

## CONSIDERACIONES DURANTE EL PROCESO COMPARATIVO\*

Adrián MANGERA COTA\*\*

**RESUMEN:** El presente artículo parte de la idea de que el derecho comparado es un método que puede utilizarse para el desarrollo del derecho nacional e internacional por medio de la comparación, para ello existen varias cuestiones que deben considerarse para alcanzar una comparación aplicable.

**ABSTRACT:** *The following article starts from the idea that comparative law is a method that can be used for the development of national and international law through comparison, nevertheless, there are several matters that they must be considered in order to reach an applicable comparison.*

**Palabras clave:** derecho comparado, método comparativo, sistemas jurídicos, metodología.

**Descriptors:** *comparative law, comparative method, legal systems, methodology.*

\* Artículo recibido en enero de 2007 y aceptado el 12 de junio de 2007.

\*\* Licenciado en derecho por la Universidad de Sonora. Maestro en metodología de la investigación por la Universidad de Liverpool. Actualmente, abogado litigante y maestro en las materias de Derecho internacional y Metodología de la investigación en la Universidad de Sonora y Universidad del Valle de México, campus Hermosillo.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El derecho comparado ¿disciplina, ciencia o método?* III. *Relación del derecho comparado con otros sujetos*. IV. *Las funciones de derecho comparado*. V. *Guía para un estudio comparativo*. VI. *Precauciones durante el proceso comparativo*. VII. *Consideración final*. VIII. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

El derecho comparado es un método o técnica de investigación que permite su empleo en prácticamente todas las áreas del derecho, ya sea para identificar legislación extranjera o alcanzar una solución a problemas nacionales.

Cuando se hace referencia a la comparación, generalmente, pensamos en cotejar e identificar las semejanzas y diferencias entre dos sujetos diferentes y así llegar a una conclusión, pero esto no es tan simple. Equiparar las similitudes y diferencias es uno de los pasos en la comparación, pero no el único. Deben considerarse una serie de precauciones que afectan al derecho y al proceso de comparación como son las cuestiones socioculturales, la interpretación del derecho, las barreras lingüísticas, entre otros.

El presente estudio se desarrolla en dos apartados: el derecho comparado como método, y los aspectos a considerar durante el proceso comparativo. Y se divide en cinco secciones: la primera sección explica por qué debe considerarse el derecho comparado como método. La segunda sección habla acerca de la relación entre el derecho comparado con las otras ramas del derecho. La tercera explica las funciones y el uso del derecho comparado. La cuarta provee una manera de elaborar un adecuado proceso comparativo. La quinta, y última sección, destaca los principales obstáculos y criterios que deben considerarse antes y durante un proceso de comparación.

## II. EL DERECHO COMPARADO ¿DISCIPLINA, CIENCIA O MÉTODO?

El estudio del derecho comparado se puede realizar, según se le consideré ya como una disciplina, una ciencia o un método.<sup>1</sup> No obs-

<sup>1</sup> Véase Kiekbaev, Djilil, "Comparative Law: Method, Science or Educational Discipline?", *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 7.3, septiembre de 2003, <http://www.ejcl.org/73/abs73-2.html>.

tante, se explicará por qué debe ser considerado más un método que una ciencia o disciplina.

Las razones de considerarlo como una ciencia es por lo que se debe entender por ciencia.<sup>2</sup> Rheinstein señala que:

Derecho comparado en ese sentido es la ciencia que observa y busca la exactitud del derecho en general... éste procura recolectar, observar, analizar y clasificarlos y, como en otras ciencias en el sentido estricto de la palabra, busca clasificaciones, coincidencias y secuencias, o, en otras palabras, 'leyes'... leyes como la ley de gravedad de Newton o la ley de Gresham en economía... leyes... donde la palabra es entendida en la moderna concepción de ciencia.<sup>3</sup>

El motivo para considerarlo como método depende de la diferencia en el concepto de ciencia y método. Se entiende por ciencia a la sistematización de conocimientos que a través de varios métodos de recolección de datos son sometidos a un proceso de verificación; mientras, método se refiere al acercamiento sistemático de una actividad que apunta a alcanzar un objetivo. Es decir, ciencia es el camino por la cual un sujeto determinado puede ser estudiado por medio de un proceso de verificación; mientras que método es un instrumento o técnica que por un proceso de comprobación apunta a autentificar un estudio. Si partimos de la premisa de que el objetivo del derecho comparado es entender elementos extranjeros por medio de la comparación, más que la sistematización de conocimientos, como lo señala el concepto de ciencia, entonces sería propio considerarlo como método.

<sup>2</sup> Quienes analizan derecho comparado como una ciencia son Levy-Ullman, Kohler, Arminjon, Nolde y Wolff, Rabel y Brutuau, Yntema, M. Rheinstein, Hall, O. Pfersmann, W. J. Kamba y Lambert.

<sup>3</sup> "Comparative law in that sense is the observational and exactitude-seeking science of law in general... it endeavours to collect, observe, analyse, and classify them and, like other sciences in the narrow sense of the word, it searches for typical collocations, coincidences, and sequences, for "laws"... laws of the kind of Newton's laws of gravitation or Gresham's law in economics... laws... in which the word is understood in modern natural science...". (La traducción es del autor). Rheinstein, Max, "Teaching Tools in Comparative Law", *American Journal of Comparative Law*, vol. 1, 1952, p. 98.

Puede considerarse como disciplina,<sup>4</sup> por su capacidad para tener su propio marco conceptual:

Existe una interacción entre el derecho y derecho comparado que funciona para redefinir el marco conceptual así como para ordenar los datos empíricos. Conocimiento es una síntesis de forma y contenido, y conocimiento jurídico es una síntesis del marco conceptual general proporcionado por la jurisprudencia genérica y el detallado contenido empírico proporcionado por el derecho comparado. Pero así como la relación entre forma y contenido no es absoluto, los conceptos de jurisprudencia genérica pueden sufrir una transformación a la luz de los datos proporcionados por derecho comparado. Si se demuestra que los conceptos son inadecuados, se debe a la inhabilidad del jurista para representar el contenido de los sistemas jurídicos en vez de su desconocimiento por algunos miembros de las sociedades en cuestión.<sup>5</sup>

Considerarlo como método se debe a las ventajas que otorga como instrumento para la comparación. Al comparar y contrastar se verifica la relación entre los sujetos comparados. “La esencial tarea analítica es buscar las similitudes en la relación entre dos variables en condiciones diferentes mientras otras condiciones se mantengan como constantes”.<sup>6</sup> En derecho, la comparación puede ser entendida por

<sup>4</sup> Como una disciplina académica, sus principales precursores son Kahn-Freund, Richard Tur, P. de Cruz, H. Gutteridge, Butler, Watson, Örüçü, Gutteridge, Constantinesco y Lawson.

