

## MESA 10

### METODOLOGÍA DEL DERECHO COMPARADO

Se presentan a continuación algunas de las ideas más importantes desarrolladas y debatidas durante las sesiones de trabajo de la Mesa 10 sobre Metodología del derecho comparado.

1. Es importante tener presente que el derecho comparado tiene una autonomía científica propia. De esta forma, y en sentido negativo, puede afirmarse que el derecho comparado no es historia del derecho, ni historia de las doctrinas jurídicas, ni ciencia política comparada, ni teoría general del derecho, ni estudio del derecho extranjero.
2. El derecho comparado es un recurso metodológico al que el investigador acude para resolver problemas de su propio sistema jurídico. Se propuso utilizar el enfoque funcional en la comparación jurídica, que trate de encontrar la manera en que los órdenes jurídicos a comparar, resuelvan el problema que el comparatista se propone resolver.

3. 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.
4. El derecho comparado es útil en procesos de reforma a textos constitucionales; también lo es en procesos de armonización o de unificación de sistemas jurídicos diversos.
5. El derecho constitucional comparado puede ser útil en la labor de los tribunales constitucionales desde varios puntos de vista: da al juez constitucional ejemplos y le ayuda a elaborar un marco conceptual para resolver casos que se le presentan; le ayuda a introducir en su labor una cultura constitucional más amplia; le da al juez constitucional una idea de la manera en que la Constitución tiene que interpretar, debiera o no debiera ser interpretada, así como sobre el carácter contingente de la cultura legal propia; asimismo, sirve para descubrir los presupuestos ocultos del sistema jurídico y cultura legal propios, y para cuestionar la necesidad lógica de las conexiones que generalmente se dan por hecho. Sirve además para inducir un razonamiento y argumentación legal más sustantivo y para promover una cultura de

la justificación. Asimismo, sirve para darnos cuenta de los errores hechos por otros.

6. El derecho comparado es una herramienta útil que puede servir para facilitar la interacción jurídica y procesal entre los países de tradición romanista y aquellos países del llamado *common law* en los que existen instituciones que nos son ajenas, tales como el *discovery* o los *punitive damages* y el llamado *regulatory taking*.
7. Se reconoció la utilidad del derecho constitucional comparado para construir conceptualmente el modelo de Estado constitucional de derecho; a su vez, se señaló que dicho modelo ha sido la base para generar una cultura constitucional compartida por un buen número de Estados o bien que ha servido como punto de referencia, es decir, como modelo ideal, para quienes aspiran a construir en sus países Estados constitucionales.
8. Sin embargo, es importante tener cuidado con la comparación. 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 tienen estos cuidados, la comparación puede llevar a resultados desconcertantes, cuando no engañosos.

- sos. La investigación basada en la comparación de formas jurídicas debe incorporar en el análisis: variables culturales, políticas, económicas y sociales.
9. El derecho constitucional comparado debe procurar tener cuidado y precaución en la definición de los sistemas a comparar, puesto que no todos los sistemas son comparables; además, debe precisarse el objeto a comparar, tomando en cuenta siempre los contextos en los que operan las instituciones. Si esto no se hace, se corre el riesgo de llegar a conclusiones que no sean otra cosa que formas idealistas sin ninguna eficacia social, alejadas de la cultura, de las cualidades y defectos de las sociedades en las que están destinadas a funcionar.
  10. 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.
  11. Se habló de la emergencia de lo que podría denominarse *discurso constitucional transnacional* y de un sistema de valores transnacional, si bien se aclaró que una buena parte de la humanidad es todavía ajena a dichos conceptos.

12. En la base de ese proceso, que puede llamarse la *globalización del constitucionalismo*, está el concepto de la dignidad humana. Este concepto fue identificado como punto culminante de un largo proceso civilizatorio, que además es fundamental en la producción de una cultura constitucional común de alcance global.
13. El avance de la democracia en el mundo puede verse como resultado de la interacción dinámica entre una cultura constitucional global y luchas democráticas locales.
14. En el debate, por un lado, se planteó el dilema existente entre la posibilidad de avanzar hacia un derecho constitucional común, ya sea a partir de uniones de Estados regionales o del derecho internacional entendido como derecho universal de la humanidad; y por otro lado, la imposibilidad del desarrollo de principios constitucionales básicos como los de igualdad, democracia, y libertad, sin que exista una comunidad política real con vida civil propia.
15. A su vez, fue esgrimido el argumento, según el cual, la posibilidad de avanzar hacia un derecho universal de la humanidad, habrá de depender y no podrá prescindir de los

Estados nacionales, puesto que son éstos los que a través de pactos o tratados internacionales crean el propio derecho internacional.

