otro ejemplo: sólo en Alemania nos encontramos con el concepto de *desaparición de envite* *quechimento* (*Wegfall der Bereicherung*, §818, párr. 3, BGB), pese a lo cual todos los sistemas deben resolver los conflictos que surgen cuando una persona a quien se obliga a devolver un objeto recibido bajo un contrato inválido no tiene ya dicho objeto. El comparatista nunca debe permitir que su visión se vea ensombrecida por los conceptos de su propio sistema nacional; dicho sea en términos comparatistas, siempre debemos concentrarnos en un problema concreto.

Con frecuencia, el comparatista bisoño concluye que un sistema extranjero no tiene "nada que decir" en torno a determinado problema. Es ahí donde se aplica el principio de funcionalidad. En ocasiones, aun los comparatistas experimentados buscan el principio que desean sólo en el lugar específico del sistema extranjero en el que la experiencia con su propio sistema les induce a esperar: inconscientemente, visualizan el problema con los ojos de su propio sistema. Si las investigaciones comparativas parecen conducir a la conclusión de que el sistema extranjero no tiene "nada que decir", habrá que replantear la pregunta original despojándola de todas las connotaciones dogmáticas del propio sistema. En particular, el sistema jurídico alemán presenta un grado de desarrollo conceptual tan avanzado, que sus practicantes lo conciben casi como producto del derecho natural, y enfrentan grandes dificultades cada vez que intentan distanciarse de sus conceptos. Es sólo cuando se ha buceado en todos los sistemas jurídicos extranjeros sin obtener fruto y se acude al abogado local como último recurso, cuando se puede concluir con certeza que no hay una solución al problema abordado. Esto pasa muy raras veces; y aunque ocurra, ello no es razón para dar por terminado el estudio comparativo. El preguntarse *por qué* un sistema extranjero no ha tenido la necesidad de generar una solución legal para determinado problema puede traducirse en interesantes conclusiones acerca del sistema e, incluso, del propio derecho. A veces, la solución que prescribe el sistema local resulta superflua, pues se le concibió a la luz de los afanes de integridad

teórica de los académicos que delinearon el *Código* (compárese el "acto simulado" [Scherzgeschicht] del §118 del BGB). A menudo la solución la aporta el uso o la práctica social, sin que llegue a tomar una forma legal específica. Lo mismo sucede cuando la estructura de la sociedad extranjera contiene algo que torna innecesaria la adopción de una solución jurídica. De nuevo, la investigación de diferentes percepciones de la justicia puede producir conclusiones interesantes.

Tal es, pues, la faceta negativa del principio de funcionalidad: que el comparatista debe desembarazarse de los supuestos de su propio sistema legal. El aspecto positivo, por su parte, nos indica las áreas del sistema jurídico extranjero por estudiar a fin de dar con un equivalente o análogo de la solución que persigue el estudioso.

Para el estudiante de los sistemas legales foráneos, el principio fundamental consiste en evitar todas las limitaciones y las restricciones. Esto se aplica en particular a la cuestión de las "fuentes del derecho", es decir del comparatista el visualizar como fuente de derecho cualquier cosa que conforme o afecte a la ley viva del sistema que escogió, así como cualquier aspecto que los juristas de ese país consideren como fuente de derecho, a fin de concederles el mismo peso y valor relativos que les asignan los abogados. En la misma medida que éstos, el comparatista debe estudiar los reglamentos y los códigos, los textos y los informes de casos, las formas normativas de los contratos y las condiciones generales de los negocios y, por último, los usos y las costumbres. Aunque lo anterior tenga una importancia decisiva para el método comparativo, no es suficiente. A modo de preparación para entender los requerimientos del método comparativo, Rabel advierte que "nuestra tarea es tan ardua como suelen exigir los ideales científicos..."; para luego explicar:

El estudioso de los problemas legales debe abarcar el derecho de todo el mundo, del pasado y del presente, así como todo aquello que afecta la organización del derecho, como la geografía, el clima y la raza, los acontecimientos que determinan el devenir histórico de los pueblos — guerra, revolución, colonización, subyugación —, la religión y la ética, la ambición y la creatividad de los individuos, las necesidades de producción y consumo, los intereses de los grupos, los partidos y las clases. Cada idea — y las hay de todos tipos — surte efectos propios, pues no son solamente el feudalismo, el liberalismo y el socialismo los que producen diferentes tipos de leyes, una vez adoptadas, las instituciones legales pueden generar consecuencias lógicas, siendo una de las más importantes la lucha por alcanzar un ideal político o legal. Todo interactúa en los planos social, económico y legal. El derecho que rige a los pueblos desarrollados observa un movimiento constante, y el caleidoscópico horizonte que constituyen dichas leyes es cose que nadie, hasta ahora, ha podido vislumbrar con claridad. (Véase la bibliografía de este capítulo, pp. 3 y siguientes.)

Sin embargo, debemos ser realistas. Sería demasiado presuntuoso aspirar a dominar todo este conocimiento de manera sistemática y tenerlo presente antes de iniciar cualquier tipo de investigación comparativa. Aun así, las exigencias de Rabel se justifican si las entendemos en el sentido de que el comparatista debe hacer cuanto esté en sus capa-

ciudades para aprender y recordar la mayor cantidad de datos acerca de las civilizaciones extranjeras, en especial aquellas cuyas leyes han engendrado las grandes familias que componen los sistemas jurídicos.

