

Crítica a la comparación jurídica y al método que emplea

*Marcos D. Silva Maldonado**

El presente trabajo constituye un primer abordaje crítico a la comparación jurídica que se ha aplicado a lo largo del tiempo y por diferentes pueblos, donde las aspiraciones por engendrar un Derecho universal y único resultan ser la tendencia de quienes dirigen la economía mundial. Asimismo, establecemos el debate de la existencia o diferencia de un método y una metodología en la comparación jurídica, revisada esta cuestión desde un punto de vista teórico. Los resultados nos permiten ver las diferencias de la aplicación de las normas jurídicas de cada pueblo, y los efectos jurídicos que trae consigo esta práctica.

The present paper constitutes a first critical approach to legal comparison applied along the length of time and by different peoples, where aspirations by generating a single and universal law are the trend of those who direct the global economy. We also set the debate the existence or difference of a method and a methodology compared the legal, revised this issue from a theoretical point of view. The results allow us to see the application of legal norms of each people, and the legal effects that brings this practical differences.

SUMARIO. Introducción / I. Crítica a la idea de que la metodología comparada es científica / II. Sobre los fines de la metodología comparativa / III. Conclusiones / Bibliografía

Introducción

El presente trabajo¹ es una primera aproximación, desde un ángulo que no se desarrolla, a la comparación jurídica, donde a partir de críticas en torno al empleo del método y la metodología, nos inmiscuimos, paulatinamente en un tema cuyos

* Miembro del Grupo de Investigación en Derechos Humanos y Marginalidad de la UAM-A.

¹ Este trabajo es un abordaje inicial a la temática de la comparación jurídica desde una perspectiva que no suele realizarse; sin embargo, no está planteado en ramas del derecho como la laboral, fiscal, penal, etcétera.

Sección Doctrina

contenidos nos llevan al análisis de esa actividad. Debido al auge de modelos económicos viables únicamente para un sector de la humanidad, la aplicación de la norma jurídica comparada engendra un sinfín de exclusiones y animadversiones, es decir, la comparación jurídica ha sido utilizada para acrecentar los sistemas jurídicos de cada pueblo, pero, también ha construido incomprendiones en torno al fenómeno del derecho en sí mismo; incluso en la forma en que lo aplica cada pueblo, que perpetúa su existencia secular y orgánicamente, encontramos yuxtaposiciones del humano en su acceso a la justicia.

Las conclusiones servirán para tomar un punto de partida sobre la comparación jurídica, adelantándonos un poco, resalta la idea de los comparatistas que conciben la vida como un anquilosamiento donde el derecho, a través de la comparación, es el medio para la movilidad y el “progreso” de los pueblos. No cabe duda que la comparación jurídica, en muchas ocasiones, resulta una impostura, sostenida por cánones económicos mundiales donde los dictados del capital son los que marcan la pauta que señala el camino por el que deben transitar los distintos pueblos a través de sus normas jurídicas.

El abordaje está constituido fundamentalmente, a partir de una postura teórica ello no quiere decir que soslayemos la práctica jurídica, sino que las abstracciones obtenidas muestran la dinámica que ha recorrido la comparación jurídica, identificada en muchas ocasiones como derecho comparado, método jurídico comparativo o metodología jurídica comparativa. No obstante, el acercamiento permite prefigurar las diferencias teóricas y doctrinarias que ha tenido este tema. El estudio del derecho en el momento actual debe contextualizarse en la esfera internacional, en tanto que estamos obligados a entender las relaciones comerciales entre los distintos estados.

I. Crítica a la idea de que la metodología comparada es científica

Una práctica jurídica recurrente desde el derecho romano, pasando por la Edad Media, hasta nuestros días² han sido los estudios comparativos de documentos cuyos matices correspondieron a contextos históricos que requirieron ciertos mecanismos legales a través de relaciones políticas para desarrollar la práctica de la comparación de los propios documentos jurídicos, y que hoy en día cobra relevancia, en realidad no porque satisfagan a la colectividad, sino que los grupos hegemónicos requieren de la univocidad de normatividades para el intercambio comercial y aspectos relacionados con la cuestión monetaria.

² N. E. En este periodo podemos ubicar a las escuelas de *Pavía y Bolonia*, a los *Humanistas*, a la escuela del *Derecho natural* y a la *escuela histórica*. Entre los pensadores que realizaron trabajos comparativos tenemos a Grocio, Comte, Montesquieu, Vico y Leibniz. Aunque fue en Alemania, hacia el siglo XIX, donde realmente sobresale la primera y rigurosa formulación del derecho comparado con Pablo Anselmo de Feuerbach. Cf. Mario Sarfatti, *Introducción al estudio del derecho comparado*, trad. Instituto de Derecho Comparado de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, Imprenta Universitaria, México, 1945, pp. 10-47.

Para Sarfatti³ la realización de estudios comparativos en materia jurídica de diversos pueblos y tiempos constituyen un eslabón más de la “ciencia de la legislación”; sin embargo, la práctica legislativa si bien es necesaria para la creación de normas, su referente empírico (el procedimiento legislativo y la aplicación de las normas jurídicas) descarta la posibilidad de constituir una ciencia, es una técnica que sirve a la producción de normas. Aunado a ello, han sido grandes las hostilidades suscitadas contra el estudio de la comparación jurídica (derecho comparado). Si bien, por un lado no existe acuerdo entre los estudiosos acerca de la naturaleza de esta disciplina, que para algunos ha alcanzado el grado de ciencia,⁴ mientras que para otros es solamente un método de investigación.⁵ Incluso, la dinámica que verifican los estudios comparativos está perfilada por la comparación de los derechos de los pueblos que se encuentran “a la cabeza de la civilización”, situación que provoca dudas sobre lo que pudiera considerarse como civilización, dado que los movimientos civilizatorios regularmente emergen en virtud de los cotos de poder que socavan sociedades.

