

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTOS BÁSICOS

I. Denominación	109
II. Concepto	110
III. Objeto	112
IV. Función del derecho comparado	112

CAPÍTULO PRIMERO

COMENTARIOS DE LEGISLACIÓN COMPARADA

CONCEPTOS BÁSICOS

Conforme observan los autores que se han orientado por el estudio comparado del derecho, deben indicarse en forma preliminar al inicio de un comentario del género, algunos conceptos básicos que precisen la orientación seguida.

I. Denominación

La diversidad de nombres con que el propio tipo de investigaciones han sido calificadas hace necesario su conceptualización. Ni todas las denominaciones se presentan convenientes, ni es acertado expresar que todos los diversos trabajos presentados como del género, se constituyan en verdad, en ensayos de investigación comparativa.¹

La denominación más frecuentemente referida entre los autores en los países de origen latino, en los de lengua inglesa, en los escandinavos y en los eslavos, es aquella de *derecho comparado*, la cual si bien es utilizada por ser la que goza de carta de ingreso más arraigada en ellos, es al mismo tiempo terminología que no logra convencer a los autores comparatistas, quienes por lo general se ven en la necesidad de aclarar expresamente su personal desacuerdo.²

Como refiere un autor, más adecuado resulta el término alemán *Rechtsvergleichung* que indica precisamente comparación de derechos, informando por

¹ Solá Cañizares Felipe, *Iniciación al derecho comparado*, Instituto de Derecho Comparado, Barcelona, España, 1954, pp. 95-96; Gutteridge Harold Cooke, *El derecho comparado, introducción al método comparativo en la investigación y en el estudio del derecho*, traducción de Enrique Jardiñ, Instituto de Derecho Comparado, Barcelona, España, 1954, p. 1; David René, *Tratado de derecho civil comparado*, introducción al estudio de los derechos extranjeros y al método comparativo, Editorial Revista de Derecho Privado, 1953; Sarffatti Mario, *Introducción al estudio del derecho comparado*, traducción del Instituto de Derecho Comparado de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, Imprenta Universitaria, México, 1945, p. 56.

² En efecto, si al hacerse referencia a una determinada rama del derecho se utiliza precisamente el término *derecho* unido al elemento diferenciado, sea derecho civil, derecho penal, derecho internacional, etcétera, con acierto se observa confusa la denominación indicada para esta disciplina que a diferencia de las anteriores no se presenta como una rama particular del derecho, sino como el estudio comparativo de legislaciones vigentes en una serie de países dentro de un periodo histórico determinado, o bien, como el estudio de las mismas al transcurso de diversos periodos históricos, sea en el marco de varios países o en el seno de un mismo país.

tanto, con mayor certitud, que se trata del estudio de sistemas jurídicos diversos y no del estudio particularizado de un conjunto de normas.

En lengua hispana la denominación *legislación comparada* es tal vez más convincente ya que evita la inconveniencia del término primeramente enunciado, presenta, sin embargo, un sentido que restringe la amplitud de la disciplina, pues el concepto *derecho*, se observa más amplio que aquel otro de *legislación*.

En países de lengua inglesa se ha utilizado el término *Comparative Jurisprudence* que traducido como "teoría general comparada del derecho" es no obstante objetada por indicar una concepción histórica y filosófica ya superada.³

II. Concepto

Siendo la materia aún de reciente desarrollo⁴ algunos autores la designan como de naturaleza substancial en tanto que otros la refieren únicamente como método de estudio.⁵

El aún reciente nacimiento y desarrollo de esta índole de investigaciones, se hace más visible si se considera que en general, se ha adoptado al Congreso Internacional de Derecho Comparado de París, en 1900, como su inicial y definitivo punto de partida, lo cual no significa que antes no hubieran sido elaborados trabajos del género, pues ya con anterioridad se habían elaborado algunos ensayos bajo el método comparativo y, más aún, con antelación de casi dos siglos se observaron estudios que consignan ya datos comparativos.⁶

³ Ver Solá Cañizares, *op. cit.*, p. 9.

⁴ Sarfatti, *op. cit.*, pp. 26-47; Solá Cañizares, *op. cit.*, pp. 54-64.