Con frecuencia, los autores insisten en las numerosas trampas, quimeras y espejismos que pueden ya sea frustrar o desviar los esfuerzos del estudiante de derecho comparado. Aquí, resulta imposible enumerarlas en su totalidad o prescribir recetas para evitarlas, ni siquiera mediante el artificio de mencionar a los equipos multinacionales dedicados a tareas comparativas. El mejor consejo que podemos dar al recién iniciado se resume en las siguientes palabras de Eichendorff: "Hüte dich, sei wach und munter" ("Observa, arrégate y mantente alerta"). Aun siguiendo este consejo, los comparatistas más sagaces cometen errores: cuando esto sucede, la costumbre dice que no se persiga ni se expulse de la profesión a quien cometió el error, sino que, de manera gentil, se le haga cobrar conciencia de su equivocación.

Rabel dijo alguna vez que, en el curso de sus exploraciones en territorio extranjero, los comparatistas pueden toparse con "aborígenes guerreros al acecho" (en *RabelsZ* 16, 1951, p. 341); no dejemos, empero, que la imaginación del autor perturbe la nuestra.

III

Imaginación y disciplina es lo que requiere el comparatista que desea encontrar en un sistema extranjero los principios que guardan una equivalencia funcional con las reglas que le interesan en su propio derecho. Podemos presentar muchos ejemplos, algunos de los cuales se abordan *in extenso* más adelante. Supóngase que intentamos facultar a las personas privadas de la capacidad de actuar por sí mismas (menores, enfermos mentales, personas bajo interdicción) para intervenir en asuntos legales. Para el abogado europeo, el concepto de *representante legal* es la solución ideal, cuando no la única respuesta imaginable. La idea es tan obvia que el abogado no se detiene a reflexionar en ella: desde que nacen, todos los menores cuentan con una persona — la autoridad juvenil de asistencia local si falla todo lo demás — que goza de facultades legales plenas para representarlos. No obstante, el *common law* ha sabido sortear este obstáculo sin necesidad de recurrir a tal institución legal. En los países regidos por dicho sistema, los padres de un menor no tienen el derecho ni la obligación automáticos de representar a aquél en asuntos jurídicos generales o en algún tipo de litigio. Cuando un menor entabla una demanda, lo hace por medio de una persona asignada para tal efecto por los tribunales; llámase a dicha persona *amigo cercano* o *tiutor*. Cuando el menor es demandado, los tribunales señalan, de forma similar, un "guardián *ad litem*", es decir, un tutor. En ciertas circunstancias, cuando un menor adquiere el derecho a heredar una propiedad, los tribunales designan a un "administrador *durante su minoría*". Además, en determinadas condiciones se puede declarar al menor en "tutela de la corte", mediante la que el propio tribunal asume los poderes de representación que, más tarde y en circunstancias norma-

les, transfiriere a otras partes. En el *common law*, los "fiduciarios" desempeñan las obligaciones que, en relación con las propiedades de un menor, se asignan en el derecho europeo continental al representante legal. Ya que, durante mucho tiempo, ha sido principio del derecho angloamericano transferir la propiedad no al propio menor, sino a un fiduciario que se encargue de administrarlo en representación de aquel. Sirva este ejemplo para demostrar que lo que el abogado de la región continental de Europa percibe como un problema institucional que se resuelve mediante determinada institución, el practicante del *common law* lo visualiza como un conjunto de problemas más específicos, los cuales resuelve recurriendo a una pluralidad de instituciones legales, casi todas ellas de antiquísimo linaje. (Véase la tercera sección del cap. 32.) Sin embargo, debemos reconocer que, aun cuando el sistema inglés posea una irresistible aura de antigüedad, es tan extremadamente complejo y difícil de entender que nadie soñaría siquiera en adoptarlo.

Lo anterior no debe dar pábulo a que concluyamos que sólo los sistemas continentales, con su tendencia a la abstracción y la generalización, den lugar a grandes conceptos generales, mientras que el *common law*, con sus hábitos inductivos e improvisados, produzca instituciones jurídicas de bajo nivel que se adaptan, de manera especialísima, a resolver ciertos problemas de índole concreta. Antes bien, la verdad puede ser todo lo contrario. Utilizaremos otro ejemplo que servirá para demostrar, una vez más, que aun cuando las instituciones jurídicas de diversos sistemas presenten marcadas diferencias desde el punto de vista histórico y conceptual, ello no significa que no desempeñen las mismas funciones merced a un procedimiento similar. Dicho ejemplo es nada menos que el *fideicomiso* de los angloamericanos. El fideicomiso parte de una idea simple pero brillante: los intereses en una propiedad se dividen entre un "fiduciario", quien goza de facultades de administración y disposición, y otros, a menudo de manera sucesiva, quienes tienen un derecho definido a las utilidades que produzca la propiedad. Los abogados utilizan este concepto en el derecho familiar, en la ley sucesoria, en las leyes de instituciones de beneficencia y en las sociedades mercantiles e, incluso, en las leyes relacionadas con el enriquecimiento injustificado; así, el fideicomiso satisface numerosas necesidades que se someten a la consideración de los abogados europeos, quienes las abordan armados de una parafernalia de instituciones legales en extremo heterogéneas.