Los estudios comparativos se nutren, sin duda, de la historia jurídica y proceden con la filosofía del derecho. Ello da pie a considerar en adelante estudios científicos de la comparación jurídica, que son distintos a los estudios internos o externos con una metodología comparativa.

Consideremos la comparación en el ámbito jurídico como científica en la medida en que la investigación jurídica comparativa, en su doble aspecto, tanto doctrinal como práctico, se sustente en enfoques históricos y etnológicos. Esto es, el carácter

³ Cf. *Ibid.*, p. 42.

⁴ N. E. Existe una distinción cierta entre quienes sostienen una ciencia de derecho comparado y aquellos que atribuyen una función más modesta a esta rama del derecho: los primeros llegan al extremo de posibilitar la univocidad de la normatividad jurídica en el contexto internacional, al extremo de llevar a la universalidad a esta práctica, de donde surge el interrogante de cómo tomar en serio, en la ciencia social, una pluralidad de visiones del mundo sin perder el sentido de que existe la posibilidad de conocer y realizar escalas de valores que puedan efectivamente ser comunes o llegar a ser comunes a toda la humanidad. Cf. Mario Sarfatti, *op. cit.*, pp. 50-51. Cf. Immanuel Wallerstein (coord.), *Abrir las ciencias sociales*, trad. Stella Mastrangelo, 10ª ed., Siglo XXI Editores, México, 2007, pp. 94-96.

⁵ N. E. Indistintamente se han empleado los términos “método” y “metodología”, hecho que teóricamente genera cuestiones disímiles, ya que el primero se da en el contexto científico, es la parte del reporte que describe cómo fue llevada a cabo una investigación respecto a lo científico, e incluye el contexto, ambiente, escenario de la investigación, la muestra o participantes, diseño o abordaje, etcétera; y, la metodología siempre será la guía apriorística que programa una investigación. Pero bien, dejando de lado esta distinción, quienes consideran que el ejercicio comparativo es un método, como lo asevera De Francisci, existe sin duda una metodología comparativa, metodología subsidiaria que debe utilizarse con cautela. Pero una ciencia particular del derecho comparado ni existe ni puede existir. A esto añade Messineo, que es legítimo ver en el derecho comparado, en lugar de una autónoma disciplina, un método (hecho que no compartimos); es, en efecto, usual hablar de método comparativo en el estudio del derecho, antes que de derecho comparado, para poner en evidencia una función esencialmente práctica, mientras que al mismo tiempo muestra una invencible resistencia hacia aspiraciones de orden teórico, que, sin embargo, no carecen de fundamento, y que como metodología sí se extienden. Cf. Roberto Hernández Sampieri, Carlos Fernández Collado, Pilar Baptista Lucio, *Metodología de la investigación*, 4ª ed., McGraw-Hill, México, 2008, p. 726. Cf. Mario Sarfatti, *op. cit.*, pp. 53-54.

Sección Doctrina

etnológico le dará al jurista las leyes naturales a las que obedecen aquellas manifestaciones de la vida social cuyo conjunto integra el derecho. Incluso podrá captar el fundamento de las transformaciones de la vida jurídica, permitirle descubrir cuáles son para cada institución las formas correspondientes a las diferentes fases del desenvolvimiento social y a los diversos regímenes económicos. La comparación no puede limitar su campo de acción a los sistemas jurídicos actuales; debe extenderse, necesariamente, a los sistemas que han regido sociedades hoy desaparecidas, no pudiendo escindir la comparación de las distintas legislaciones y la historia jurídica de los diversos pueblos.⁶

En esta discusión cabe plantear de nueva cuenta la futilidad de que la comparación jurídica (incluso la metodología comparativa), lejos de ser un método o una ciencia representan legalidades circundantes entre diversos estados. En este contexto, vemos a quienes consideran que

el derecho comparado puede reivindicar el título de ciencia, en virtud de que la finalidad que persigue no es otra que la de sistematizar los materiales jurídicos de un ordenamiento particular, utilizando para ese fin también los materiales jurídicos de otros ordenamientos, con la idea de ofrecer una comparación, de verificar las analogías y las referencias, de clasificar institutos y sistemas, dando orden al conocimiento y creando modelos dotados de prescriptividad.⁷

Esta postura se apoya en la idea de que aplicar el derecho comparado, ubicándolo indistintamente como método o metodología, es necesario en el proceso de investigación.⁸ Sin embargo, la ciencia en sí misma no persigue estructurarse ni debajo ni sobre el plano normativo, como es lo que parece, entienden los juristas arraigados a un esquema positivista, en especial los comparatistas. En realidad la ciencia adque-

⁶ “Esta concepción del derecho comparado ha dado y cuenta con dar todavía pruebas de vitalidad bajo el nombre de Etnología jurídica o Jurisprudencia etnológica, haciendo disipar tantas obscuridades de los periodos primitivos de los diversos derechos; viene a ser considerada por lo más como una prehistoria, que también es llamada arqueología jurídica y es puesta a la cabeza de los estudios comparativos, no obstante las vivas oposiciones de aquellos que proclaman la mayor utilidad del mismo estudio con respecto a las modernas sociedades.” Mario Sarfatti, *op. cit.*, pp. 67-68.

⁷ José María Serna de la Garza (coord.) “Presentación”, en *Metodología del derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM-III, México, 2005, p. XI.