<sup>5</sup> “There is an interplay of general jurisprudence and comparative law which operates to refine the conceptual frame as well as to order the empirical data. Knowledge is a synthesis of form and content, and legal knowledge is a synthesis of a general conceptual frame provided by general jurisprudence and the detailed empirical content of the actual provided by comparative law. But just as the relation of form and content is not absolute, so the concepts of general jurisprudence can undergo transformation in the light of the data gleaned by comparative law. If the concepts with which the general jurist approaches his task can ever be shown to be inadequate, it must be by their inability to represent the content of actual legal systems rather than by their unfamiliarity to some of the members of the societies in question”. (La traducción es del autor) Tur, Richard H. S., “The Dialectic of General Jurisprudence and Comparative Law”, *The Juridical Review*, 1977, p. 248.

<sup>6</sup> “The essential analytic task is to seek out similarities in the relationship between two variables under different conditions, with other conditions held constant”. (La traducción es del autor). Warwick, Donald P. y Osherson, Samuel, “Comparative

una declaración de Francis Bacon; en su propuesta de *Digest* decía que al comparar las leyes de Inglaterra y Escocia, dichas leyes “pueden ser cotejadas y comparadas, a fin de que sus diferencias puedan surgir y éstas sean distinguidas”.<sup>7</sup> Esto es, al examinar y comparar las leyes entre diferentes naciones se reconocerían los puntos de acuerdo, desacuerdo e incompatibilidades.

Por otro lado, el acto de comparación no sólo es un asunto de distinguir similitudes y diferencias, sino también identificar la compatibilidad entre los sujetos comparados. “En estudios jurídicos comparados debe reconocerse y diferenciarse un espacio de otro dentro del derecho. Es una cuestión de identificar las condiciones de diferencia, de lugares, ocasiones, energías, y enfoques institucionales dentro de cada diferencia, sus desemejanzas, u otros que puedan surgir”.<sup>8</sup>

Por lo que puede decirse que el derecho comparado es una técnica metodológica que permite ser utilizada para realizar comparaciones entre dos o más materias en varios sistemas jurídicos. Una ventaja que ofrece el método comparativo es que permite entender un orden jurídico diferente que el propio y navegar a través de diferentes sistemas jurídicos:

Derecho comparado, entonces, es una disciplina intelectual en su propio derecho, es algo más que el estudio de un sistema extranjero donde se obtenga un panorama de todos los sistemas jurídicos o comparación de reglas individuales o ramas del derecho entre dos o más sistemas, y yo sugeriría que es el estudio de la relación de un sistema jurídico y sus leyes con otro.<sup>9</sup>

Analysis in the Social Sciences”, en Warwick, Donald P. (comp.), *Comparative Research Methods*, Nueva Jersey, Prentice-Hall Inc., Englewood Cliffs, 1973, p. 7.

<sup>7</sup> “May be collated and compared and that the diversities may appear and be discerned of”. (La traducción es del autor). Butler, W. E., “Comparative Approaches to International Law”, *Recueil des Cours. Academy of International Law*, vol. 190, 1986, p. 22.

<sup>8</sup> “Comparative legal studies must recognize and lay out a space of the other within the law. It is a question of identifying the conditions of difference, the places, occasions, energies, and institutional focuses within which difference, as difference, can appear or the other speak”. (La traducción es del autor). Legrand, Pierre “How to Compare Now”, *Legal Studies*, núm. 2, vol. 16, julio de 1996, p. 240.

<sup>9</sup> “Comparative Law, then, if it is to be an intellectual discipline in its own right, is something other than the study of one foreign system an overall look at the world’s systems or comparison of individual rules or of branches of law as between two or

Que a su vez permite contribuir al desarrollo y evolución de un sistema jurídico. “El derecho comparado es una *école de vérité* que intensifica y enriquece la ‘oferta de soluciones’ (Zitelmann), pues proporciona al estudioso con talento crítico la oportunidad de hallar la ‘mejor solución’ a las situaciones de su tiempo y de su lugar”.<sup>10</sup>

### III. RELACIÓN DEL DERECHO COMPARADO CON OTROS SUJETOS

Cabe considerar que el derecho comparado puede actuar para lograr un mayor enriquecimiento en las materias que se mencionan a continuación: derecho internacional privado, derecho internacional público, historia del derecho, etnología del derecho y sociología jurídica.

#### 1. *Derecho comparado y derecho internacional privado*

Mientras que el derecho internacional privado determina cuál es la regla más conveniente a aplicar en casos de extranjería en derecho comparado, éste sirve como instrumento para explorar la regla a ejecutar en diferentes sistemas jurídicos.<sup>11</sup> Ambas materias permiten lograr un mayor entendimiento y aplicación de conceptos, normas o leyes. Por ejemplo, en una controversia internacional entre dos países, el derecho internacional privado interviene para determinar la jurisdicción y las reglas que habrán de aplicarse; mientras que, el derecho comparado proporciona las herramientas que permiten explorar y conocer las áreas e instituciones involucradas para definir las leyes a aplicar.

more systems, and I would suggest that it is the study of the relationship of one legal system and its rule with another”. (La traducción es del autor). Watson, Alan, “Legal Transplants”, *An Approach to Comparative Law*, Edimburgo, Scottish Academic Press, p. 6.

<sup>10</sup> Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *Introducción al derecho comparado*, 3a. ed., México, Oxford University Press, 2002, p. 17.