Podemos presentar muchos ejemplos más. Un sistema puede satisfacer necesidades mediante la reivindicación o la acción negatoria, mientras que otros sistemas las subsumen por medio de una demanda por daños; las demandas de apoyo en un país se reemplazarán en otro país recurriendo a las instituciones públicas dedicadas al combate a la pobreza; y, por último, las exigencias de división de la propiedad en un país adoptarían la forma de mecanismos en las leyes sucesorias de otro país, o a la inversa. Todos estos ejemplos constituyen casos de *substitución* de un principio legal por otro, aun cuando presenten imprevistas conceptualmente distintas. Sin embargo, es frecuente que el comparatista deba trascender los mecanismos puramente legales al descubrir que la función que

cumple un principio jurídico en su propio sistema es desempeñado en un sistema extranjero no por una regla jurídica, sino por un fenómeno extrajurídico. La única forma de salir de este atolladero es investigar los hechos que subyacen a la ley. Así, puede haber condiciones generales en las actividades de negocios que no se expresan aún en los textos, pero que, en la práctica, rebasan o pasan por alto los principios jurídicos consagrados por el Poder Legislativo o Judicial. También puede haber reglas no escritas en relación con las prácticas comerciales, como los acuerdos tácitos, que impiden a una parte hacer uso de los derechos que le concede el sistema jurídico. Podría ocurrir, incluso, que un problema social en particular que sea regulado en un sistema mediante principios jurídicos no se regule en absoluto en otro sistema, donde se aplican mecanismos que funcionan de manera ajena al sistema jurídico. Desde luego, tales situaciones deben estudiarse, para luego incorporar sus resultados a la comparación, pues cuando un problema se soluciona por medios extrajurídicos, no cabe concluir llamadamente que el derecho extranjero no aborda el problema sin presentar una imagen falsa y engañosa aun del sistema legal sometido a comparación.

Un ejemplo de lo anterior lo representa la pregunta: ¿cuánto tiempo las ofertas ligadas al oferente? En el derecho alemán, el oferente se responsabiliza de su oferta en el sentido de que no puede retirarla, ya sea durante un periodo definido por él mismo o a lo largo de un periodo razonable (§145 del BGB). En el *common law*, que prohíbe la intervención legislativa, el oferente puede retirar su oferta en cualquier momento hasta que ésta se acepte, aun cuando haya declarado que su oferta permanecería vigente durante un periodo definido. La *realidad* en ambos sistemas es muy diferente de lo que podría inferirse a partir de estos principios jurídicos. Los comerciantes alemanes utilizan a menudo expresiones como *freibleibend, ohne Obligo y Lieferungs möglichkeit vorbehalten*, que también aparecen con frecuencia en las condiciones generales de los negocios, estas cláusulas no sólo previenen la obligatoriedad de la oferta, sino que ésta sea realmente una oferta, con el efecto de convertirla en una invitación a presentar ofertas, una *invitation offerendi*. Al contrario, el *common law* ha generado varios mecanismos que debilitan el efecto práctico del principio según el cual las ofertas pueden revocarse de manera libre. Lo que tiene un interés especial para nosotros es que existen impedimentos extralegales que limitan la revocación caprichosa: aunque dicha revocación posea efectividad jurídica, se considera desleal y, por consiguiente, no se practica. (Véase la sección V del cap. 26.)

Otro ejemplo ilustra la forma en que, a veces, el comparatista debe extender sus miras más allá del ámbito jurídico estricto. Podría pensarse que todos los sistemas legales desarrollados deben contar con principios que protejan al comprador de terrenos contra los daños que pudieren resultar de cualesquier derechos vigentes y desconocidos de terceros. Sin embargo, el sistema alemán, con sus registros catastrales y su concepto de *confianza pública* (*öffentlicher Glaube*) era y sigue siendo casi único. En años recientes, este sistema fue imitado en otros países, entre los que se destaca Francia, e incluso por los sistemas angloamericanos, pues el método de registro que se emplea en

estos últimos países fructifica sólo en unas pocas áreas caracterizadas por una alta densidad poblacional. Sin embargo, Inglaterra y Estados Unidos de América siguen aplicando el antiguo sistema de *trazapaso*, por el cual el abogado del adquirente tiene que estudiar los documentos que proporciona el vendedor para verificar que no se rompa la cadena en la transmisión de los títulos. Lo complejo y costoso de este sistema ha dado lugar a la proliferación de las llamadas *compañías de aseguramiento de escrituras* en Estados Unidos de América, que son aseguradoras privadas que protegen al asegurado contra cualesquier pérdidas que pudiera sufrir en caso de que los derechos de un tercero disminuyan el valor de su propiedad. Estas compañías formalizan los contratos de aseguramiento sólo después de investigar en sus propias fuentes y tras determinar que el riesgo de que surjan conflictos de intereses es mínimo. Con frecuencia, adquieren propiedades de monopolio en las localidades donde operan y han venido trabajando desde los primeros años del siglo XX, de ahí que la información con que cuentan sea bastante exhaustiva. De hecho, la función con la que cumple el catastro alemán la desempeñan en Estados Unidos los expedientes y registros de las compañías aseguradoras de escrituras. (Para mayores detalles en torno al "trazado" y las compañías aseguradoras mencionadas, véase el estudio comparativo de Von Hoffmann, *Das Recht des Grundstückskaufs*, 1982.)

Los ejemplos que expusimos apuntan a la conclusión a la que frecuentemente llega el comparatista en el sentido de que casi puede hablarse de un principio básico en el derecho comparado: los distintos sistemas jurídicos prescriben soluciones idénticas o muy similares, aun en los detalles, a los mismos problemas de la vida, pese a significativas diferencias en historia, estructura conceptual y estilo de operación. Ciertamente, hay muchas áreas de la vida social en las que se aprecia una honda impronta moral y ética cuyas raíces se remontan a determinados aspectos de la religión dominante, la tradición histórica, el desarrollo cultural o el carácter popular. A tal grado determinantes son las diferencias de estos factores entre uno y otro pueblo, que no cabe esperar congruencia entre los principios que gobiernan dichas áreas de la vida. ¿Debe limitarse la libertad de herencia en favor de los intereses de la viuda o la familia del finado? ¿En qué condiciones ha de concederse el divorcio? ¿Debe permitirse el matrimonio entre personas del mismo sexo, o bien, instituir un régimen jurídico comparable? ¿Se debe permitir la adopción a las parejas no casadas? Los sistemas legales proporcionan diferentes respuestas a estas preguntas, muchas de las cuales son propugnadas con un fervor tal que, cuando los tribunales tienen la oportunidad, gracias al principio de la ley de conflictos, de aplicar una regla de origen extranjero, suelen preguntarse si ese principio coincide con el *orden público* de su propia jurisdicción. Por tal razón, hay áreas en el derecho comparado en las que las decisiones deben suspenderse, ya que el estudio simple-mente no puede determinar cuál solución es la mejor.