⁸ N. E. Así se afianzan autores como Zweigert y Kötz, quienes “ven en el derecho comparado un método de investigación y estudio. Para ellos, el derecho comparado es un recurso metodológico al que el investigador acude para resolver problemas que se presentan en su propio sistema jurídico. Además, proponen utilizar el enfoque funcional en la comparación jurídica, que trate de encontrar la manera en que los órdenes jurídicos a examinar resuelven el problema que el comparatista se propone resolver en su propio sistema jurídico. Es decir, la mirada del comparatista debe dirigirse a la búsqueda de ‘equivalentes funcionales’ en los sistemas jurídicos que se comparan, y no tanto en normas y estructuras que formalmente sean similares.” *Idem*. Sin embargo, no debemos perder de vista que en la creación y producción de normas jurídicas se ven involucrados otros factores como el político, el económico y el social, hecho que descarta la práctica del investigador en este rubro, acaso será un allegado a la investigación, pero no un investigador.

re su dinámica en la búsqueda de conocimientos verificables, implicando un continuo, probar y analizar hipótesis,⁹ y no de intereses que en ocasiones se tornan mezquinos para justificar la creación de normas jurídicas aduciendo la incorporación a modelos económicos necesarios para el progreso del sistema jurídico.¹⁰

Autores como Fix Fierro insisten en que la comparación jurídica es un método, incluso que tiene base científica, él mismo establece que,

en la actualidad existe consenso de que los estudios jurídicos comparativos (o el derecho comparado), se dividen en dos grandes sectores o ramas. Por una parte, una disciplina científica autónoma que se ocupa del análisis de los conceptos y principios del método jurídico comparativo, y por la otra, la utilización práctica, de acuerdo con los lineamientos de la ciencia jurídica antes mencionada, del citado método de estudio, enseñanza e investigación, por lo que se trata de dos aspectos estrechamente relacionados y que se retroalimentan de manera permanente por medio de la teoría y la experiencia.¹¹

De ser así, la conducción de la sociedad a través de las normas jurídicas representaría el acercamiento al fundamento del bien común; no obstante, la partitura que conforma la proyección social es distinta, dado que a través de los lineamientos se



Autores como Fix Fierro insisten en que la comparación jurídica es un método.

⁹ “No se reconoce otro remedio eficaz contra la fosilización del dogma —religioso, político, filosófico o científico— que el método científico, porque es el único procedimiento que no pretende dar resultados definitivos. El creyente busca la paz en la aquiescencia; el investigador, en cambio, no encuentra paz fuera de la investigación y de la disensión: está en continuo conflicto consigo mismo, puesto que la exigencia de buscar conocimiento verificable implica un continuo inventar, probar y criticar hipótesis. Afirmar y asentir es más fácil que probar y disentir; por esto hay más creyentes que sabios, y por esto, aunque el método científico es opuesto al dogma, ningún científico y ningún filósofo científico debieran tener la seguridad de que han evitado todo dogma.

De acuerdo con la filosofía científica, el peso de los enunciados —y por consiguiente su credibilidad y su eventual eficacia práctica— depende de su grado de sustentación y de confirmación. Si, como estimaba Demócrito, una sola demostración vale más que el reino de los persas, puede calcularse el valor del método científico en los tiempos modernos. Quienes lo ignoran íntegramente no pueden llamarse modernos; y quienes lo desdeñan se exponen a no ser veraces ni eficaces.” Mario Bunge, *La ciencia. Su método y su filosofía*, Nueva Imagen, México, 2004, p. 62.

¹⁰ “[El sistema jurídico es] aquel conjunto articulado y coherente de instituciones, métodos, procedimientos y reglas legales que constituyen el derecho positivo en un lugar y tiempo determinados. Cada Estado cuenta con su propio sistema jurídico”. José Humberto Zárata, Ponciano Octavio Martínez García y Alma de los Ángeles Ríos Ruiz, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, McGraw-Hill, México, 1997, p. 4.

¹¹ José María Serna de la Garza, *op. cit.*, p. 27.

Sección Doctrina

fundamenta el distanciamiento entre los propios individuos, y más si la comparación se traza, independientemente de que sea entre órdenes jurídicos al exterior o al interior, constituyen un dejo de incompetencia para reconocer el propio Derecho que engendra el pueblo al cual se pertenece.

En mejor medida, la comparación jurídica forma parte de los aparatos ideológicos del poder del Estado, comprendido por el gobierno, la administración, el ejército, la policía, los tribunales, las prisiones, que constituyen el aparato represivo del Estado,¹² lo que significa que este aparato funciona mediante la violencia, por lo menos en situaciones límite. En este sentido, las normas jurídicas cumplen una función esencial para el establecimiento que asegure la reproducción de las condiciones materiales de la producción: la reproducción de los medios de producción. Marx decía que estas no pueden ser pensadas a nivel de empresa porque no es ahí donde se dan sus condiciones reales, sino a nivel del Estado.

Asimismo, la comparación jurídica entre lo que conocemos como derecho público o derecho privado (nacional o internacional), forma parte del derecho burgués, válido en los dominios (subordinados) donde el derecho burgués ejerce sus “poderes”. No alcanza al dominio del Estado, pues está “más allá del Derecho”: el Estado, que es el Estado de la clase dominante, no es ni público ni privado; por el contrario, es la condición de toda distinción entre público y privado.¹³

Acerca de la micro y la macrocomparación podemos establecer que la clasificación de los derechos en familias no posee solamente un interés descriptivo. Nos sirve para valorar la utilidad que puede proporcionarnos, en uno u otro caso, la comparación. El interés legislativo de esta comparación es evidente cuando se trata de derechos que pertenecen a la misma familia jurídica. Por el contrario, sobresale el interés dogmático de la comparación cuando se trata de derechos que pertenecen a familias diferentes. En el primer caso hay razones para esperar que del estudio del derecho extranjero deduzcamos posibles perfeccionamientos para el derecho nacional, y se puede aspirar, sin incurrir en utopía, en una unificación del derecho. En el segundo caso, cuando se presta atención a un derecho de familia jurídica diferente, el interés de la comparación jurídica reside sobre todo en que, gracias a él, podemos entender mejor los rasgos característicos, a veces latentes, de nuestro propio derecho y en que nos ayuda a comprender, con toda la utilidad que ello supone, la diversidad de concepciones jurídicas que existen en el mundo.¹⁴

De modo específico, tenemos lo que los comparatistas han llamado microcomparación (por supuesto reposa en el escenario positivista), como Lucio Pegoraro, quien dice que.

