

PUNTO DE PARTIDA: UTILIDAD Y FASES DEL ANÁLISIS COMPARATIVO*

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Utilidad de la comparación*.
III. *Fases del análisis comparativo*.

I. INTRODUCCIÓN

La utilidad del derecho comparado ya no hay que probarla, pues es un hecho la necesidad y las bondades que aporta; lo que sí es imperativo es realizarlo con el rigor que demanda un método científico.¹

El estudio a través del análisis comparativo, mediante el derecho comparado, además de serio y complicado, es fascinante. Por tal motivo, es importante cuidar el método empleado y así discernir entre lo que pudiéramos apuntar como una primera parte, es decir, la preparación, la descripción y su análisis, con una segunda parte aterrizada en una explicación y evaluación del fenómeno concreto que estamos comparando. El resultado final dependerá del debido cuidado en cada una de sus fases.

* Parte de las ideas que permean esta contribución derivan de lo contemplado en González Martín, Nuria, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, UNAM-Nostra Ediciones, 2010, pp. 18-23.

¹ Fernández Arroyo, Diego P., “Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días”, en Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, *Derecho internacional privado, derecho de la libertad y el respeto mutuo. Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt*, Asunción, Biblioteca de Derecho de la Globalización-CEDEP-ASADIP, 2010.

Para conseguir tal objetivo, el profesor que enseña dicho método comparado tiene que estar preparado no sólo para transmitirlo, sino que también debe dar los elementos más actuales al estudiante y comprobar que lo han recibido y que lo han aprendido de manera correcta.

El binomio enseñanza/aprendizaje toma un lugar de excepción para poder dar cabida a la enseñanza/investigación y de éste a la teoría/práctica. Por supuesto, hablamos del análisis jurídico comparativo, por el que se van transitando por una serie de fases —previa elección de jurisdicciones o sistemas jurídicos y la justificación del motivo de su elección—, discerniendo, como decimos, de la descripción del análisis explicativo y del evaluativo. Para tal fin, las fuentes elegidas serán cruciales para conseguir el objetivo de un buen estudio comparado.

Si bien es cierto que las bases volcadas, desde 1900, en el Primer Congreso Internacional de Derecho Comparado, en París, son cruciales, los cambios en la dinámica del estudio del derecho comparado demandan actualización y adaptación a las nuevas realidades.

Rescatamos, como no puede ser de otra manera, las fases del análisis comparativo desde sus orígenes para incorporar aquello que nos permitirá abarcar de manera más completa, y desde la multidisciplinariedad, elementos cruciales para conseguir el objetivo final, que no es sólo entender mejor el por qué o las bases de una determinada institución o un supuesto jurídico, sino también ampliar nuestros horizontes, jurídicamente hablando, para así visualizar mejor nuestro derecho interno o doméstico y dar soluciones reales en momentos actuales ante un cruce de fronteras apabullante en todas las áreas.

II. UTILIDAD DE LA COMPARACIÓN

A la pregunta acerca de la utilidad de la comparación, Guillermo Floris Margadant expresó que nos ayuda a entender el derecho

como creación natural y, además, proporciona una base intelectual para la interpretación y el análisis de distintos sistemas jurídicos, y si ello no fuera suficiente, nos ayuda a entender e interpretar el sistema jurídico propio. Así las cosas, la comparación nos es útil en los siguientes casos:²

- 1) Como medio para ver más claramente la esencia de nuestro derecho. Si en el marco de la comparación ampliamos nuestros horizontes y podemos divisar más allá de lo que nuestros conocimientos nacionales o internos nos proporcionan, estaremos en el camino correcto para poder ampliar nuestras perspectivas y nuestras expectativas; es cuestión de señalar los contrastes y así, tal como reafirmó Fix-Zamudio, podremos comprender mejor nuestro propio sistema jurídico.³
- 2) Como instrumento para la codificación y la uniformidad transnacional del derecho —nosotros agregaríamos a la comparación como medio para la globalización (cosmopolita) o integración del derecho—.
- 3) Como ayuda para aclarar el elusivo concepto de “orden público”, porque dicha codificación se puede enfrentar con la posibilidad de la “exención de orden público”, en virtud de la cual un ordenamiento jurídico puede rechazar la aplicación de una norma si estima que esa norma es absolutamente incompatible con los principios que informan su ordenamiento.
- 4) Como instrumento para crear una ciencia jurídica y, de manera concreta, una ciencia social. Al decir de Merryman, “El supuesto fundamental es... que el sistema jurídico constituye parte integrante de la sociedad” y que el

² Margadant, Guillermo F., *Los sistemas jurídicos contemporáneos. Antecedentes y panorama actual*, México, UNAM, 1996.