<sup>11</sup> Véase Fauvarque-Cosson, Bénédicte, “Comparative Law and Conflict of Laws: Allies or Enemies? New Perspectives on an Old Couple”, *American Journal of Comparative Law*, vol. XLIX, 2001, pp. 407-428.

## 2. *Derecho comparado y derecho internacional público*

El derecho comparado ayuda entender las reglas y principios internacionales que cada nación ha adoptado, pero también promueve el desarrollo y aplicación del derecho internacional público. Por ejemplo, los principios generales del derecho internacional, estipulados en la cláusula primera del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, establecen que los jueces internacionales pueden aplicar los principios internacionales más apropiados para solucionar disputas internacionales.<sup>12</sup> En la interpretación de tratados internacionales, el derecho comparado sirve como herramienta para la búsqueda de algún criterio o fórmula que sea adecuado para el entendimiento de ciertos vocablos o frases.

## 3. *Derecho comparado e historia del derecho*

En historia del derecho, el método comparativo se utiliza para entender el origen de ciertas instituciones jurídicas. Los historiadores legales no pueden realizar un estudio apropiado de cierta institución, si no se ha efectuado previamente un análisis de su origen.<sup>13</sup> Sólo si se estudia el nacimiento e historia de una institución existen mayores posibilidades de comprender el actual funcionamiento de una institución. Al respecto, Maine menciona acerca de la relación entre método comparativo y método histórico:

Pienso que puedo aventurarme a afirmar que el método comparativo ha sido redituable al proporcionar maravillosos resultados, pero no se diferencia en algunos de los usos del método histórico. Si tomamos en cuenta un cierto número de hechos contemporáneos, ideas y costumbres podemos deducir que la forma pasada de esos hechos, ideas y costumbres no sólo devienen de registros históricos, sino de ejemplos que

<sup>12</sup> Los principios más comunes en derecho internacional son *pacta sunt servanda*, principio de *estoppel*, *res judicata*; principios conocidos y aplicados por la mayoría de las naciones.

<sup>13</sup> Véase Gordley, James, "Why Look Backward", *American Journal of Comparative Law*, vol. L, 2002, pp. 657-670.

aún no han muerto en el mundo y que todavía pueden ser encontrados.<sup>14</sup>

#### 4. *Derecho comparado y etnología del derecho*

Los cambios económicos y sociales de una nación han sido capaces de poner al descubierto sociedades que, quizás incorrectamente, han sido catalogadas como ‘primitivas’. Por decir, la migración es resultado de los cambios sociales, políticos, económicos y culturales que han logrado desplazar comunidades enteras a otras sociedades, ocasionando que adopten nuevas prácticas y eliminen su constitución original. La tarea del derecho comparado y etnología del derecho comienza en estudiar esas comunidades en un contexto internacional. Por ejemplo, el Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes llama a fortalecer la identidad, las lenguas y creencias de instituciones tribales o indígenas dentro de cada Estado.

#### 5. *Derecho comparado y sociología jurídica*

Si consideramos a la ley como la formalización de las necesidades sociales por un cuerpo legislativo, deben ser considerados los factores que la componen, como es la economía, la cultura, la sociedad o la religión de una comunidad. El derecho comparado y sociología jurídica sugieren cómo se puede contribuir a la edificación de una mejor comunidad por medio de la comparación entre diferentes sociedades. Así, por ejemplo, la globalización ha logrado conjuntar sociedades internacionalmente diversificadas y crear esquemas comunes en una comunidad.

<sup>14</sup> “I think I may venture to affirm that the Comparative Method, which has already been fruitful of such wonderful results, is not distinguishable in some of its applications from the Historical Method. We take a number of contemporary facts, ideas, and customs, and we infer the past form of those facts, ideas and customs not only from historical records of that past form, but from examples of it which have not yet died out of the world, and are still to be found in it”. (La traducción es del autor). Maine, Henry Sumner, *Village-Communities in the East and West*, 7a. ed., Londres, Spottiswoode and Co., 1895, p. 7.

#### IV. LAS FUNCIONES DE DERECHO COMPARADO

Una vez entendido que el derecho comparado es un método que puede aplicarse en varias ramas del derecho, es pertinente explicar sus ventajas. ¿En qué puede aplicarse método comparado?, ¿qué pretende solucionar? Las respuestas a estas preguntas determinan cómo el derecho comparado puede ser empleado y las funciones que puede realizar

El derecho comparado cumple varias funciones dentro del derecho. La posibilidad de ser aplicado en cualquier área del derecho determina cómo, dónde y para qué va a utilizarse: “Si el proceso comparativo es llevado a cabo con éxito, es eminentemente deseable, sino esencial, que para su empleo no debe ser confiado en ciertas categorías”.<sup>15</sup> Las principales funciones del derecho comparado se dividen en cuatro grupos: disciplina académica, reforma legislativa y judicial, unificación del derecho y derecho internacional.

##### 1. *Derecho comparado como disciplina académica*

Como parte de una disciplina académica, el derecho comparado tiene un uso fundamental en la investigación y docencia. Contar con una infraestructura avanzada para desarrollar investigación, atrae un mayor interés para desarrollar investigación comparativa. Simposios internacionales, publicaciones en revistas nacionales e internacionales y los avances en tecnología de la comunicación son ejemplos del intercambio de información en temas de derecho comparado.