⁵ La concepción como método De Francesci, Silva Pereira, Messimeo, Kaden, Gutteridge y David (según Cañizares, *op. cit.*, p. 100); Gutteridge (*op. cit.*, p. 14) trata el tema refiriéndose al "Método de la Ciencia Jurídica" y a "La Ciencia del Método Científico"; expresa Solá Cañizares que sea ciencia o sea método, ello en todo caso es cuestión secundaria porque aun admitiendo su presencia como método, debe preguntarse si el objeto sólo lo puede constituir un conjunto de normas vigentes como derecho positivo, o bien, si es posible considerar la comparación misma de tales normas como el elemento de ese objeto, de donde la existencia del método y la presencia del objeto, conforme el criterio enunciado, sumados a su inobjetable unidad, sería suficiente para darle la autonomía de ciencia o de disciplina, como método científico.

⁶ Autores como Grocio, Lord Manfield en Inglaterra, Montesquieu en Francia, Feurbach en Alemania y Vico en Italia, pueden ser considerados como precursores; como iniciadores Zacharie y Mittermaier en Alemania, Levy en Inglaterra y más adelante Amari en Italia y Maine en Inglaterra.

Resumiendo las principales noticias en el desarrollo del Derecho Comparado (cfr. René David, *op. cit.*, p. 36) en Francia se impartieron cátedras de la materia por Lermier, en España por Ortolán y después en Inglaterra por Maine. El desarrollo del Derecho Comparado se produce al transcurso del siglo XIX, en donde después de un periodo de nacionalismo se desarrolla nuevamente el universalismo en las ciencias jurídicas. Con el Código Napoleónico, Francia impone fórmulas legislativas de valor universal y de derecho natural que habrán de seguirse en la mayoría de los países de la Europa Continental y en América Latina. En 1869 se crea en Francia una sociedad de legislación comparada y un boletín de información que en aquella época, tuvo por objeto, en manera fundamental, mejorar las propias leyes a través del estudio comparado de las diversas legislaciones. Posteriormente

No existe uniformidad en la doctrina en torno al concepto por cuanto a que su objeto de estudio no se encuentra aún uniformemente concebido. Los autores coinciden en expresar que el objeto del derecho comparado es la comparación de legislaciones, pero ello resulta insuficiente porque la amplitud del concepto es variable y en tanto que algunos adoptan un concepto tal vez demasiado holgado, ya que se extiende a la sola mención o enunciación de una pluralidad de legislaciones sin realizar un verdadero análisis comparativo de las consecuencias obtenidas, para otros estudiosos, el concepto resulta restringido e insuficiente, indicándose que susceptible de comparación es no sólo la legislación como conjunto de leyes, sino las leyes en particular, las orientaciones seguidas por los ordenamientos, determinadas instituciones y otros aspectos más.

El estudio de derechos extranjeros o la sola exposición de éstos, aún elaborados en manera paralela, se indica que no es en realidad derecho comparado sino precisamente estudio de legislación extranjera; de la misma manera como el estudio de una legislación ya no vigente, constituye el estudio de la Historia del derecho, y sólo constituirá derecho comparado, cuando efectuadas las comparaciones, sea entre las legislaciones de los diferentes países o bien entre las legislaciones de un mismo país que corresponden a momentos históricos diversos, se obtengan de ellas conclusiones, consecuencia de los puntos de afinidad o de contrastes.⁷

No es de aceptarse, por tanto, aquella concepción que Ascarelli alude como *Estadística de Derecho Comparado* pues, si el material puede ser suficiente, se hace necesario efectuar la elaboración conclusiva.⁸

El estudio comparado del derecho no se constituye en derecho internacional privado,⁹ si bien es cierto que le presta indiscutible ayuda, toda vez que el

son fundadas nuevas asociaciones, pero como indicado, el punto de partida generalmente aceptado es en 1900, cuando se verifica el Primer Congreso Internacional de Derecho Comparado.