¹² Cf. Louis Althusser, *Ideología y aparatos ideológicos del Estado* (s. t.), Quinto Sol, México, 2007, p. 27.

¹³ *Ibid.*, p. 29.

¹⁴ Cf. René David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. Pedro Bravo, 2ª ed., Aguilar, España, 1968, p. 14.



Los comparatistas han llamado microcomparación, como Lucio Pegoraro.

tiene por objeto determinados institutos, actos, procedimientos, funciones, entes, derechos, poderes, deberes, etcétera, que operan o se prevén en dos o más ordenamientos jurídicos. El presupuesto para la comparación y el cotejo de analogías y diferencias es la certeza de que el objeto de estudio puede ser comparado. Por tanto, en primer lugar, se necesita un conocimiento mínimo de la materia que atraiga la atención del investigador; pero también suficiente, para que no cometa el error de comparar ‘cosas’ que no pueden compararse.¹⁵

A esto debemos sumar que con ello se busca perpetuar el control social a través del orden jurídico impuesto, indistintamente si se está en la posibilidad de superar el arraigo a un esquema positivista “cerrado”, o bien, si la legitimidad se encuentra pendiente. Por su parte, Cappelletti dice que la microcomparación ocurre “cuando la comparación se efectúa en el ámbito de los ordenamientos que pertenecen a la misma ‘familia jurídica’ (por ejemplo, entre Francia e Italia).”¹⁶ No obstante, se sigue que esta práctica es común entre los juristas, cuyo consenso se traduce en la imposición de un esquema jurídico indiferente a las necesidades sociales, un esquema de la misma familia jurídica en un Estado al cual la sociedad tiene poco acceso si no revierte su visión al modelo del derecho.

En otro sentido, “el estudio macrocomparativo se propone finalidades completamente distintas, como lo son sus presupuestos. El punto de partida es la existencia de ‘diversidades’ (de diversidades a veces profundas), que, sin embargo, no excluyen la comparación, sino que, al contrario, constituyen la propia razón de ser del mismo.”¹⁷ Para Cappelletti, habrá macrocomparación “si el análisis comparativo se conduce a caballo entre dos o más familias jurídicas, por ejemplo, entre un ordenamiento del *Civil Law*, como el de Italia, y uno del *Common Law*, como el de Inglaterra.”¹⁸ No obstante, la aplicación de estos estudios queda al margen de la multiplicidad de sistemas jurídicos que pueden apreciarse a través de la antropología jurídica, y que en un escenario de multiculturalidad resulta imposible trazar lo que los comparatistas llaman macrocomparación; ya que, en primer término, se debe persuadir al jurista de la existencia de una diversidad cultural que difícilmente puede homologarse, y no

¹⁵ José María Serna de la Garza, *op. cit.*, pp. 87-88.

¹⁶ Mauro Cappelletti, *Dimensiones de la justicia en el mundo moderno*, trad. Héctor Fix Fierro, Porrúa, México, 1993, p. 17

¹⁷ Lucio Pegoraro, en José María Serna de la Garza, *op. cit.*, p. 89.

¹⁸ Mauro Cappelletti, *op. cit.*, p. 17.

Sección Doctrina

porque carezcan de univocidad los distintos sistemas jurídicos,¹⁹ sino que el alcance práctico excluye vastos grupos sociales que configuran su permanencia a través de una visión cultural del derecho.²⁰

La doctrina jurídica estudia con detenimiento casos de ordenamientos que contribuyen al estudio y comentario del derecho vigente. “La jurisprudencia en ocasiones acude al Derecho comparado para interpretar las normas jurídicas. En este sentido se trata de aplicar una analogía amplia, a nivel internacional, para interpretar la Ley interna.”²¹ El legislador, en muchas ocasiones, toma ideas y modelos del exterior para implantarlos en nuevas leyes que buscan solucionar problemas que se plantean localmente. Sin embargo, adolece de lo que los tratadistas llaman “nacionalismo jurídico”,²² o su correspondiente opuesto “extranjerización del derecho.”²³ Pero ello, no es un problema de conocimiento, sino de método.²⁴ Sin embargo, el orden juri-

¹⁹ “...un sistema jurídico es el conjunto de normas jurídicas que tienen una determinada propiedad *P* en un tiempo *t* y en un espacio *e* determinados. La propiedad *P* puede ser la validez (en su multiplicidad de significados), la vigencia, la aplicabilidad, etc.

Si el sistema jurídico es concebido como un conjunto de normas, la identidad del conjunto estará definida por la identidad de sus elementos (las normas). Por eso, cada vez que se crea una nueva norma o se deroga una norma perteneciente al sistema jurídico, se obtiene un nuevo conjunto, distinto del conjunto original [donde en la mayoría de las ocasiones obedece a cánones internacionales en función del capital de los grupos hegemónicos].” Alchourrón y Bulygin, 1991, pp. 393-407, en Josep M. Vilajosana, *El significado político del derecho*, Fontamara, México, 1997, pp. 19-20.

²⁰ N. E. El positivismo se aleja de la visión cultural del derecho, de hecho excluye cualquier aparato normativo que corresponda a algo distinto del positivismo, como pueden ser los sistemas normativos de los pueblos indígenas. En el escenario positivista, es evidente que la comparación jurídica es una herramienta útil que puede servir para facilitar la interacción jurídica y procesal entre los países de tradición romanista; sin embargo, no así precisamente con aquellos países que pertenecen a otras tradiciones jurídicas. En este sentido, la comparación jurídica puede servir para crear un lenguaje jurídico uniforme, pero también hegemónico defendido a ultranza por los detentadores del poder, que a su vez contribuyen a acercar a los Estados inmersos en los procesos de armonización y aún de unificación de sus sistemas jurídicos de índole oligárquica.

²¹ Wikipedia. 2009. Derecho comparado. [Web en línea]. Disponible desde Internet en: http://www.es.wikipedia.org/wiki/Derecho_comparado [con acceso en septiembre de 2009].