##### 2. *Reforma judicial y legislativa*

El derecho comparado facilita encontrar una solución a conflictos legislativos. Para ello, ciertas instituciones extranjeras pueden contribuir a dicho cometido. No es extraño que algunas instituciones hagan

<sup>15</sup> “If the comparative process is to meet with success, it is eminently desirable, if not essential, that its employment should not be hampered by confining it to specified categories...”. (La traducción es del autor). Gutteridge, H. C., *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Studies & Research*, Cambridge, Cambridge University Press, 1947, p. 26.

uso de material extranjero e inclusive hayan adoptado fórmulas extranjeras para prevenir o buscar una solución a conflictos locales, regionales o nacionales. Por ejemplo, la *British Law Commission*, organismo que se dedica a la preparación de proyectos de ley en Gran Bretaña, indica que los comisionarios están bajo la obligación de “obtener información de los sistemas jurídicos de otros países que permitan a los comisionarios facilitar el desempeño de cualquiera de sus funciones”.<sup>16</sup> Asimismo, ciertas instituciones nacionales utilizan los servicios de centros de investigación jurídica, que a su vez realizan sus estudios o investigaciones a partir del derecho comparado, como es el caso en México. En donde diversas instituciones públicas, privadas o sociales utilizan los servicios del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Evidentemente, el estudio de experiencias extranjeras no implica la simple importación de soluciones ni la imposición de figuras extranjeras, si no el estudio de la idoneidad de instituciones extranjeras a las necesidades o problemas nacionales.<sup>17</sup> Es por ello que debe destacarse la trascendencia del derecho comparado en la reforma legislativa. Maine, al respecto, señala que: “la función principal del derecho comparado es perfeccionar la legislación y mejoramiento práctico de la ley”,<sup>18</sup> y agrega, “por medio del examen y la comparación de leyes, es como se obtienen los materiales más valiosos para mejorar la ley. No existe una rama más importante en la investigación jurídica que ésta”.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> “Obtain such information as to the legal systems of other countries as appears to the Commissioners likely to facilitate the performance of any of their functions”. (La traducción es del autor). Cláusula (f), sección 3, de la Law Commission Act de 1965, <http://www.lawcom.gov.uk/act.htm>.

<sup>17</sup> Tallon considera que un estudio comparativo no pretende copiar soluciones de propuestas extranjeras, sino adquirir ideas que puedan traer una solución de “instituciones extranjeras similares” que puedan ser transplantadas y adaptadas de condiciones locales. Véase Tallon, Denis, “Comparative Law: Expanding Horizons”, *The Journal of the Society of Public Teachers of Law*, vol. X, 1968-1969, pp. 265-272.

<sup>18</sup> “The chief function of comparative jurisprudence is to facilitate legislation and the practical improvement of the law”. (La traducción es del autor). Sumner Maine, Henry, *op. cit.*, nota 14, p. 4.

<sup>19</sup> “By the examination and comparison of laws, the most valuable materials are obtained for legal improvement. There is no branch of juridical enquiry more important than this...”. (La traducción es del autor). *Ibidem*, p. 5.

Las funciones del derecho comparado se han extendido a otras áreas. En la reforma judicial es aplicable en dos situaciones: en la aplicación e interpretación de una ley extranjera. Durante la aplicación de la ley, el juez nacional no puede ser considerado como un “super-comparatista”, como alguien capaz de dominar las leyes de todos los países, sino como un juzgador que tenga buen conocimiento del derecho extranjero con el fin de que pueda solucionar un problema local, estatal o nacional a partir de respuestas o fórmulas extranjeras. Sin embargo, la enorme carga de trabajo que tienen de su responsabilidad les impide estar en un perpetuo estudio; pero, sí son capaces de formular las preguntas apropiadas que le proporcionen las respuestas para entender la naturaleza y contenido de una ley extranjera, entonces estarían en mayor aptitud de aplicar derecho extranjero. En este sentido, el derecho comparado sirve como ‘anexo’ del derecho internacional privado. Al hacer este ejercicio, el juez no sólo debe combinar o comparar dos reglas distintas, sino debe comprender los sistemas jurídicos involucrados con el propósito de justificar su ejercicio durante un conflicto de leyes. En cuanto a la interpretación, el derecho comparado ayuda a crear y entender reglas internacionales. La existencia de principios internacionales obligan al comparatista a comprender y aplicar fórmulas extranjeras que lo puedan asistir para la resolución de conflictos en tribunales nacionales. El derecho comparado puede ayudar a un Estado a elaborar un sistema de reglas acorde a la práctica internacional.<sup>20</sup>

### 3. *Unificar las leyes*

La capacidad para conjuntar una amplia gama de leyes exige uniformar diversas tradiciones jurídicas. Unificar las leyes de diversos países implica coordinar las reglas entre diversos sistemas para reducir las barreras legales entre los sistemas jurídicos comparados con el fin de crear una ideología común entre los sistemas estudiados y per-

<sup>20</sup> Un interesante artículo que proporciona ejemplos como derecho comparado contribuye a los tribunales y legislaturas. Véase Koopmans, T., “Comparative Law and the Courts”, *International and Comparative Law Quarterly*, num. 3, vol. 45, julio de 1996, pp. 545-556.

mitir la aplicación de las mismas reglas entre naciones o regiones.<sup>21</sup> Al realizar esta unificación se eliminan las diferencias entre los temas comparados y crea un espacio donde se puedan solucionar problemas comunes.

La unificación no puede alcanzarse simplemente invocando un derecho ideal respecto de cualquier tema y esperando que se le adopte. Primero que nada, hay que identificar los elementos comunes de las jurisdicciones a fin de integrarlos al derecho uniforme. Cuando haya diferencias en determinadas áreas, hay que reconciliarlas, ya sea adoptando la mejor variante de que se disponga o ingeniando, con métodos comparativos, una solución que resulte mejor y se aplique con más facilidad que las opciones existentes.<sup>22</sup>

Esta unificación ocurre cuando un cuerpo legislativo codifica las reglas de varios Estados, por decir la actual elaboración de una Constitución Europea, o cuando ciertos organismos logran codificar las leyes de múltiples países como es el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

#### 4. *Derecho internacional*

El derecho comparado facilita la creación, formulación y aplicación de principios o reglas de derecho internacional. Son múltiples las organizaciones y ejemplos que hacen uso del derecho comparado para la formulación de proyecto de tratados internacionales en temas de derecho internacional, por ejemplos: la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas, o la Corte Internacional de Justicia, las cuales por medio del derecho comparado hacen uso de cualquiera de las herramientas señaladas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia para dirimir la controversia entre los Estados.

<sup>21</sup> Véase Sacco, Rodolfo, "Diversity and Uniformity in the Law", *American Journal of Comparative Law*, vol. XLIX, 2001, pp. 171-190.

<sup>22</sup> Zweigert K. y Kötz, H., *op. cit.*, nota 10, p. 26.