Después de la Primera Guerra Mundial el interés por la universalización del derecho recibe un nuevo impulso. Se crea la Sociedad de Naciones y el Derecho Comparado adquiere un relieve especial desarrollándose un interés particular por el derecho común inglés. En la actualidad, el avance científico, cultural y económico está provocando un nuevo auge en el desarrollo de las ramas jurídicas en todo el mundo, ya que al no ocurrir lo que en épocas anteriores, cuando los países se sometieron al criterio del derecho francés, se está elevando el derecho propio; en los países socializados asimismo se ha estado desarrollando una conciencia adecuada al sistema y en algunos derechos orientales se ha observado un acercamiento (ver René David, *op. cit.*, p. 4).

Recordando algunos autores que se han orientado por la materia: en Francia han seguido la corriente Saleilles, Lambert y Lévy Ullman, en Alemania particularmente se mencionan a Ernst Rabel, Kaden y Schlesgelberger, en Italia a Sarfatti, Galgano, Clovis Bevilacqua, Giorgio del Vecchio, y en Inglaterra a Pollock, a Kennery, Gutteridge y otros.

⁷ Así Tullio Ascarelli, *Studi di Diritto Comparato e in Tema de interpretazione*, Ed. Giuffrè, Milano, 1952, p. 12; Sarfatti, *op. cit.*, p. 56; Solá Cañizares, *op. cit.*, p. 99.

⁸ El estudio comparativo de derecho lógicamente supone conocimiento de la legislación extranjera o históricamente precedente que se adopta como base para la comparación, pero en forma alguna puede decirse que el estudio del derecho extranjero constituye el estudio comparado del derecho.

⁹ Sarfatti, *op. cit.*, pp. 60-65; Solá Cañizares, *op. cit.*, p. 100.

internacionalista debe conocer las leyes cuya aplicación discute y el estudio comparado presta su auxilio en virtud de que:

... antes que examinar superficialmente en sí mismas las singulares disposiciones de las diversas leyes en conflicto, la investigación comparativa penetra en la institución jurídica de que se trate, llegando a los correspondientes sistemas jurídicos desde la fuente de la norma respectiva en los varios derechos, solamente de este modo se provee a un serio proceso de calificación, del cual puede resultar una cierta armonía entre las leyes aparentemente opuestas entre sí, con la consiguiente aplicabilidad de un principio que, si no encuentra directa correspondencia en la ley invocada por una parte, allí existe, sin embargo, fundamentalmente.¹⁰

III. Objeto

Precisando el objeto en la investigación comparada del derecho, los autores establecen distinciones en base a la diversa finalidad adoptada:¹¹ siguiendo a Gutteridge¹² distinguimos entre Derecho Comparado Descriptivo y Derecho Comparado Aplicado. El primero comprende diversas clases de investigación comparativa, desde la sola indicación de diferencias entre los sistemas jurídicos observados hasta la elaboración más completa en el campo que implique una labor de investigación más profunda, pero caracterizada siempre por ser realizada sin un fin particular de aplicación práctica sino con el único objeto de proporcionar la información al respecto. El segundo se caracteriza por hacer uso del método comparativo a la realización de un fin particular; ya no es la sola investigación como vía de orientación e información extranjera aún con anotaciones comparadas, sino la realización del estudio con un fin particular que no ha de involucrar forzosamente una finalidad de carácter práctico en sentido estricto.¹³ Esta finalidad de carácter práctico es observada generalmente en el intento de reforma de alguna norma o alguna institución, o bien, en intentos varios para la unificación de sistemas diversos.

IV. Función del derecho comparado

La función actual del derecho comparado no es la misma que fuera en sus inicios cuando se intentaba lograr la unificación del derecho en el mundo; en la actualidad, si bien esa finalidad no se ha perdido totalmente de vista, ya

¹⁰ Sarfatti, *op. cit.*, p. 61.

¹¹ Lambert distingue *Historia Comparada del Derecho*, *Legislación Comparada* y *Derecho Comparado Descriptivo*; Kaden habla de *Comparación Normal Dogmática*; Gutteridge refiere *Derecho Comparado Descriptivo* y *Legislación Comparada* o *Derecho Comparado Aplicado*; Solá Cañizares por su parte expresa: el estudio comparado puede ser orientado, sea adoptando como objeto del mismo el sistema jurídico penal en general, esto es, en su estructura, concepciones, fuentes y métodos de interpretación, o bien considerando específicamente una o varias instituciones del ordenamiento en cada sistema susceptible de comparación (*op. cit.*, p. 104).