²² “El nacionalismo jurídico se traduce en la desviación metodológica que implica la apreciación de un sistema normativo en forma aislada y sin tomar en cuenta la evolución de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia de otros ordenamientos jurídicos con los cuales se encuentra relacionado...”. Héctor Fix-Zamudio, *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, 4ª ed., Porrúa, México, 1995, p. 337. “El nacionalismo jurídico... representa un empobrecimiento y un peligro para el desarrollo y la aplicación del Derecho nacional.” René David, *op. cit.*, p. 9.

²³ “...puede hablarse de extranjerización cuando se aplican en forma automática y sin el debido discernimiento, los lineamientos de sistemas jurídicos extranjeros, con lo cual el ordenamiento nacional queda en una situación de dependencia excesiva debido a la ausencia de soluciones adecuadas al régimen propio...”. *Idem.*

²⁴ “No se trata, por tanto, de un problema de conocimiento, sino de método, ya que hasta la fecha son escasos los tratadistas, y con mayor razón los que ejercen las diversas profesiones jurídicas, que se han percatado de la necesidad de profundizar en los estudios jurídicos comparativos para lograr un equilibrio entre dos tendencias antagónicas, igualmente perjudiciales cuando logran excesivo predominio de la ciencia jurídica que se cultive en cualquier país: nos referimos a lo que podemos considerar como nacionalismo por un lado y extranjerización por el otro”. *Ibid.*, p. 327.

dico al que pertenecen sigue reposando en el positivismo jurídico como corriente imperante para el desenvolvimiento del derecho.²⁵

Se considera que una buena parte de la comparación jurídica debe darse a nivel de las llamadas normas primarias, que, según Hart, son las disposiciones que crean, regulan, modifican o extinguen relaciones jurídicas de conformidad con el sistema de que se trate.²⁶

Ahora bien, pensamos que lo que es llamado derecho comparado, aplicado a través de un método jurídico comparativo o metodología jurídica²⁷ comparativa, es una herramienta que sirve a los juristas, principalmente, es un recurso metodológico al que el investigador acude para resolver problemas de su propio sistema jurídico, como ejemplo podemos ubicar entre los más antiguos del actual sistema jurídico mexicano, la formación del Distrito Federal, que fue creado en correspondencia al Distrito de Columbus, Washington, en Estados Unidos. Otro más lo constituye el principio de la rigidez constitucional, previsto en el artículo 135, al establecer precisamente que las reformas las verificará un ente diverso de los establecidos (los poderes constituidos), que normalmente reforma, pero no gobierna; o, la otra, recurrir a los órganos constituidos, tanto a nivel federal como local y lograr el mismo efecto; los autores de la Constitución siguieron, en parte, el modelo estadounidense, optaron por esta última posibilidad; establecieron como revisor a una combinación de órganos: el Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas. En este sentido, “la mirada del comparatista debe dirigirse a la búsqueda de ‘equivalentes funcionales’ en los sistemas jurídicos que se comparan, y no tanto en normas y estructuras que formalmente sean similares”²⁸

En este sentido, “la mirada del comparatista debe dirigirse a la búsqueda de ‘equivalentes funcionales’ en los sistemas jurídicos que se comparan, y no tanto en normas y estructuras que formalmente sean similares”.

Trazando la comparación jurídica, los comparatistas incurren constantemente en reformas que sólo constituyen “fetichismos legales”. Es decir, implica creer que

²⁵ De acuerdo a José Humberto Zárate, Ponciano Octavio Martínez García y Alma de los Ángeles Ríos Ruiz, el Derecho comparado es un método de aproximación, no de imitación acrítica, a algún aspecto de uno o varios derechos extranjeros. *Cf. op. cit.*, p. 1.

²⁶ *Cfr.* Monografías. 2009. Fines del derecho comparado. [Web en línea]. Disponible desde Internet en: <http://www.monografias.com/trabajos39/derecho-comparado/derecho-comparado2.shtml> [con acceso en septiembre de 2009].

²⁷ N. E. En todo caso sería metodología jurídica comparativa y no método, dado que la primera constituye una guía apriorística que programa una investigación; y la segunda comprende una totalidad que se desenvuelve principalmente en el campo investigativo.

²⁸ Raúl Márquez Romero (coord.), *Conclusiones del congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados*, UNAM-IJ, México, 2004, p. 68.

Sección Doctrina

con reformas jurídicas guiadas por una práctica comparativa con otros sistemas jurídicos cambiaría la situación actual, cuando los responsables de la aplicación y administración de justicia son incomprensibles a los entornos sociales y culturales, en mínimo grado especializados al aplicar la norma, ello sin sumar la corrupción como característica de nuestro sistema jurídico. Debemos ser cuidadosos con la comparación jurídica,

no todo es comparable y existe siempre el riesgo de sacar a las instituciones del contexto cultural y social en el que operan. Si no se tiene estos cuidados, la comparación puede llevar a resultados desconcertantes, cuando no engañosos. La investigación basada en la comparación de formas jurídicas debe incorporar en el análisis: variables culturales, políticas, económicas y sociales ... Además, el comparatista ha de tener cuidado con el problema de las traducciones jurídicas, cuando en su estudio pretende analizar y estudiar textos escritos en lenguas distintas a la propia.²⁹

II. Sobre los fines de la metodología comparativa

Para René David, la comparación jurídica de nuestro tiempo tiene como tarea: “la de hacernos comprender los puntos de vista ajenos y la de hacer comprender a los otros nuestros propios puntos de vista, es decir, la de organizar, en la esfera jurídica, la coexistencia pacífica y, si es posible armónica que constituye la *conditio sine qua non* para el mantenimiento y el progreso de nuestra civilización.”³⁰

Para comparatistas como Cappelletti,³¹ es notable el aumento de los estudios comparativos, precisa que existen cuatro razones fundamentales:

1. Se debe al aumento extraordinario de los intercambios económicos, personales, culturales entre las naciones, con el consiguiente incremento de las relaciones jurídicas a nivel trasnacional.
2. La naturaleza trasnacional de fenómenos cada vez más relevantes, los cuales requieren, por tanto, una disciplina jurídica que no sea meramente nacional: piénsese, por ejemplo, en la contaminación, en las empresas trasnacionales, en las telecomunicaciones.
3. La tendencia de ciertos valores, particularmente en el campo de los derechos humanos, a afirmarse en el nivel trasnacional cuando no “universal”. Baste

²⁹ *Ibid.*, pp. 69-70.