## V. GUÍA PARA UN ESTUDIO COMPARATIVO

Una vez entendido que el derecho comparado es un método que tiene varias funciones, resulta pertinente abordar la utilización del mismo. Una acertada metodología comparativa debe reunir varios requisitos y seguir un procedimiento.

### 1. Selección de un sistema jurídico

A pesar de la existencia de más de un centenar de diferentes órdenes jurídicos en el mundo, éstos han logrado reunirse en pocas categorías. La categorización de sistemas jurídicos en grupos se conoce como familia jurídica. Sin embargo, permanece la pregunta ¿cómo pueden clasificarse tantos órdenes jurídicos? René David señala que esto puede ser posible si se agrupan por sus principales características:

Estas características pueden ser identificadas al examinar los elementos fundamentales de un sistema donde las normas a aplicar pueden ser descubiertas, interpretadas y evaluadas. Mientras que las reglas pueden ser infinitamente variadas, las técnicas para su enunciación, la manera en como son clasificadas, los métodos de razonamiento en su interpretación están, por el contrario, limitadas a ciertos tipos. Por tanto, es posible agrupar ciertas leyes en “familias” y en comparar y contrastarlas cuando adoptan o rechazan principios comunes en cuanto a su sustancia, técnica o forma.<sup>23</sup>

Entonces, ¿cuáles son las principales familias jurídicas? Actualmente existen cinco familias jurídicas: derecho romano-germánico; *common law*; derecho africano; derecho asiático; y derecho musulmán.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> “These characteristics can be identified by examining those fundamental elements of the system through which the rules to be applied are themselves discovered, interpreted and evaluated. While the rules may be infinitely various, the techniques of their enunciation, the way in which they are classified, the methods of reasoning in their interpretation are, on the contrary, limited to a number of types. It is therefore possible to group laws into “families” and to compare and contrast them when they adopt or reject common principles as to substance, technique or form”. (La traducción es del autor). David, René y Brierley, John E. C., *Major Legal Systems in the World Today. An Introduction to the Comparative Study of Law*, 3a. ed., Londres, Stevens & Sons, 1985, p. 20.

<sup>24</sup> Hoecke, Mark van y Warrington, Mark, “Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, 1998, p. 502.

Cada familia jurídica contiene numerosos elementos que lo diferencian de otro.

El derecho romano-germánico se desarrolló del *ius civile*, representado por el código Justiniano (*Digest e Institutes*) durante la vigencia del Imperio romano. Uno de sus atributos es la codificación de la ley por cuerpos legislativos. En la aplicación de la ley se emplea el precepto que mejor se adapta al caso; y en la interpretación, se explican disposiciones normativas. En cuanto a las fuentes del derecho, tiene primacía la legislación sobre la costumbre y los principios generales del derecho. Esta familia es dominante en Europa Occidental, América Latina, África y Asia.<sup>25</sup>

La *Common Law* o derecho anglosajón se remonta al sistema jurídico inglés. Su método de razonamiento es la fuerza obligatoria del precedente donde un tribunal de inferior jerarquía está obligado a seguir las decisiones de tribunales superiores. Aunque en Estados Unidos no existe la regla del precedente, en lugar de referirse a la norma para resolver un caso, como sucede en derecho romano-germánico, los jueces pueden hacer uso de resoluciones anteriores, de precedentes. Esta familia se encuentra vigente en Gran Bretaña, Irlanda, Estados Unidos de América, Canadá, Australia, Nueva Zelanda y países de Asia y África.<sup>26</sup>

La familia jurídica asiática, practicada en países como China y Japón, e influenciada por la teoría confuciana del orden natural de la realidad en la cual cada persona tiene la obligación de respetar el orden natural de las cosas, existe un mayor compromiso hacia la sociedad que hacia el individuo. La ley es aplicada por los tribunales para resolver conflictos y restaurar el orden social en una comunidad, por lo que resulta preferible la persuasión, mediación y conciliación.<sup>27</sup>

Las reglas en el derecho musulmán son establecidas por el islam. Éstas son consideradas como una revelación divina, guiadas por el

<sup>25</sup> Véase Henry Merryman, John, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal System of Western Europe and Latin America*, Stanford University Press, 1969, p. 172.

<sup>26</sup> Véase Atiyah, P. S. y Summers, Rober S., *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Clarendon Press, 1987, p. 464.

<sup>27</sup> Véase Danner, Richard A. y Bernal, Marie-Louise H., *Introduction to Foreign Legal Systems*, Oceana Publications Inc., 1994, pp. 95-170; MacCormack, Geoffrey, *The Spirit of Traditional Chinese Law*, The University of Georgia Press, 1996, p. 262.

principio de inmutabilidad donde los mandatos establecidos por Dios no pueden cambiarse o alterarse. Las reglas cubren todas las áreas de la vida, incluyendo el Estado y la sociedad. Son varias las fuentes del islam que ayudan a interpretarlo. Su principal fuente es el Corán, seguido por el *Sunna*, que sirve para interpretar y clarificar las reglas del Corán. Además, el *Igma* el cual resuelve las preguntas que existen sobre las obligaciones del fiel. Finalmente, el *Qiyas*, usado para la aplicación de las reglas establecidas por el Corán, *Sunna* o *Igma*. El derecho musulmán puede ser encontrado en países musulmanes o dentro de minorías musulmanas.<sup>28</sup>

El derecho africano considera a la costumbre como parte de su orden jurídico. Se considera a la ley como medio para mantener o restaurar la paz dentro de una comunidad.<sup>29</sup>

## 2. *Sujeto-materia de comparación*

El sujeto de comparación es el tema o tópico a comparar; pero antes de tomar esta decisión debe decidirse qué va a compararse. Y para ello, deben formularse dos preguntas: “¿Qué sistemas jurídicos y temas deben ser seleccionados para un estudio comparado o de investigación? y ¿cómo esos sistemas y temas son seleccionados?”.<sup>30</sup> Por ejemplo, si van a estudiarse contratos en derecho inglés y estadounidense, procedimientos migratorios entre derecho francés y canadiense; o las combinaciones que se deseen.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Véase Ferrari, Silvio y Bradney, Anthony, *Islam and European Legal Systems*, Aldershot, Ashgate, 2000, p. 203; Oba, A. A., “Islamic law as Customary Law: The Changing Perspective in Nigeria”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, 2002, pp. 817-850; Chibli, Mallat, “From Islamic to Middle Eastern Law. A Restatement of the Field (Part I)”, *American Journal of Comparative Law*, vol. LI, 2003, pp. 301-430; Zweigert, K. y Kötz, H., *op. cit.*, nota 10, pp. 329-338; David, René y Brierley, John E. C., *op. cit.*, nota 23, pp. 455-483.