Así, durante más de una década la Unión Europea se ha esforzado infructuosamente por crear una organización ("*societas Europaea*") que funcione en las mismas condiciones en to-

dos los Estados miembros. El principal obstáculo es que los Estados tienen conceptos muy diferentes respecto a la participación —en caso de que acepten siquiera ésta— de los trabajadores en los procesos de toma de decisiones dentro de dicha organización. De nuevo, aun cuando no debemos acenirar las diferencias entre Inglaterra y la región continental en asuntos de procedimientos civiles, muchas de ellas reflejan la presencia de ideas hondamente enraizadas en las respectivas culturas legales; por ejemplo, los juristas ingleses están convencidos de que la única forma de emitir un veredicto es mediante un "juicio", es decir, un solo procedimiento oral, continuo y concentrado, en el que las partes construyan su caso en una sesión única —afirmaciones de hechos, presentación de pruebas, argumentos legales— en la presencia de un magistrado, quien deberá tomar una decisión de manera inmediata. (Véase más adelante, pp. 287 y siguientes.)

Sin embargo, haciendo a un lado los temas impregnados de conceptos o valores morales, los cuales se encuentran en el derecho familiar y en las leyes sucesorias, para concentrarnos en las partes del derecho privado más "apolíticas", descubrimos que, en términos generales, los países desarrollados responden a las necesidades de los negocios de formas iguales o muy similares. En verdad, podríamos afirmar que *presumptio similitudinis*, o sea que en la práctica los resultados son muy semejantes. Este procedimiento es de gran utilidad en dos sentidos. Para iniciar un estudio comparativo, lo empleamos como principio heurístico, pues nos indica a cuáles fuentes debemos recurrir en el derecho y en la vida jurídica del sistema extranjero a efecto de observar similitudes y sustituciones. Al término del estudio mencionado, dicho principio puede utilizarse para revisar nuestros resultados: el comparatista deberá darse por bien servido cuando sus investigaciones en los materiales relevantes lo lleven a la conclusión de que los sistemas comparados obtienen resultados idénticos o similares. Empero, si descubre que hay diferencias significativas o, de hecho, resultados opuestos, deberá tomar esto como una advertencia, por lo que habrá de comprobar si los términos en los que planteó la pregunta original eran funcionales y si, en efecto, ha extendido la red de sus investigaciones suficientemente lejos.

IV

La pregunta en cuanto a la forma y a los alcances que deberán tener sus investigaciones guarda relación estrecha con el significado y la finalidad —en realidad, con los métodos de reflexión mismos— del derecho comparado. Tal es la razón de que hayamos decidido abordar este tema desde el principio, para concluir que el comparatista debe sumergirse en lo más profundo de los sistemas que escoja. Sin embargo, hay una pregunta que precede a todo esto, referida a los sistemas legales que se han de escoger con fines de comparación. Aquí, conviene adoptar una actitud cautelosa, no tanto porque resulte difícil tomar en consideración todos los aspectos, sino porque la experiencia demuestra que no bien se intenta abarcar una amplia gama de sistemas legales, se pone en marcha la ley

de los rendimientos decrecientes. Hay buenas razones para explicar esto. Con frecuencia, los sistemas jurídicos maduros son adoptados o emulados por otros; mientras estos llamados *sistemas legales afiliados* conserven el estilo del sistema imitado, carecerán de esa mezcla de originalidad y equilibrio para resolver problemas que caracteriza al sistema legal *significativo*. En caso de encontrarse en tal etapa de desarrollo, el comparatista puede pasar por alto los sistemas afiliados para centrarse en el sistema original. No obstante, esta proposición debe tomarse más como una regla de trabajo que como una conclusión definitiva en torno al quehacer comparativo, ya que en la realidad estos temas suelen ser más sutiles y complejos.

Para ilustrar lo delicado de esta situación, tomemos el caso del estudio del derecho comparado que desea incorporar los sistemas derivados del derecho romano a su estudio comparativo. Además de Francia, el sistema de origen, debe considerarse también el derecho italiano que, detrás de la fachada que presentó en las etapas formativas, posee un impresionante caudal de ideas en torno a cuestiones privadas, estimulado, quizá, por la codificación de 1942. Los sistemas jurídicos de España y Portugal, por otra parte, no requieren ni justifican una investigación intensiva.

Lo mismo cabe afirmar acerca de la familia jurídica a la que pertenece el *common law*. El comparatista del siglo XVIII podía dirigir sus esfuerzos al derecho inglés y pasar por alto el derecho estadounidense sin temor a las consecuencias. Hoy, la situación es muy diferente, si no a la inversa. Aun cuando Inglaterra sea, sin lugar a dudas, la cuna del sistema original, el derecho de Estados Unidos de América, aunque pertenecen a la misma familia, ha desarrollado un estilo a tal grado propio (véase el cap. 17 de esta obra) que el comparatista cometería un grave error si basara su análisis en las leyes inglesas excluyendo el derecho estadounidense.