³⁰ René David, *op. cit.*, p. 8.

³¹ *Cf.* Mauro Cappelletti, *op. cit.*, pp. 14-16.

pensar en las convenciones Europea y Americana de Derechos Humanos, en los pactos internacionales sobre los propios derechos, etcétera.

4. La tendencia a crear organizaciones políticas y económicas multinacionales (bloques económicos), por ejemplo, la Unión Europea a través del derecho comunitario.

Estas razones están basadas fundamentalmente en las políticas económicas de los grupos oligárquicos que ante el fenómeno del neoliberalismo se enquistan en los sectores menos favorecidos, de esta manera, en la aplicación de estudios comparativos queda de manifiesto el distanciamiento que se genera entre la sociedad y las propias normas jurídicas que, una vez ubicadas dentro de la legalidad, la legitimidad queda obnubilada porque la vida en sí misma es incompatible con los mecanismos jurídicos engendrados, que la sociedad no asumirá. De continuar con las prácticas jurídicas comparativas a ultranza por los encargados del Estado, la fluctuación de lo que los juristas y estadistas llaman “bien común” estará todavía sin alcanzarse.

En este contexto, habiendo razones particulares para la aplicación de la comparación jurídica nos encontramos con los fines del derecho comparado,³² entre los cuales podemos ubicar los siguientes:

1. Unificación del derecho, sobre todo en materia comercial, a través de la *lex mercatoria* en el comercio internacional, se habla de unificación jurídica y también de armonización.
2. Entendimiento internacional, porque nos hace comprender la razón de ser de las normas en los distintos estados, por lo cual se torna necesario que los diplomáticos sean formados en derecho comparado, de lo contrario sería compleja la aplicación de las convenciones internacionales entre los diferentes sujetos del derecho internacional.
3. Un mejor conocimiento del derecho nacional, es decir, que utilizando la comparación jurídica se puede estudiar, con mayor detalle, los defectos y los aciertos legislativos.
4. Perfeccionar el lenguaje jurídico para comprender el sentido exacto de los términos extranjeros que se aplican a los diversos sistemas. Otorgando su valor jurídico a cada uno.³³

Los fines que persigue la comparación jurídica, por un lado, son básicamente económicos, incluso llega a coexistir a través de una postura dogmática³⁴ formalista

³² Cf. Monografías, *op. cit.*

³³ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, “La importancia del derecho comparado en la enseñanza jurídica mexicana”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 8, may-ago. 1970, UNAM, México, pp. 346-349.

³⁴ “El dogmatismo jurídico ha sido una forma degenerativa del positivismo jurídico, que no sólo ha conducido a una simplificación irreal del derecho, reducido precisamente a su aspecto normativo —*ius positum*— olvidando así los otros elementos, no menos esenciales: sujetos, instituciones, procedimientos; sino que

que pretende identificar el fenómeno jurídico exclusivamente en la base de las normas, esencialmente de derivación estatal, de un determinado país; incluso se ha buscado la unificación³⁵ internacional de la ley entre los diversos estados.

En los estándares formalistas reposa precisamente la comparación jurídica, posición que soslaya la apertura a una visión distinta del derecho, en esencia debido a las elucubraciones con que se aplica la comparación donde el Estado encuentra su lugar. La flexibilidad de las instituciones y la búsqueda de la justicia se alejan del pueblo, porque ahora no basta ser gobernado susceptible de derechos; ya que, los individuos son yuxtapuestos de las instituciones mientras no se tengan los nuevos conocimientos jurídicos y técnicos que se generen producto de la aplicación de modelos y estándares internacionales encuadrados en el contexto actual, esto es, producto de la aplicación de la comparación jurídica.

Por tanto, lo que conocemos como derecho comparado implica “comparar” a través de estudios del derecho basados en diversos ordenamientos jurídicos e instituciones para los mismos casos planteados.

La connotación de derecho comparado que es la que ha predominado en el lenguaje jurídico, pues se utiliza en español, portugués, inglés y francés, resulta trascendente únicamente si pensamos en los fines que persigue, los que, decíamos líneas arriba, por un lado el aspecto económico y por otro perpetuar el carácter dogmático formalista, en ese sentido, consideramos que es poco adecuado nombrar a esta práctica jurídica como Derecho Comparado, incluso consideramos equivocado decir que emplea un método comparativo;³⁶ ya que, únicamente es una acción que

se realiza y ésta consiste en *comparar*, por lo que, basta nombrar a esta práctica jurídica como “comparación jurídica”, y que es como la hemos tratado a lo largo de este trabajo. Así es que, si de aquí en adelante vemos trabajos, jurisprudencias, tratados, instituciones o simplemente normas jurídicas que sean producto de esta actividad, estaremos en presencia únicamente de la comparación jurídica.

Por tanto, lo que conocemos como derecho comparado implica “comparar” a través de estudios del derecho basados en diversos ordenamientos jurídicos e instituciones para los mismos casos planteados. No es propiamente una rama del derecho.³⁷

ha llevado también a una simplificación no menos irreal de las tareas y responsabilidades del jurista, juez, abogado, estudioso, tareas que, según dicha posición, deberían limitarse a un mero conocimiento y a la mera aplicación aséptica, pasiva y mecánica de las normas en la vida práctica, en la enseñanza...”. Mauro Cappelletti, *op. cit.*, pp. 82-83.