<sup>29</sup> Véase Danner, Richard A. y Bernal, Marie-Louise H., *op. cit.*, nota 27, pp. 171-204.

<sup>30</sup> “What legal systems and what topics should be selected for comparative study or research? And, how should such systems and topics are selected?”. (La traducción es del autor). Kamba, W. J., “Comparative Law: A Theoretical Framework”, *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 3, vol. 23, julio de 1974, p. 506.

<sup>31</sup> Kahn-Freund habla acerca de la libertad que tiene el autor para seleccionar cualquier materia y de la existencia de una gran cantidad de temas que pueden ser

### 3. *Delimitar el nivel de comparación*

Una vez seleccionado el tema para la comparación, se debe determinar el nivel de comparación, micro o macrocomparación. Cuando el rango de comparación es pequeña se conoce como microcomparación y si es a gran escala, se conoce como macrocomparación.

La macrocomparación es la comparación entre dos o más sistemas jurídicos. Este tipo de comparación no sólo consiste en comparar dos o más sistemas jurídicos, sino que comprende los métodos y procedimientos que conforman un sistema legal. Las diferentes técnicas legislativas, medios de interpretación, decisiones judiciales, estilos de codificación, procedimientos judiciales u organización judicial son elementos que integran un sistema. Al realizar una comparación en gran escala se debe tomar en cuenta todos los factores que integran un sistema jurídico.

En la microcomparación se selecciona un tema específico dentro de un sistema jurídico, lo que tiene que ver con seleccionar el sujeto a comparar:

- (a) Características de un sistema jurídico: estructura, fuentes del derecho, sistema judicial y judicatura, profesión jurídica y demás.
- (b) Ramas del derecho nacional.
- (c) Instituciones o conceptos.
- (d) Desarrollo histórico del sistema jurídico.<sup>32</sup>

Al decidir el tema a comparar se debe estar atento a que las normas, conceptos o instituciones con las que se relacione se localicen en el mismo nivel de comparación. Por ejemplo, al comparar la institución del matrimonio, primero debe preguntarse qué sistema jurídico extranjero lo incluye, y segundo, qué institución se encuentra con el matrimonio en una fase similar de desarrollo.

seleccionados para la comparación. Véase Kahn-Freund, O., "Comparative Law as an Academic Subject", *The Law Quarterly Review*, vol. 82, 1966, pp. 40-61.

<sup>32</sup> "(A) the various characteristics of a legal system: the structure, the sources of law, judicial systems and the judiciary, the legal profession and so on; (b) the various branches of national law; (c) institutions or concepts; (d) the historical development of legal systems". (La traducción es del autor). Kamba, W. J., *op. cit.*, nota 30, p. 509.

#### 4. *Identificar similitudes y diferencias*

Hasta ahora se determinó que el proceso comparativo comienza con la selección del sistema jurídico, para después escoger un tema en específico, delimitar su nivel de comparación, y entonces se procede a identificar sus semejanzas y diferencias. Éstas han sido las primeras tres etapas del proceso comparativo, pero a continuación se procede con la identificación de las similitudes y diferencias entre los sujetos a comparar.

El proceso de comparación no sólo consiste en decir las semejanzas y diferencias entre los temas comparados, sino en describir, identificar y explicar a los sujetos comparados. Para completar esta actividad deben seguirse tres etapas: descripción, identificación y explicación.<sup>33</sup>

La *fase descriptiva* consiste en describir cada uno de los conceptos, reglas, instituciones o procedimientos seleccionados. Al suministrar una descripción de las partes o elementos que integran el sujeto a comparar, éstas se vuelven a separar, reconstruir y, otra vez, describir como un todo, y entonces así se podrán reconocer las principales características de cada sujeto descrito.

En la *fase de identificación* se reconocen las semejanzas y diferencias de los elementos descritos. Esto se realiza identificando las semejanzas y diferencias que distinguen los sujetos descritos, para después separarlos en diferentes apartados, para que así se tenga una clara idea de los puntos de compatibilidad y desacuerdo.

En la *fase explicativa* se señalan cada una de las semejanzas y diferencias identificadas entre los sujetos comparados. Esto es, cómo y en qué detalle son similares o diferentes.

#### 5. *Prueba de funcionalidad*

El importar un elemento extranjero a un sistema jurídico no significa la solución a un problema. Para poder determinar la conveniencia de adoptar un elemento extranjero en otro sistema legal, implica la realización de un estudio que determine su viabilidad y funcionalidad.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 510-512.

dad. Es necesario verificar si el objeto de la comparación puede importarse en otro sistema. Esto es posible mediante una prueba que evalúe su eficacia:

¿Acaso la técnica comparativa cumple adecuada o eficazmente el propósito que el comparatista definió? Acaso, por ejemplo, ¿promueve un mejor entendimiento de su propio derecho, la formulación de teorías confiables, promueve una reforma legislativa o la unificación del derecho? ¿los resultados obtenidos pueden ser considerados como confiables?<sup>34</sup>

Asimismo, debe responderse si sería posible determinar la factibilidad de adoptar una solución extranjera por medio de dos preguntas: “primera, si ha resultado satisfactoria en su país de origen y, segunda, si funcionará en el país donde se propone su implantación”.<sup>35</sup> La primera pregunta determina la eficacia del sujeto, es decir, ¿acaso el objeto de estudio ha resuelto con eficacia el problema en su país de origen? Independientemente de qué tan similar o diferente sea un sistema jurídico de otro es posible llegar a resultados comunes a partir de fórmulas similares. A esta prueba se le denomina *praesumptio similitudinis*. La cual permite verificar si al comparar las leyes de dos sistemas jurídicos, sean diferentes o no, es posible llegar a resultados similares.