³ Fix-Zamudio, Héctor, “Setenta y cinco años de evolución del derecho comparado en la ciencia jurídica mexicana”, *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, 3a. ed., México, Porrúa, 1988.

cambio social “producirá a menudo, si no es que siempre, un cambio correspondiente en el sistema jurídico (los cambios jurídicos no originan los cambios sociales, sino al revés)”.⁴ En ese sentido, el propósito inmediato del derecho comparado, continúa Merryman, es describir y explicar las correlaciones interesantes que se dan entre ciertos tipos de cambio social y ciertas formas de cambio jurídico.⁵

- 5) Para un mejor estudio de las diferentes familias jurídicas existentes,⁶ tratando de extraer la esencia de cada una de ellas y así poder analizarlas y compararlas con un ordenamiento particular. No es necesario decir que resulta más fácil estudiar familias jurídicas que han sido definidas por sus elementos comunes, en vez de analizar separadamente todos los países que han sido, hasta la fecha, reconocidos internacionalmente, por no decir que esto es un imposible.

⁴ Merryman, John Henry, “Fines, objeto y método del derecho comparado”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año IX, núm. 25-26, enero-agosto de 1976; Merryman, John Henry, “Modernización de la ciencia jurídica comparada”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XVI, núm. 46, enero-abril de 1983; Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-cánónica*, trad. de Eduardo L. Suárez, 2a. ed. corregida, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.

⁵ *Idem*.

⁶ Queremos hacer notar a la persona lectora un tema que nos interesa en lo particular, que es el hecho de que quizá no es posible una comprensión total de la familia jurídica romano-germánica, o *civil law*, sin una referencia a la tradición del *commom law*, dadas sus similitudes que provienen de una atenuación de las diferencias que dividen los ordenamientos del *common law* y del *civil law*, y de una matriz cultural común que permite hablar de una tradición que engloba a ambas familias, para así constituir la “tradición jurídica occidental”, según lo ha puesto de relieve la clásica obra de Harold J. Berman. Dicha matriz cultural se refiere a la concepción que distingue justamente al derecho occidental de los derechos no occidentales. Véase Berman, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996. El último libro de Rogelio Pérez Perdomo tiene esta idea más que presente. Véase Pérez Perdomo, Rogelio, *Educación jurídica en Occidente: una historia cultural*, Valencia, Tirant Humanidades, 2022.

En definitiva, sabemos que un éxito legislativo no es exclusivo de un Estado en particular. La comparación, es decir, el método comparativo, nos sirve para, en principio, estudiar otras realidades diferentes en las que tengamos un punto de partida común —según Capelletti, un *tertium comparationis*—, y si ha habido un avance o un logro para solventar una laguna legal, pues adoptarla y, sobre todo, adaptarla a nuestra realidad.⁷

A partir de los contrastes que se pueden marcar desde el análisis comparativo surgen semejanzas y diferencias que deben ser tenidas en cuenta, en distinta medida y en función de las exigencias de quien los realice. Así las cosas, siguiendo a Vergottini, la esencia de la comparación jurídica, y por ende del derecho comparado, es la operación intelectual del contraste entre ordenamientos jurídicos, institutos y normativas de diferentes regulaciones que, si se lleva a cabo de manera sistemática y según los cánones del método jurídico, asume las características de las disciplinas científicas.⁸

Muchas de las críticas de los detractores del análisis comparativo, de aquellos que consideran que la comparación no es un área de conocimiento del derecho, sino tan sólo un método —y, por cierto, bastante deficiente—, se basan en el argumento de que, siempre que se trata de realizar un estudio basado en la comparación, los juristas extrapolan una solución jurídica a una realidad diferente, sin el acomodo o adaptación necesario. En este sentido, podemos decir que el derecho comparado es un método de aproximación, no de imitación acrítica, a algún aspecto de uno o varios derechos extranjeros. En este mismo orden de ideas, Fix-Zamudio, de la mano del comparatista francés René David, nos dice que

⁷ Capelletti, Mauro, “El derecho comparado: método y finalidades (una propuesta metodológica)”, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (cuatro estudios de derecho comparado)*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, Porrúa, 1993.