³⁵ “Junto a la unificación del Derecho, se acostumbra ahora hablar de la armonización de los Derechos”. René David, *op. cit.*, p. 8.

³⁶ N. E. Como lo hemos dicho, en todo caso, cabe la idea de ser una metodología y no un método.

³⁷ Wikipedia, *op. cit.*

En este rubro, ubicamos que las dos metodologías comparativa y analítica (que no son las únicas), recaen en los estudios sobre legislación, instituciones jurídicas, la jurisprudencia las ejecutorias y la costumbre jurídica. Esta práctica no busca encontrar las semejanzas y diferencias entre los distintos sistemas jurídicos, sino ampliar los contenidos jurídicos para homologar el aspecto social, afianzando la cuestión económica y el dogmatismo formal.

La comparación jurídica debiera apoyarse en la exposición de las diferencias entre las diversas instituciones jurídicas para discernir su coherencia o precisar las peculiaridades de determinados sistemas jurídicos. La comparación jurídica consiste en el estudio de sistemas jurídicos³⁸ o de familias jurídicas³⁹ o de parte de sistemas jurídicos de Estados diferentes, o del mismo Estado para poder determinar sus semejanzas y diferencias, así como las causas de tales semejanzas y diferencias. La comparación jurídica exige llevar a cabo la descripción de una serie de datos obtenidos empíricamente para contrastarlos enseguida. Sin embargo, es de señalarse que no todos los datos obtenidos empíricamente han de servir para algo.⁴⁰ La comparación en sí misma debe tener algún fin u objetivo; definirlo será misión del comparatista, pero sobre todo deberá evitar todo propósito antisocial y espurio que favorezca solo a una parte de la sociedad.

Los esfuerzos de los comparatistas por hacer del derecho uno solo, universal y permanente han sido recurrentes;⁴¹ sin embargo, analizando esta tendencia resulta poco viable, y más si se le analiza desde la antropología y sociología jurídicas, ya que el tiempo ha demostrado que el humano es un ser complejo, dimensionado en distintas y variadas formas, hecho que prefigura la imposibilidad de hacer del derecho algo unívoco y total.

³⁸ “Se denomina sistema jurídico al conjunto de normas e instituciones que integran un derecho positivo y que rigen una determinada colectividad ... Es un conjunto de reglas de derecho positivo, que son comunes a una colectividad determinada. Con frecuencia esta colectividad corresponde a un Estado soberano.” Consuelo Sirvent Gutiérrez, Margarita Villanueva Colín, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, Harla, México, 1996, p. 5.

³⁹ “El vocablo sistema se usa para hacer referencia al derecho nacional y el de familia para denominar el conjunto de sistemas que desbordan las fronteras de una Nación ... El agrupamiento de sistemas legales en familias es posible porque dentro de cada sistema hay un cierto número de constantes y variables. Al agrupar los sistemas los comparativistas buscan las constantes; aquellos sistemas que tienen las mismas constantes recurrentes caen dentro de la misma familia jurídica.” *Ibid.*, pp. 5-6. Entre las principales familias jurídicas tenemos: la neorromana, la familia del *common law*, la familia socialista, la familia de sistemas mixtos, los sistemas religiosos.

⁴⁰ Cf. Angelfire. El derecho comparado. [Web en línea]. Disponible desde Internet en: <http://www.angelfire.com/tn/tiempos/politica/texto135.html> [con acceso en septiembre de 2009].

⁴¹ N. E. Por ejemplo, se estableció en Francia la cátedra sobre la materia y en 1900, en ese mismo país, se realizó el Primer Congreso Mundial de Derecho Comparado. En ese Congreso se mencionó que el objeto de lo que le llaman el derecho comparado era lograr la creación de un derecho común a toda la humanidad; la ciencia jurídica tendría como característica su universalidad. Sin embargo, se genera un gran problema si pensamos en la multiculturalidad como hecho que ocurre en todas partes, y que intentar definir un aparato jurídico unívoco, traería consigo la pugna cultural del propio humano. Cf. Consuelo Sirvent Gutiérrez, Margarita Villanueva Colín, *op. cit.*, p. 2.

Si bien es cierto que el derecho positivo puede ser concebido como sistema basado en su propia historia y ritmo cíclico (contextual), también es cierto que forma parte de los sistemas históricos.⁴² Esta perspectiva nos obliga, y más cuando se hace uso de la comparación jurídica, a rumiar el consenso anacrónico del acceso a la justicia.

Las acciones del Estado por imponer el uso de un lenguaje jurídico específico como el positivismo son designadas a ultranza por “analistas jurídicos culturales” y la mano invisible del capitalismo mundial, que prevé *su* seguridad jurídica aunque de ella dependa la inseguridad jurídica de los demás.⁴³

III. Conclusiones

Cuando la comparación jurídica se hace presente en algún sistema jurídico, como ha sido desde épocas remotas, podemos dar por cierto que se requiere regenerar el orden normativo, porque las expectativas que hasta entonces tiene el sistema no son suficientes para la conservación del control social y de las condiciones necesarias para la reproducción de los medios de producción, lo que se traduce en que el sector privado se ve respaldado por el Estado para la permanencia de modelos económicos viables a un esquema específico, en el contexto actual podríamos estar hablando del neoliberalismo. Es decir, la comparación jurídica está siendo utilizada para adecuar los órdenes jurídicos nacionales a las exigencias de la dominación global capitalista.

⁴² N. E. A decir de Wallerstein: “[los sistemas históricos] tienen tres características definitorias: son relativamente autónomos, o sea, funcionan en esencia en términos de las consecuencias de sus procesos internos; tienen límites temporales, es decir, tienen principio y fin; tienen límites espaciales, aunque este espacio pueda cambiar en el transcurso de su vida.” *Impensar las ciencias sociales*, trad. Susana Guardado, 4ª ed., Siglo XXI Editores, México, 2004, p. 249. Los corchetes son nuestros.