Resulta difícil prescribir en términos generales los métodos que debe adoptar el comparatista para limitar sus investigaciones, ya que ello depende del tema que haya escogido para estudiar. Si su interés se dirige a la comparación de diferentes familias legales, y no a instituciones o soluciones para problemas particulares, entonces puede circunscribirse a los sistemas generadores de las grandes familias legales. Si, por otra parte, el comparatista se ocupa de cuestiones particulares, se le puede recomendar que aplique la siguiente regla general. Algunos problemas del derecho privado, especialmente de la ley de contratos, perjuicios y propiedad, constituyen casos "clásicos". Para éstos, suele bastar el estudio de las leyes inglesas y estadounidenses dentro de la familia anglosajona, las leyes francesas e italianas en la tradición romana y, en los sistemas germánicos, las leyes alemana y suiza (si bien, en este último caso, el abogado local no guardaría la distancia suficiente para discernir adecuadamente).—Pese a las barreras lingüísticas, se recomienda consultar las leyes de Dinamarca y Suecia, pertenecientes a los sistemas nórdicos, en virtud de que carecen de dogmas. Si se trata de cuestiones más específicas, ajetas a los dominios estrictos del derecho privado que ya mencionamos, se deberá aplicar un principio de selección diferente, si bien, en estos casos, resulta difícil pasar por alto los sistemas originales. Consideremos unos pocos ejemplos: las cuestio-

nes relacionadas con la legislación antimonopolio deberán remitirse al derecho estadounidense y no al francés; la responsabilidad limitada en actividades comerciales es una de las especialidades, aunque no la más destacada, del derecho de Liechtenstein; la imparcialidad de los procesos ha recibido más atención en Inglaterra que en ningún otro país. Por último, puede haber problemas legales de notable especificidad que representen retos especialísimos para los legisladores y magistrados de todo el mundo. Entonces, el comparatista puede verse obligado a considerar las soluciones que proponen las jurisdicciones pequeñas. Así, *Inglaterra* ha tenido más casos vinculados con el transporte marítimo que cualquier otro país; *Suecia* ha inventado originales métodos para proteger a los consumidores que contrastan pólizas de seguros o que alquilan viviendas; la provincia canadiense de *Quebec* ha reemplazado la ley de perjuicios por los seguros contra accidentes a fin de compensar a las víctimas de accidentes carreteros, y, por último, *Nueva Zelanda* decidió extender lo anterior a todos los casos de accidentes (véase la sección VI del cap. 42). En el ámbito del derecho familiar, hay mucho que aprender de la legislación de los países *escandinavos*, pues su experiencia es de todo punto insustituible para el comparatista que desea realizar una elección adecuada de los sistemas por estudiar.

Drobnig (véase la bibliografía de este capítulo) pone en duda el principio según el cual el comparatista debe estudiar sólo los grandes sistemas "originales". Explica que estos sistemas no poseen el monopolio de la inventiva en derecho y que, por consiguiente, el comparatista debe invocar todos los sistemas legales del mundo que puedan aportar algo para la resolución del problema que se estudia. Después de realizar una investigación de alcances mundiales, el comparatista ha de presentar, en la forma que adopte en un sistema representativo, cada uno de los diferentes tipos de solución que pueda detectar. Drobnig expuso esta idea en el contexto de la *Enciclopedia internacional de derecho comparado*, una empresa respaldada por abundantes recursos financieros y en la que participaron cientos de comparatistas de todas las nacionalidades. En el caso de investigaciones exhaustivas como la mencionada (véase Zweigert, en *Kabelitz* 31, 1967, p. 539), es posible y justificable acceder a las extensas de Drobnig, ya que suelen tomarse todas las medidas requeridas para que cada uno de los estudiosos visite bibliotecas y entreviste a colegas expertos en casi todos los países del mundo, a fin de obtener una perspectiva completa de los sistemas legales del mundo. En una situación tal no hay necesidad de excluir *a priori* y sin mayor investigación ninguno de los sistemas legales, aun cuando éstos carezcan de experiencia y, por consiguiente, no sirvan para probar ni someter a crítica las soluciones adoptadas. Empero, la mayoría de las investigaciones comparativas no es realizada por equipos internacionales con medios para estudiar todos los sistemas legales del mundo, cosa que, por lo demás, no siempre sería lo más adecuado. El derecho comparado es útil y necesario cuando lo realiza un solo estudioso, y la comparación de los sistemas individuales, a diferencia de los de todo el mundo, resulta, además de importante, indispensable. Así, aunque la selección de sistemas puede ser difícil, es inevitable desde el punto de vista práctico. Ante la necesidad de realizar una selección, lo más conveniente es adoptar un criterio al respecto, para lo cual las reglas prácticas que delineamos anteriormente —que no son más que eso, reglas prácticas— representan un útilísimo punto de partida.

Al adentrarnos en los sistemas legales seleccionados, realizamos comparaciones todo el tiempo, a menudo de manera inconsciente; sin duda, la comparación representa un estímulo para la tarea, además de que contribuye a definir la selección de materiales. Pero como actividad creativa que no se limita a la mera absorción de los datos, el proceso propiamente comparativo comienza sólo cuando se han concluido los informes respecto de los diferentes sistemas legales. El presentar dichos informes antes de acometer la tarea comparativa representa un método de investigación aceptado, así como una forma reconocida de construir obras sobre derecho comparado. Se deben elaborar informes separados para cada sistema legal o familia de sistemas legales, con la característica de la objetividad, esto es, no deben contener evaluaciones críticas, aun cuando presenten todas las calificaciones o modificaciones significativas. Debe familiarizarse a quien utilice una obra de derecho comparado con los materiales básicos pues, de no ser así, resultará imposible realizar las comparaciones necesarias; en todo caso, lo más recomendable es brindar acceso a los juristas a los sistemas legales que desconozcan. Ocasionalmente, un tema poco usual exigirá un método de estudio diferente, por ejemplo, cuando el problema sujeto a escrutinio comprende varias subpreguntas o se divide en casos de tipos diferentes; en tales situaciones, puede ser necesario dedicar un análisis separado a cada subpregunta o tipo de caso, para luego proporcionar un informe nacional respecto de cada uno de aquéllos.