⁸ De Vergottini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, México, UNAM, 2004.

...en nuestro concepto, no son incompatibles las ideas de disciplina científica y de método jurídico, ya que si bien es verdad que el “derecho comparado” es un instrumento del conocimiento de los ordenamientos jurídicos y, por tanto, un método jurídico, es necesaria su sistematización, ya que es un instrumento delicado que no puede utilizarse de manera indiscriminada y, con este objeto, se ha elaborado un conjunto de estudios sistemáticos que integran lo que podemos calificar como “ciencia jurídica comparativa”, es decir, una disciplina que analiza el método jurídico comparativo y establece los lineamientos para su correcta aplicación al enorme campo del derecho.⁹

No obstante, siempre tenemos que ver las dos caras de la moneda, y así debemos advertir que la ciencia de la comparación se enfrenta a una serie de problemas que pueden reducirse, según Vergottini, a las siguientes cuestiones: 1) para qué se compara (problema de la función); 2) qué se compara (problema del objeto), y 3) cómo comparar (problema del método).¹⁰ Estas tres cuestiones planteadas, en principio inocuas, pero de una evidencia palpable, hay que tomarlas realmente en consideración para situarnos ante la necesidad y/o utilidad de un análisis comparativo.

III. FASES DEL ANÁLISIS COMPARATIVO

Podemos afirmar que las fases, o secuencias, que congrega un análisis comparativo no son fáciles de efectuar, pero precisamente su realización exitosa determinará que una vez estudiados minuciosamente los problemas jurídicos en diferentes ámbitos y sus medios de solución, se pueda ubicar “la solución” en el contexto del Estado que las pretenda implementar. En ese entendido, y siguiendo a Zweigert y Kötz, concordamos que el derecho comparado

⁹ Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.* Véase, sin lugar a dudas, una de las fuentes directas y clásicas al respecto: David, René y Jauffret-Spinozi, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 9a. ed., París, Dalloz, 1988.

¹⁰ De Vergottini, Giuseppe, *op. cit.*

no es el derecho que surge de la simple comparación de los textos legislativos, sino el que procede de la comparación de las diversas soluciones jurídicas que se dan a los mismos problemas de hecho que afrontan los sistemas legales de los distintos ordenamientos.¹¹

Llegados a este punto, si eligiéramos a uno de los comparatistas que más influencia han tenido en la segunda mitad del siglo XX y en el ambiente jurídico comparado europeo y latinoamericano, tendríamos que destacar a Mauro Cappelletti, e independientemente de que podamos estar totalmente de acuerdo, o no, con su secuencia de fases a seguir, o con la idoneidad de todas y cada una de las fases que nos enumera para realizar un análisis comparativo; en lo que sí debe de haber consenso es en su razonamiento lógico.

De esta manera, tenemos que, según Cappelletti:

- 1) La primera fase del derecho comparado consiste en ubicar un punto de partida común (*tertium comparationis*), un problema o una necesidad social real que comparten dos o más países, a los cuales se les quiere aplicar el análisis comparativo. El *tertium comparationis* fue objeto de fútiles disquisiciones entre los comparatistas, una cuestión ya rebasada en la actualidad.
- 2) La segunda fase implica encontrar las normas, instituciones y procesos jurídicos con los que los países examinados han intentado resolver el problema/necesidad; en definitiva, se busca localizar soluciones jurídicas del problema.
- 3) La tercera fase es encontrar razones que puedan explicar las analogías, pero, sobre todo, las diferencias en las soluciones adoptadas en respuesta a un mismo problema: razones históricas, sociológicas, éticas, etcétera.
- 4) La cuarta fase consiste en la investigación de las grandes tendencias evolutivas.

¹¹ Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *An Introduction to Comparative Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1992, pp. 30 y ss.

- 5) En la quinta fase se tratan de evaluar las soluciones adoptadas, en cuanto a su eficacia o ineficacia, en la resolución del problema/necesidad a partir del que ha arrancado la investigación.
- 6) Para Cappelletti, la sexta y última fase sería una cuestión de predicción de desarrollos futuros. Diferimos de esta última etapa si la tomamos literalmente, ya que el comparatista no debe ser “profeta”; la ciencia jurídica es precisamente eso, una ciencia, que está basada en la razón, en la secuencia lógica de sucesos que se deben interpretar, pero no se trata —sin lugar a dudas— de vaticinios.