⁴³ “Según Wallerstein, la economía mundial capitalista comporta tres elementos básicos:

En primer lugar, consta —dicho figuradamente— de un solo marco, el cual está regido por el principio de maximización de los beneficios.

El segundo elemento básico es la existencia de una serie de estructuras estatales dotadas de una fuerza diferente hacia dentro y hacia fuera. Dichas estructuras estatales sirven fundamentalmente para ‘impedir’ el funcionamiento ‘libre’ del mercado capitalista con el fin de mejorar las perspectivas de beneficios de un determinado grupo.

El tercer elemento esencial de la economía mundial capitalista, consiste, según Wallerstein, en que la apropiación del plus de trabajo se da en unas condiciones de explotación, que no comprende dos clases, sino tres fases: espacios centrales, semiperiferia y países y regiones periféricos. (La cuestión de saber cuáles son los países y regiones del mundo que pertenecen al sistema capitalista, y qué criterios se han seguido para dicha pertenencia, ha originado controversias histórico-empíricas de difícil resolución).” Ulrich Beck, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, trad. Bernardo Moreno y Ma. Rosa Borrás, Bolsillo, España, 2008, p. 77. De ahí se sigue que la cuestión económica requiere de un lenguaje jurídico unívoco para maximizar los beneficios económicos de los grupos o países designados en un esquema capitalista.

La actividad que hemos venido analizando ha reflejado que la razón de su existencia se sujeta a dos elementos fundamentales: la unificación del aspecto económico que favorece a los grupos oligárquicos y la continuación del dogmatismo formalista como parte del positivismo jurídico. Podríamos establecer que esta práctica se realiza a través de una metodología, lo que es diferente a que constituya un método, que bajo nuestra óptica, no lo es, en mejor medida se presenta una secuencia apoyada en la técnica legislativa y los compromisos políticos y económicos que permiten prefigurar que bajo el orden normativo subyacen ideologías que buscan perpetuar la existencia de los grupos hegemónicos a través de las normas jurídicas, pasadas por la comparación jurídica tanto en el ámbito internacional como en el nacional; es decir, la comparación jurídica se hace desde las dos posturas de la soberanía: la independencia con los demás países y la supremacía constitucional hacia el interior del régimen jurídico.

El dogmatismo imperante en el escenario comparatista, cuando se le analiza sociológica y económicamente, no corresponde a las necesidades del colectivo mayoritario del Estado, tal es el caso que la sociedad ve en la construcción de modelos económicos y políticas públicas, el distanciamiento entre la realidad y los postulados hegemónicos, es decir, no corresponden los intereses económicos a alcanzar el sustento diario.

Si bien es útil la comparación jurídica para la permanencia de los esquemas económicos mundiales, también es cierto que alcanzar un alto grado de confiabilidad en la comparación jurídica, tanto en el ámbito exterior como en el interior, no es adecuado, la tarea está inconclusa hasta en tanto los comparatistas y quienes hacen uso de esta herramienta no cuenten con un mínimo de sensibilidad en torno a la justicia que busca la humanidad.

Bibliografía

- Althusser, Louis. *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*, s/t. Quinto Sol, México, 2007.
- Beck, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, trad. Bernardo Moreno y Ma. Rosa Borrás. Bolsillo, España, 2008.
- Bunge, Mario. *La ciencia. Su método y su filosofía*, Nueva Imagen, México, 2004.
- Cappelletti, Mauro. *Dimensiones de la justicia en el mundo moderno*, trad. Héctor Fix Fierro. Porrúa, México, 1993.
- David, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. Pedro Bravo. Aguilar, España, 1968.
- Fix-Zamudio, Héctor. *Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas*, 4ª ed., Porrúa, México, 1995.

Sección Doctrina

- _____. “La importancia del derecho comparado en la enseñanza jurídica mexicana”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM. Núm. 8. México. may-ago. 1970.
- Hernández Sampieri, Roberto; Carlos Fernández Collado; Pilar Baptista Lucio. *Metodología de la investigación*, 4ª. ed. McGraw-Hill, México, 2008.
- Márquez Romero, Raúl (coord.). *Conclusiones del congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados*. UNAM-III, México, 2004.
- Sarfatti, Mario. *Introducción al estudio del derecho comparado*, trad. Instituto de Derecho Comparado de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Imprenta Universitaria, México, 1945.
- Serna de la Garza, José María (coord.). *Metodología del derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. UNAM-III, México, 2005.
- Sirvent Gutiérrez, Consuelo; Margarita Villanueva Colín, *Sistemas jurídicos contemporáneos*. Harla, México, 1996.
- Vilajosana, Josep M. *El significado político del derecho*. Fontamara, México, 1997.
- Wallerstein, Immanuel (coord.). *Abrir las ciencias sociales*, trad. Stella Mastrángelo, 10ª. ed. Siglo XXI Editores, México, 2007.
- _____. *Impensar las ciencias sociales*, trad. Susana Guardado, 4ª. ed. Siglo XXI Editores, México, 2004, 309 pp.
- Zárate, José Humberto; Ponciano Octavio Martínez García; Alma de los Ángeles Ríos Ruiz. *Sistemas jurídicos contemporáneos*. McGraw-Hill, México, 1997.

Cibergrafía

- Angelfire. El derecho comparado. [Web en línea]. Disponible desde Internet en: <http://www.angelfire.com/tn/tiempos/politica/texto135.html> [con acceso en septiembre de 2009].
- Monografías. 2009. Fines del derecho comparado. [Web en línea]. Disponible desde Internet en: <http://www.monografias.com/trabajos39/derecho-comparado/derecho-comparado2.shtml> [con acceso en septiembre de 2009].
- Wikipedia. 2009. Derecho comparado. [Web en línea]. Disponible desde Internet en: http://www.es.wikipedia.org/wiki/Derecho_comparado [con acceso en septiembre de 2009].