La mera yuxtaposición no comentada de las leyes de diferentes jurisdicciones no es derecho comparado, sino sólo un paso preliminar. La comparación real a la que se da inicio entonces es la parte más difícil de cualquier obra de derecho comparado; el proceso se ve a tal grado afectado por las singularidades del problema y de sus soluciones en los diferentes sistemas, que es imposible extraer principios sólidos de ese material. Lo único que podemos hacer es formular unas pocas generalidades básicas.

Sobra aclarar que el análisis comparativo revelará las diferencias entre las soluciones reales. En verdad, es la sorpresa que causa el descubrir la existencia de dichas diferencias lo que nos impulsa a realizar investigaciones comparativas. Empero, no es mucho lo que se gana con mencionar las similitudes y divergencias que descubrimos, pues ello equivale a repetir, de forma más precisa, lo que contienen los informes de cada jurisdicción. Esto puede bastar cuando cada una de las jurisdicciones brinda una solución clara y comprensible al problema de que se trate, aunque la realidad no suele ser tan sencilla, como lo demuestran los ejemplos que presentamos antes. Además, son las cuestiones legales más sutiles las que justifican un análisis de tipo comparativo. En esta etapa, el proceso de comparación comprende la adopción de una nueva perspectiva desde la cual han de considerarse todas las diferentes soluciones. La objetividad del informe que define las leyes de una jurisdicción en particular brindará una representación exhaustiva de la solución legal que requiere un problema práctico, aunque dicha solución se plantee "en sus propios términos", es decir, con sus propios principios o decisiones le-

gales, su forma conceptual característica y su contexto sistemático. Sin embargo, cuando se da inicio al proceso comparativo, es necesario liberar a cada solución del contexto de su propio sistema para que, antes de que se emprenda la evaluación, se le sitúe en el contexto de las soluciones aportadas por las demás jurisdicciones sujetas a estudio. También en este caso debemos aplicar el principio de la funcionalidad: las soluciones que detectemos en las diferentes jurisdicciones deben aislarse de su contexto conceptual y despojarse de todo acento doctrinal nacional a fin de que se les pueda visualizar a la luz de su función, como un intento de satisfacer una necesidad legal particular. Si descubrimos que los países satisfacen una misma necesidad de maneras distintas, debemos preguntarnos por qué. Se trata de una tarea bastante difícil, ya que la explicación puede encontrarse en cualquier sector de la vida social, al punto de que podríamos vernos precisados a incursionar en los dominios de otras ciencias sociales, como la economía, la sociología o la ciencia política. (Véase las pp. 12 y ss. de esta obra.)

VI

El siguiente paso en el proceso comparativo es la construcción de un sistema. Para ello, se necesita crear una sintaxis y un vocabulario especiales, que también son necesarios, de hecho, para realizar estudios comparativos en torno a temas específicos. Dicho sistema debe contar con la virtud de la flexibilidad, así como contener conceptos lo suficientemente amplios como para abarcar el heterogéneo conjunto de instituciones legales que pueden compararse desde una perspectiva funcional. Consideremos el siguiente ejemplo: de una u otra forma, todos los sistemas jurídicos tienen que distinguir entre las expresiones personales que suscitan un efecto de responsabilidad de las que no contienen esa carga, aun cuando los tecnicismos legales que empleen unas y otras sean muy diferentes. Una opción sería insistir en los requerimientos puramente objetivos (formalidad, la tipicidad del objeto, *quid pro quo*), mientras que en una etapa más desarrollada se pueden delegar a un juez dichos requerimientos como cuestión interpretativa pura. Así, el sistema del derecho comparado debe contar con una categoría que incluya la "forma", la "causa" (en una de sus protéticas acepciones) y la "consideración", señalando, asimismo, que su propósito es discernir entre las expresiones voluntarias de responsabilidad y el mero pronunciamiento social: quizá en este caso se aplicarían los "índices de formalidad".

Ciemos otro ejemplo. Se ha dicho que el principio según el cual el enriquecimiento injustificado debe reponerse posee el atributo de la "ubicuidad" (Esser, véase la bibliografía de este capítulo, p. 367), lo cual es cierto. Sin embargo, dicho principio tiene varios aspectos y desempeña diversas funciones. Lo que un sistema concibe como una demanda de restitución se expresa en otro como una demanda por daños y, en un tercer caso, como una demanda por rescisión de contrato. Aquí, el sistema de derecho comparado debe dar con uno o varios conceptos más generales que se relacionen con la

función común a estas demandas, uno para cada función de demandas de reposición, capaz de incluir exigencias de tipos diferentes pero con objetos prácticos similares: quizá podríamos derivar una "restitución de pagos equívocos", una "restitución por venta de propiedad ajena", una "restitución por uso injustificado de la propiedad de otro", etc. (Véase Von Caemmerer, "Bereicherung und unerlaubte Handlung", en *Festschrift Rabel I*, 1954, p. 333.) Tenemos ejemplos más simples: debemos hablar de *violación de contrato* en vez de *Unmöglichkeit* [imposibilidad], *responsabilidad por otros* es una expresión más adecuada que *responsabilidad por asistentes*, *responsabilidad por empleados* o *responsabilidad superior*; *responsabilidad estricta* es un término más extenso que *Gefährdungshaftung* o *theorie du risque*, etcétera.