Como adelantamos en la presentación, las Jornadas de la ASADIP de 2022 se hicieron coincidir en tiempo y espacio con el Congreso General de la Academia Internacional de Derecho Comparado, lo cual fue un esfuerzo encomiable y más que plausible. En ese tenor, y a raíz del planteamiento no sólo de la utilidad de la comparación, sino también de la necesidad de realizarla a través de una serie de fases consecutivas y lógicas, traemos a colación parte de la presentación que realizaron los profesores Katharina Boele-Woelki, Alexandre Senegacnik y Bruno Sousa Rodrigues en el seno de dicho Congreso, el 25 de octubre.

Destacamos cómo los autores inician con un planteamiento, con una aseveración crucial, cuando expresaron que

...la comparación jurídica es un proceso académico en el que “objetos” específicos de, al menos, dos jurisdicciones son puestos uno frente al otro con el fin de: 1) determinar sus similitudes y diferencias; 2) explicar las causas de las similitudes y diferencias, y 3) evaluar las soluciones.¹²

¹² Boele-Woelki, Katharina *et al.*, “Teaching of Comparative Law” (workshops), XXI General Congress of the Academy, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, Asunción, Paraguay, 25 de octubre de 2022, disponible en: https://drive.google.com/file/d/1SF-nLN3AWTY3q_4LaK6EMEMOSMPRGF8N/view.

Precisamente, para poder realizar dicho proceso académico se necesitan, tal y como ya vimos con Cappelletti, de una serie de fases o etapas de la investigación en derecho comparado. Los autores referidos (Boele-Woelki, Senegacnik y Sousa Rodrigues) las circunscriben a cinco fases o etapas: 1) preparatoria; 2) encuentro de similitudes y diferencias; 3) explicación; 4) evaluación, y 5) investigación y presentación de reportes o informes.

De manera paralela, nuestros autores nos introducen los elementos que deben integrar la consecución de dicho análisis comparativo, y así lo enumeran en nueve pasos: 1) selección de un tema y formulación de la pregunta de investigación; 2) justificación de la selección de jurisdicciones; 3) recopilación del material; 4) redacción de un cuestionario; 5) recogida de respuestas; 6) detección de similitudes y diferencias; 7) intentar explicar las similitudes y diferencias; 8) seleccionar los criterios de evaluación de las distintas soluciones, y 9) presentar el estudio jurídico comparativo, simultánea o sucesivamente, por escrito.¹³

Así, Katharina Boele-Woelki, Alexandre Senegacnik y Bruno Sousa Rodrigues ponen en conexión las cinco fases o etapas con los nueve pasos, quedando de la siguiente manera:

- La fase 1 (preparatoria) se corresponde con los pasos 1, 2 y 3 (selección de un tema y formulación de la pregunta de investigación; justificación de la selección de jurisdicciones, y recopilación del material).
- La fase 2 (encuentro de similitudes y diferencias) se corresponde con los pasos 4, 5 y 6 (redacción de un cuestionario; recogida de respuestas, y detección de similitudes y diferencias).
- La fase 3 (explicación) se corresponde con el paso 7 (intentar explicar las similitudes y diferencias).
- La fase 4 (evaluación) se corresponde con el paso 8 (seleccionar los criterios de evaluación de las distintas soluciones).

¹³ *Idem.*

- La fase 5 (investigación y presentación de reportes o informes), finalmente, se corresponde con el paso 9 (presentar el estudio jurídico comparativo, simultánea o sucesivamente).

En definitiva, lo que queremos poner sobre la mesa es que hay cierto paralelismo con la clásica categorización de las fases del análisis comparativo, derivadas de lo que expusimos de Cappelletti y éste, a su vez, derivado y/o complementado de otros grandes comparatistas; pero la propuesta de Boele-Woelki, Senegacnik y Sousa Rodrigues está basada en un análisis aún más profundo y pormenorizado que contribuye, sobresalientemente, a constatar que el análisis comparativo como método necesita un proceso meticuloso y con objetivos concretos, los cuales están divididos en cinco fases y que, además, se van construyendo a través de nueve pasos articulados, los cuales van conformando una ciencia comparativa imprescindible de gran aporte y de urgente puesta en escena en nuestras aulas, en nuestros laboratorios y en nuestras clínicas jurídicas. El cambio ya fue anunciado desde hace décadas y la implementación es imperativa si queremos realmente tener análisis exitosos para la mejor implementación, regulación y, por tanto, funcionamiento de nuestros ordenamientos jurídicos, yendo de la mano de un buen análisis comparativo.