Este procedimiento es de gran utilidad en dos sentidos. Para iniciar un estudio comparativo, se emplea como principios heurístico, pues indica a qué fuentes debemos recurrir en el derecho y en la vida jurídica del sistema extranjero a efecto de observar similitudes y diferencias. Al término del estado mencionado, dicho principio puede utilizarse para re-

<sup>34</sup> “Does the technique of comparison employed adequately or effectively fulfil the object which the comparatist has decided on? Does it, for example, promote the better understanding of one’s own law, the formulation of reliable theories of law, the promotion of law reform or unification? Can the results obtained be safely depended on as accurate?”. (La traducción es del autor). Kamba, W. J., *op. cit.*, nota 30, p. 512. No obstante, Kamba dice que una respuesta negativa a cualquiera de estas preguntas exige su examen mediante la realización de lo que llama Jurisprudential Outlook, Social Context and Legal Context, prueba que debe ser considerada vagamente, como diferentes métodos de interpretación.

<sup>35</sup> Zweigert, K. y Kötz, H., *op. cit.*, nota 10, p. 19.

visar resultados. El comparatista deberá darse por bien servido cuando sus investigaciones en los materiales relevantes lo llevan a la conclusión de que los sistemas comparados obtiene resultados idénticos o similares. Empero, si descubre que hay diferencias significativas o resultados opuestos. Deberá tomar esto como una advertencia, por lo que habrá de comprobar si los términos en los que planteó la pregunta original eran los adecuados y si, en efecto, ha extendido la red de sus investigaciones lo suficientemente.<sup>36</sup>

La segunda interrogante pretende determinar si el tema seleccionado puede funcionar en otro sistema jurídico. Porque puede ser que exista una solución a problema comunes, pero al tratar de implementar los mecanismos para resolver el problema en cuestión, éstos no resultan ser los más aptos:

Las soluciones que detectemos en las diferentes jurisdicciones deben aislarse de su contexto conceptual y despojarse de todo acento doctrinal nacional a fin de que se les pueda visualizar a la luz de su función, como un intento de satisfacer una necesidad legal particular. Si descubrimos que los países satisfacen una misma necesidad de maneras distintas, debemos preguntarnos por qué.<sup>37</sup>

A la prueba que pretende proporcionar una solución a problemas comunes se denomina *tertium comparationis*.

Pero las preguntas siguen: ¿qué sistema jurídico, rama, norma o instituciones realizan una función equivalente al sistema comparado?, ¿qué sistema jurídico facilita el mismo resultado?, ¿es funcionalmente equivalente utilizar el sujeto seleccionado en otro ambiente? o ¿el sujeto de estudio puede alcanzar el mismo resultado en otro lugar? En la mayoría de los casos, se seleccionan esquemas avanzados que pueden servir como modelos ideales, pero hay que tener cuidado en lo que se considera como un modelo perfecto, y justificar cómo y de qué manera opera en el sistema de origen.

No obstante, una vez que son alcanzados resultados similares entre sistemas jurídicos, y se ha determinado que un tema de estudio es funcionalmente equivalente en otro sistema legal, entonces es posible

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 49.

llegar a la conclusión, si son funcionalmente equivalentes o aplicables en otro sistema legal. Sin embargo, hay cuestiones extra legales que deben considerarse para llegar a esta conclusión.

## VI. PRECAUCIONES DURANTE EL PROCESO COMPARATIVO

Como fue mencionado, para poder alcanzar una comparación funcional deben reunirse varios requisitos y seguirse varias etapas. Sin embargo, van a encontrarse varios obstáculos antes y durante el proceso de comparación.

### 1. *Contextos en la investigación comparativa*

La multiplicación de relaciones entre diferentes Estados representa una internacionalización de las dificultades. A pesar de esto, los problemas de un país no necesariamente significan los mismos para otro. Por lo que es posible dividir el número y tipo de problemas entre diferentes países. No obstante, esto puede servir para realizar un estudio comparativo entre distintos países sobre diversos temas. Ahora bien, la investigación que se realiza entre varias naciones sobre un tema específico con fines comparativos se conoce como investigación transnacional o *cross-national*. Esta es una técnica analítica que permite la comparación y análisis de datos para entender la realidad social utilizando encuestas,<sup>38</sup> análisis del contenido<sup>39</sup> y otros instrumentos de recolección de datos. Hantrais señala que ésta se realiza:

Cuando los individuos o equipos deciden examinar cuestiones o fenómenos particulares entre dos o más países con la intención expresa de comparar las manifestaciones en diferentes entornos socioculturales (instituciones, costumbres, tradiciones, sistemas de valores, estilos de vida, idioma, modo de pensar), usando los mismos instrumentos de in-

<sup>38</sup> Véase Teune, Henry, "Analysis and Interpretation in Cross-National Survey Research", en Szalai, Alexander y Petrella, Riccardo (eds.), *Cross-National Comparative Survey Research. Theory and Practice*, Londres, Express Litho Service, 1977, pp. 95-128.

<sup>39</sup> Véase Turner, Ralph H., "A Comparative Content Analysis of Biographies", en Kohn, Melvin L. (ed.), *Comparative Methodology. Theory and Practice in International Social Research*, Londres, SAGE Studies, 1990, pp. 134-150.

vestigación, ya sea para realizar un análisis secundario de datos o llevar a cabo investigación empírica. El objetivo puede ser para encontrar una explicación de las semejanzas y diferencias u obtener un mayor conocimiento y entendimiento de la realidad social en diferentes contextos nacionales.<sup>40</sup>