16. El derecho comparado debe ser parte de la formación profesional de los abogados. La globalización de esferas importantes de la vida social, económica, política y cultural, y el incremento de la interdependencia entre las naciones, hace indispensable que los abogados aprendan a reconocer las semejanzas y diferencias de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas que existen en el mundo actual para ser más eficaces en su actuación.
17. El análisis crítico del método de enseñanza del derecho de un país debe hacerse dentro del contexto de la tradición jurídica al que pertenece y no de una manera aislada.
18. En el caso de los países de tradición jurídica romanista, dicho contexto está formado por una concepción del derecho consistente en un sistema de normas jurídicas abstractas, coherente, completo y codificado, que ha enfatizado el estudio dogmático y sistemático. Esta forma de entender el derecho ha buscado resolver los problemas jurídicos por medio de métodos lógicos y ha tenido un impacto importante en la forma de ense-

- ñar el derecho, que ha sido predominantemente dogmática.
19. Cualquier cambio que se dé en esta forma de entender el derecho y enseñarlo debe ser gradual, dado el peso que tiene la tradición jurídica a la que se pertenece.
  20. Es necesario introducir una metodología de enseñanza más activa en las escuelas de derecho de los países iberoamericanos. El método de la cátedra magistral debe ser complementado y no sustituido con otros métodos más activos, como el método de casos y el método de problemas.
  21. Ningún método por sí solo puede considerarse como una opción para mejorar la calidad de la enseñanza jurídica. Al contrario, se requiere de una pluralidad de métodos para enriquecer el proceso de enseñanza-aprendizaje jurídico.
  22. Una enseñanza jurídica más activa debe procurar enseñar a razonar y argumentar; a expresarse con claridad y precisión tanto de manera oral como escrita; y a trabajar en equipo, todo lo cual ha sido generalmente relegado por los métodos más tradicionales de enseñanza jurídica en Iberoamérica.
  23. Es indispensable promover que los alumnos lleguen a la clase con lecturas preparadas,

relativas a la doctrina, a sentencias o a problemas legales, como condición de una dinámica más activa del proceso de enseñanza-aprendizaje.

24. Es necesario superar una visión formalista del derecho a través de la introducción de la interdisciplina en los programas de estudio de las escuelas de derecho, para que los alumnos aprendan a integrar perspectivas no legales en la solución de problemas legales.
25. La dificultad para tener acceso al conocimiento de las sentencias y de otros escritos, producidos dentro de los procedimientos judiciales, es un obstáculo para diseñar cursos más activos, en los que además se discutan los temas jurídicos de mayor actualidad y por lo mismo de mayor interés para los estudiantes.
26. La reforma a los métodos de enseñanza del derecho está vinculada a la consolidación del Estado constitucional y democrático de derecho. Las facultades de derecho deben formar juristas a través del empleo de métodos que privilegien el desarrollo de actividades y actitudes democráticas (de autonomía, juicio crítico, pensamiento creativo y responsabilidad), que favorezcan conductas consistentes con aquel modelo de Estado.

27. El derecho comparado es un método de aproximación que puede ser útil para dar respuestas a los problemas que plantea la globalización, como en el caso de la necesaria codificación del derecho internacional privado. En este sentido, el derecho comparado puede servir, por ejemplo, para crear un lenguaje jurídico uniforme; y para lograr la uniformidad en la interpretación y aplicación de las normas codificadas del derecho internacional privado.
28. El derecho comparado es útil para relativizar los chauvinismos, lo cual a su vez contribuye a acercar a los Estados y sus respectivos sistemas jurídicos con los procesos de armonización y a la unificación de sus sistemas jurídicos.
29. Igualmente, el derecho comparado puede ayudar a aclarar el significado del elusivo concepto de “orden público” tan importante para resolver problemas relacionados con conflictos de leyes a nivel internacional.
30. Es indispensable reorientar al derecho internacional privado en el sentido de resolver problemas sociales y no solamente de empresas transnacionales. Para lograrlo, se requiere introducir en su esquema “instituciones equilibradoras”, como las relativas al

- acceso universal a la justicia y a la asistencia judicial gratuita.
31. Es indispensable generalizar el principio del llamado “foro de necesidad”, que extiende la competencia de los tribunales de un país a casos, que por el criterio de territorio normalmente no caerían bajo su jurisdicción, para evitar así la denegación de justicia.
  32. En la negociación de los diversos instrumentos internacionales de cooperación procesal internacional es indispensable que los distintos actores tengan conocimiento de los diversos sistemas y tradiciones jurídicas que existen en el mundo para facilitar la construcción de acuerdos y la generación de un lenguaje jurídico común.
  33. El derecho constitucional comparado ha sido de vital importancia en el desarrollo del constitucionalismo latinoamericano, como lo demuestra la influencia que han ejercido la experiencia constitucional de los Estados Unidos y otros países europeos, como España.
  34. La experiencia de países democráticos consolidados nos muestra que no hay política constitucional posible sin grandes acuerdos.
  35. En el caso de los Estados federales, la recepción de las nuevas tendencias e institu-

ciones provenientes de experiencias de otros países ajenos al propio, no tiene por qué darse de manera necesaria a través de la Constitución general (o federal), sino que bien puede darse directamente por medio de las Constituciones de los estados que integran la Federación.

36. Los procesos de integración regional han forzado cambios de diverso tipo en los Estados que aspiran a integrarse en unidades comerciales y/o políticas más amplias. En ocasiones, dichos cambios han consistido en procesos de racionalización interna en cuanto a la organización del Estado o racionalización en el diseño de las políticas públicas, para ajustarse a los requisitos exigidos por la integración. En otras ocasiones, los cambios han consistido en la recepción de ciertas instituciones en los sistemas jurídicos internos.

Por último, deseo terminar esta relatoría agradeciendo a todos aquellos (ponentes, becarios, asistentes, personal administrativo) que hicieron posible los trabajos de la Mesa 10 de este Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados.

José María SERNA DE LA GARZA