Mientras terminábamos esta contribución, no pudimos evitar preguntarnos si las últimas novedades en torno a la inteligencia artificial, en concreto el *chatbot* impulsado por *OpenAI.com*, pudieran tener incidencia en nuestro tema. Hay quien pudiera dudar del esfuerzo que entraña semejante tarea de enseñanza/aprendizaje y enseñanza/investigación del derecho comparado, y no por lo loable de la misma, sino por el cuidado que hay depositar para realizarlo de una manera correcta para que prodigue los mejores resultados. Incluso, hay quien pudiera llegar a pensar que dada la actualidad más inminente de la inteligencia artificial y lo que ha conseguido en apenas tres meses (siendo noviembre de 2022) el ChatGPT, quizá haciéndole las preguntas correctas, podríamos

obtener unos resultados encomiables sin realmente hacer un esfuerzo titánico como el que implica el análisis comparativo.

Nuestra preocupación, como cuestión de partida, es que no debemos olvidar que detrás de cualquier programa o aplicación de inteligencia artificial, detrás de aquellos algoritmos que nos permiten obtener respuestas rápidas y certeras, tenemos que considerar siempre al frente —o detrás— al ser humano, capaz de discernir, desde la multidisciplinariedad y en equipo, la respuesta lanzada, porque estos programas nos arrojarán una información que puede ser utilizada sin el cuidado debido y sin responsabilidad. Por tanto, dicha responsabilidad deviene desde el momento en que dentro de estos estudios comparativos prima la formación consciente por las distintas variables elegidas, su justificación, y así llegar a una fase explicativa, evaluativa y conclusiva. Ya Katharina Boele-Woelki, Alexandre Senegacnik y Bruno Sousa Rodrigues lo dejaron patente: una epistemología del derecho comparado, desde la pregunta ¿qué es el conocimiento jurídico comparado?, implica que los supuestos epistémicos del método comparativo tienen impacto en su enseñanza, y ésta no sólo debe ser interdisciplinaria, sino que también tiene que atender el tiempo y el espacio, la transnacionalidad, la transterritorialidad, la mundialización o integración y la globalización o el ser parte de un ente, más que nunca, cosmopolita.¹⁴

Efectivamente, no pudimos evitarlo y le preguntamos al ChatGPT su opinión, por lo que dejamos su respuesta como colofón:

¿Se puede conseguir a través de la inteligencia artificial un buen análisis comparativo? Si, se puede conseguir un buen análisis comparativo a través de la inteligencia artificial y el ChatGPT. La inteligencia artificial es capaz de procesar grandes cantidades de datos para identificar patrones y tendencias que permitan realizar una comparación entre diferentes variables. El ChatGPT permite al usuario interactuar con la inteligencia artificial para

¹⁴ Beck, Ulrich, “Reframing Power in the Globalized World”, *Organization Studies*, núm. 79, 2008.

obtener información detallada sobre los resultados del análisis comparativo.

Nuestras dudas, ante una respuesta que parece contundente o firme del ChatGPT, serían las siguientes: ¿esta inteligencia artificial podrá incluir contextos culturales?, ¿podrá visualizar la necesaria cooperación a través de una adaptabilidad y, además, abrir las matrices jurídicas?, ¿se podrá hacer con un verdadero acceso a la información, soslayando, incluso, las barreras del idioma? Esto lo dejamos para la reflexión.¹⁵

¹⁵ Justo al cierre de la edición de esta publicación salieron a la luz un par de textos de referencia imprescindible en la materia; nos referimos a: Boele-Woelki, Katharina *et al.* (eds.), *Contemporary Challenges to the Teaching of Comparative Law. Ceremony of 16 May 2022 in Honour of 5 Great Comparatists*, Cambridge, Intersentia-IACL, 2023, y Sánchez Cordero, Jorge (ed.), *Culture and Law. An Inescapable Encounter*, Cambridge, Intersentia-IACL, 2023.