Así, el sistema del derecho comparado presentaría el aspecto de una estructura bastante imprecisa. Los conceptos que lo constituyen extienden una red más amplia que la de los sistemas nacionales: esto se debe a que el enfoque funcional del derecho comparado se concentra en el problema vivo y real que suele alentar, sin que nadie lo perciba, detrás de los conceptos que componen los sistemas nacionales. Sin embargo, el sistema que produce el derecho comparado es coherente desde el punto de vista funcional: sus conceptos identifican las demandas que plantea a la ley un sector particular de la vida en todos los sistemas donde las condiciones sociales y económicas son similares, proporcionando un contexto realista dentro del cual se comparan y contrastan diversas soluciones, por mucho que éstas difieran en lo técnico o en lo sustancial. Drobniig ha demostrado que cuanto más amplios sean los alcances de una obra comparativa, tanto más necesario —aunque también más difícil— será el desarrollo de esos conceptos estructurales. (Véase la bibliografía de este capítulo, pp. 228 y ss.) Tal cometido posee una naturaleza similar a la del bibliotecario que requiere un sistema de conceptos supranacional para clasificar sus materiales de origen extranjero en categorías temáticas y no, simplemente, en grupos nacionales.

Hoy, más que nunca, se vislumbra con claridad la posibilidad de una ciencia del derecho internacional. Tras un periodo de estudios legales nacionales en el que se generaron elaboradas estructuras académicas y doctrinales, cada una con características aparentemente originales e irrepetibles, el derecho privado puede recuperar, una vez más, el lugar que ocupaba en la era del derecho natural: un objeto ideal para las investigaciones internacionales, sin que ello implique que pierda su aspiración a la exactitud y la objetividad científicas. A este descubrimiento de que el derecho, y en particular el derecho privado, puede estudiarse fuera de las fronteras nacionales, el derecho comparado ha hecho una notable contribución, aun cuando haya otras disciplinas legales que también zanjaron el terreno para tal empresa. La jurisprudencia de los intereses, la *Freirechtsschule*, la sociología del derecho, el realismo legal: todas estas especialidades han desempeñado un notable papel al criticar el nacionalismo conceptual, demostrando la erudición circunscrita a los territorios nacionales e insistiendo en que la ciencia del derecho debe consagrarse a los problemas reales de la vida, no a las elaboraciones conceptuales dirigidas a resolver aquellos. El derecho es una "ingeniería social", y la ciencia del derecho

una ciencia social. Los comparatistas están conscientes de esto: se trata, en verdad, del punto de partida intelectual y metodológico de su disciplina. Por tal razón, el derecho comparado guarda una relación estrecha con las tendencias más actuales de la ciencia del derecho al preguntarse cuál puede ser la función de las instituciones legales en distintos países, en vez de investigar su estructura doctrinal; asimismo, al ordenar las soluciones de los diversos sistemas sobre una base realista sometiendo a prueba su sensibilidad a las necesidades sociales que intentan satisfacer. Al incorporar la dimensión internacional, genera un suministro de materiales que excede la imaginación del más sagaz de los juristas nacionales. En el prólogo al *Geist des römischen Rechts*, de Ihering, se esboza ya la visión de una ciencia jurídica comparada y universal:

...la ciencia del derecho ha degenerado en la jurisprudencia de los Estados nacionales, limitada, como éstos, por fronteras políticas, en lo que representa una postura desalentadora e inadecuada para una ciencia. Pero de la ciencia del derecho misma depende liberarse de estas cadenas y redescubrir, de una vez para siempre, la virtud de la universalidad de la que gozó durante mucho tiempo: para ello, habrá de recurrir al elemento diferencial del derecho comparado. Contará con un método propio, una visión más amplia, un juicio más maduro, un acercamiento menos constricto a sus materiales: la pérdida aparente [de la comunidad formal del derecho romano] resultará en la realidad un gran beneficio, pues ello conferirá al derecho un nivel de cientificidad más alto (Ihering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Parte I, 7a. y 8a. ed., 1924, p. 15).

La visión de Ihering está a punto de convertirse en realidad: en gran medida, es mérito del derecho comparado el haber creado esta situación. Si, desde el punto de vista funcional, concebimos el derecho como una actividad reguladora de los hechos sociales, es porque los problemas legales de todos los países son similares. Cada sistema jurídico del mundo está sujeto a los mismos cuestionamientos y a las mismas normas, aun cuando se trate de países con diferentes estructuras sociales o etapas de desarrollo. Nuestra ciencia del derecho universal debe tener una estructura y un aparato conceptual suficientes para ordenar, organizar y transmitir sus materiales; líneas arriba explicamos la forma que deben adoptar estas tareas, las cuales no pueden realizarse sobre una base apriorística, sino de manera inductiva, mediante experimentos comparativos continuos. Sólo así comenzará nuestra disciplina a tomar una dimensión internacional auténtica. Aun cuando se hayan realizado grandes progresos, casi todas las obras alemanas de derecho comparado siguen partiendo de una cuestión particular o de una institución legal del derecho alemán, la cual analizan de forma comparativa, para terminar, después de evaluar los descubrimientos realizados, extrayendo conclusiones —propuestas de reforma, nuevas interpretaciones— sólo para el derecho alemán. El quehacer comparativo de otros países también presenta esta característica, a la cual podríamos denominar *derecho comparado nacional*. Lo que debemos trazarnos como objetivo es un derecho comparado verdaderamente internacional con el cual se constituyan los cimientos de una ciencia del derecho universal. Esta nueva ciencia podría brindar al estudioso nuevos métodos de reflexión,

nuevos conceptos sistemáticos, nuevas formas de plantear preguntas, nuevos materiales por descubrir y nuevas normas críticas: los alcances científicos del practicante se ensancharían al incluir la experiencia de toda la ciencia del derecho del mundo, con lo cual podría acceder más fácilmente a dichos materiales. Por último, esta nueva ciencia favorecería la mutua comprensión de los juristas de diferentes nacionalidades, mitigando los malentendidos que generan los prejuicios, las limitaciones y los vocabularios de los diferentes sistemas.