¹² *Op. cit.*, pp. 18-23.

¹³ Los datos pueden haber sido derivados para que el filósofo o sociólogo encuentren bases en que fundar sus hipótesis y teorías.

que aún viene siendo observada, si bien como meta utópica que acaso puede ser alcanzada sólo en determinadas ramas jurídicas,¹⁴ se considera que la función del derecho comparado es el logro del mejor conocimiento del propio derecho a través del conocimiento del derecho extranjero toda vez que conocer el derecho en el panorama internacional permite observar mejor los contornos del derecho propio.

Se hace oportuno apuntar el concepto de *familia de derechos* ya que si bien es cierto que generalmente cada sociedad política cuenta con su propio derecho, con frecuencia se observa, no obstante, la existencia de diversos derechos en el ámbito de un solo Estado o bien de un solo derecho en diversos Estados, por lo cual por familia de derecho debe entenderse sistema de derecho.¹⁵

Por sistema jurídico debe entenderse el conjunto de reglas de derecho positivo, y la comparación debe partir de esta noción, toda vez que, como indicado, puede suceder que en un mismo país se encuentren vigentes más de un sistema jurídico,¹⁶ como igualmente, un mismo sistema puede encontrarse operando, aún en materias particulares, en diversos países simultáneamente como el caso de *common law*.¹⁷

¹⁴ Es el caso de la reglamentación jurídica en materias como vías de comunicaciones internacionales, servicios telex y de televisión, el derecho atómico y el derecho espacial.

¹⁵ Ver René David, *op. cit.*, p. XII; también Solá Cañizares, *op. cit.*, p. 104.

¹⁶ Es el caso en Latinoamérica de países que han sufrido la influencia del derecho anglosajón y observan asimismo también en su pasado histórico una formación cuyo origen responde a un derecho diverso, como el caso de Puerto Rico.

¹⁷ Cañizares, *op. cit.*, pp. 169-181, sitúa los sistemas jurídicos contemporáneos en cuatro grupos: I. Sistemas occidentales: a) Sistema del *common law*; b) Sistema romanista; c) Sistema de derecho romano; d) Sistema escandinavo; e) Sistema iberoamericano. II. Sistemas soviéticos: a) Código de la URSS; b) Códigos de los países satélites. III. Sistemas religiosos: a) Código Canónico; b) Código Musulmán; c) Código Indú. IV. Sistema chino.

Los sistemas occidentales se caracterizan porque su fuente legal no se constituye por la religión y se desarrollan bajo una organización social y económica de tipo capitalista a cuya base se establecen las actividades privadas; los sistemas soviéticos son sistemas jurídicos formados en derredor de una organización social y económica de tipo colectivista; los sistemas religiosos encuentran su fundamento en principios de este carácter y sus reglas jurídicas se desenvuelven e interpretan con base en los principios de la religión; el derecho chino, se fundamenta particularmente en principios filosóficos y morales, y la ley es realmente fuente secundaria.

Por cuanto a los sistemas occidentales, una primera diferencia se apunta, entre derechos que siguen el sistema del *common law* y los sistemas continentales que en sí mismos no integran tampoco una unidad; entre ambos como distinción de esencia se observa que los primeros utilizan como fuente primordial la costumbre y las resoluciones son conforme al caso precedente, en tanto que en el segundo grupo la fuente primordial lo constituye la ley y desde luego el caso precedente no es obligatorio.

Dentro del grupo de los derechos continentales, el grupo de derechos que siguen el sistema romanista, se desarrollan sobre la base del Código Napoleónico; se forma por la mayoría de países de la Europa Central incluyendo Alemania, la cual no debe de ser separada según observa acertadamente René David.

El grupo de países que integran el sistema latinoamericano, se caracteriza porque si bien observa asimismo la influencia del Código Napoleónico, resiente también una fuerte influencia ibérica o portuguesa y los ordenamientos son consecuencia de una serie de investigaciones comparativas entre los cuerpos legales de la Europa Occidental amén de la influencia derivada de sus características propias.