VII

Luego de concluir sus investigaciones, el comparatista ha de realizar una evaluación crítica de lo que descubrió. En ocasiones, por las razones que expusimos antes (véase p. 44), una de las soluciones parecerá "mejor" o "peor". A veces, sin embargo, observará que las diferentes soluciones tienen la misma validez o que, para decirlo con Rabel, "resulte difícil tomar una decisión razonada". (En *Rabelsz* 16, 1951, p. 357.) Con frecuencia, detectará una clara superioridad en una de las soluciones. Por último, es posible que trate de ingeniar una nueva solución, mejor que todas las demás, a partir de ciertas partes de las diferentes soluciones nacionales. El comparatista debe tomar en consideración todo esto y conducirse de manera explícita al respecto. Claramente, Rabel deseaba que se distinguiese dicha evaluación, con base en criterios políticos, de lo que debemos considerar propiamente como derecho comparado, es decir, como una "actividad distinta... Ya que, aun cuando no haya tareas exentas de subjetividad, la sola comparación de leyes basta para conferir a sus conclusiones y pronunciamientos teóricos un grado mayor de validez general que los juicios y las conclusiones de valor dirigidas a cuestiones prácticas, como las políticas legislativas..." ("*Fachgediehe*", véase la bibliografía de este capítulo, p. 186.) Hay mucho por decir acerca de si la evaluación crítica del derecho representa una actividad científica válida, esta cuestión se relaciona con el célebre debate en torno a la teoría pura del derecho de Kelsen, aunque no es éste el lugar más apropiado para formular una respuesta definitiva. El hecho es que, para decirlo con Rabel, "los abogados habituados a la crítica y movidos por el deseo de mejorar el derecho no pueden abstenerse de emitir comentarios acerca de un principio práctico mejor".

En realidad, el comparatista ocupa una posición inmejorable para conducir sus investigaciones con ojo crítico. Si él no lo hace, nadie más lo hará; y si nadie lo hace, el derecho comparado merecerá el acervo calificativo que aplicó Binder a "una actividad consistente en apilar bloques de piedra que nadie utilizará con fines de construcción". El comparatista utiliza los mismos criterios a los que recurre cualquier abogado para decidir cuál de las soluciones disponibles es la más justa y adecuada. El comparatista no es más diestro en esta tarea que el abogado que prefiere mantenerse fiel a las raíces del derecho de su país, si bien cuenta con más materiales a su disposición, conoce solucio-

nes que acaso nunca se le ocurrirían al abogado nacional, por muy imaginativo que sea y al que, en última instancia, no le ciega la fe en la superioridad de su propio sistema. Si se nos objeta que la evaluación posee una naturaleza subjetiva, podemos emplear una vez más las palabras de Rabel para rebatir dicho aserto: "Si el panorama que presenta un estudioso revela su formación o su educación, la colaboración internacional se encargará de corregir ese defecto" (*Rabelsz* 16, 1951, p. 359).

Bibliografía

- Ancel, *Utilité et méthodes de droit comparé*, 1971.
- Constantinesco, *Rechtsvergleichung II: Die rechtsvergleichende Methode*, 1972.
- Dölle, "Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung", en *Rabelsz* 34, 1970, p. 403.
- Drobnig, "Methodenfragen der Rechtsvergleichung im Lichte der 'International Encyclopedia of Comparative Law'", en *Ius privatum gentium, Festschrift Max Rheinstein I*, 1969, p. 221.
- Eörsi, *Comparative Civil (Private) Law*, 1979.
- Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 2a. ed., 1964.
- Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, 4 vols., 1975-1977.
- Frankenberg, "Critical Comparisons: Re-Thinking Comparative Law", en *26 Harv. Int. L.J* 457, 1985.
- Jescheck, *Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung*, 1955.
- Kahn-Freund, "Comparative Law as an Academic Subject", en *82 LQ Rev.* 40, 1966.
- Kötz, "Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik", en *Rabelsz* 54, 1990, p. 203.
- Neumayer, "Ziele und Methoden der Rechtsvergleichung", en *Recueil des travaux suisses pré-sentés au Congrès international de droit comparé* 9, 1976, p. 45.
- Rabel, *Aufgabe und Nohnwendigkeit der Rechtsvergleichung*, 1925, reproducido en Rabel, *Gesammelte Aufsätze* III, ed. Leser, 1967, p. 1.
- , "Die Fachgebiete des Kaiser-Wilhelm-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht", en *25 Jahre Kaiser Wilhelm-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften* III, 1937, p. 77, reproducido en Rabel, *Gesammelte Aufsätze* III, ed. Leser, 1967, p. 180.
- Rheinstein, "Comparative Law—Its Functions, Methods and Usage", en *22, Ark. L. Rev.* 415, en Rheinstein, *Gesammelte Schriften* I, 1979, p. 251.
- , *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 2a. ed., 1987.
- Sandrock, *Über Sinn und Methode der zivilistischen Rechtsvergleichung*, 1966.
- Schlesinger, "The Common Core of Legal Systems, An Emerging Subject of Comparative Study", en *Twentieth Century Comparative and Conflicts Law, Legal Essays in Honor of Hassel E. Yntema*, 1961, p. 65.
- Zacher (ed.), *Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs* 1977.
- Zweigert, "Rechtsvergleichung, System und Dogmatik", en *Festschrift Bittcher*, 1969, p. 443.
- , "Die kritische Wertung in der Rechtsvergleichung", en *Festschrift Schmitthoff*, 1973, p. 403.