A pesar de que las creencias, prácticas o ideologías de una comunidad son ingredientes que pueden determinar el grado de similitud y diferencia entre sistemas legales, éstos no son factores decisivos que determinan el grado de compatibilidad entre una sociedad y otra. El grado de compatibilidad entre los sujetos comparados puede ser alto, pero no significa que puedan ser consideradas como idénticas.<sup>41</sup> Si bien el grado de semejanza y diferencia entre las naciones comparadas no es determinante para la selección de un elemento extranjero, las semejanzas entre sistemas pueden ayudar a identificar qué aspectos de un sistema está más relacionado con otro. “El objetivo es en buscar una explicación de las semejanzas y diferencias, para que a partir de ellas se pueda generalizar u obtener un mayor entendimiento y conciencia de la realidad social en diferentes contextos nacionales”.<sup>42</sup>

<sup>40</sup> “When individuals or teams set out to examine particular issues or phenomena in two or more countries with the express intention of comparing their manifestations in different socio-cultural settings (institutions, customs, traditions, value systems, life styles, language, thought patterns), using the same research instruments either to carry out secondary analysis of national data or to conduct new empirical work. The aim may be to seek explanations for similarities and differences or to gain a greater awareness and a deeper understanding of social reality in different national contexts”. (La traducción es del autor). Bryman, Alan, *Social Research Methods*, Oxford University Press, 2001, p. 52.

<sup>41</sup> Se recomienda algunas críticas de trasplante jurídica. Véase Berkowitz, Daniel *et al.*, “The Transplant Effect”, *American Journal of Comparative Law*, vol. LI, 2003, pp. 163-203; Miller, Jonathan M., “A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process”, *American Journal of Comparative Law*, vol. LI, 2003, pp. 839-902; Örüçü, Esin, “Law as Transposition”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, 2002, pp. 205-223.

<sup>42</sup> “The aim may be to seek explanations for similarities and differences, to generalise from them or to gain a greater awareness and a deeper understanding of social reality in different national contexts”. (La traducción es del autor). Hantrais, Linda, *Comparative Research Methods*, Issue Thirteen, 1999, <http://www.soc.surrey.ac.uk/sru/SRU13.html>.

## 2. *Incompatibilidad*

Otra dificultad es el grado de incompatibilidad entre diferentes instituciones. La diferencia entre sistemas jurídicos es resultado del desarrollo y de quienes intervienen en la edificación de un sistema jurídico. Debe partirse de la idea que cada sistema jurídico tiene un nivel de desarrollo diferente de cualquier otro. “La estricta observancia en la comparabilidad implica... que la comparación debe extenderse a la misma etapa evolutiva entre los diferentes sistemas legales que están siendo comparados”.<sup>43</sup>

Otra particularidad es que la similitud entre dos instituciones no significa la homogeneidad en sus funciones. La semejanza en nombre o constitución no garantiza que los objetos comparados sean compatibles. Esto puede parecer como una ilusión, al respecto Watson ha señalado que “es como si un comparatista dice que los leones y las hormigas son similares porque están en el mismo nivel de desarrollo por ser de sangre caliente y son cuadrúpedos”.<sup>44</sup> Por eso, al seleccionar el sujeto a comparar debe preguntarse ¿acaso los sujetos comparados están en el mismo nivel de desarrollo?

## 3. *Culturas*

La ley no sólo esta constituida por prescripciones normativas del deber ser en una sociedad, sino por los elementos sociales que constituyen a una sociedad. Uno de esos factores es la cultura de una comunidad. Sin embargo, no es el propósito de este apartado explicar qué es cultura, sino puntualizar algunos de los rasgos más representativos que conforman lo que se entiende por cultura, y así entender las recetas que conforman y diferencian una sociedad y un Estado de otro.

<sup>43</sup> “The strict observance of comparability implies... that the comparison must extend to the same evolutionary stage of the different legal systems which are under comparison”. (La traducción es del autor). Kamba, W. J., *op. cit.*, nota 30, p. 96.

<sup>44</sup> “If a comparative anatomist were to say that lions and ants are similar and are at a comparable level of development since both are warm-blooded, have six legs and are always winged”. (La traducción es del autor). Watson, Alan, *op. cit.*, nota 9, p. 12.

“La cultura de una sociedad consiste en lo que uno tiene que conocer o creer para funcionar en armonía con sus miembros”.<sup>45</sup> La cultura es aprendida por los individuos que pertenecen a un grupo en particular, quienes actúan según lo que se enseña en esa comunidad. Nuestra conducta y actos están determinados por los diferentes tipos de comportamientos que otros hombres han formulado en un lugar. La manera de concebir el mundo es resultado de la conjunción de las experiencias de varias personas que han logrado determinar el modo de operar y guían el proceder del individuo en la sociedad. Al seguir las reglas que guían ese proceder, será más fácil adherirse y ser congruentes con el actuar en una comunidad.

La cultura refleja la religión y tradición de una comunidad. Existen numerosos ejemplos de cómo la religión ha influido en una sociedad, basta con remontarnos al origen, desarrollo y sus efectos en una región; por ejemplo, la promulgación del catolicismo durante la época de la conquista en varios países de América Latina logró sustituir prácticas prehispánicas por la religión católica y así conformar una nueva ideología.

La cultura es ideología jurídica. La ley es resultado de los usos y prácticas sociales formadas por la ideología, experiencia y comportamiento social de una comunidad. Éstas prácticas reiteradas gobiernan la forma de actuar de cierto entorno. Ese proceder puede llegar a conformar las reglas que lo gobiernan en un sitio, formando así lo que se conocen como orden jurídico, ya que esas leyes son una manifestación de las maneras de pensar, reflejan la cultura jurídica de un sitio:

La clave esencial para apreciar una cultura jurídica recae en desentrañar la estructura cognoscitiva que caracteriza a esa cultura. El objetivo es definir el marco de percepción y entendimiento de una comunidad jurídica, así como explicar qué piensa una comunidad acerca del derecho y por qué lo hace de ese modo. El comparatista debe, por tanto,

<sup>45</sup> “A society’s culture consists of whatever it is one has to know or believe in order to operate in a manner to its members”. (La traducción es del autor). Geertz, Clifford, *The Interpretation of Cultures*, Nueva York, Hutchinson & Co., 1973, p. 11.

enfocarse en la estructura cognoscitiva de cierta cultura legal y, específicamente, en las bases epistemológicas de esa estructura cognoscitiva.<sup>46</sup>

Los elementos mencionados ayudan a entender lo que se entiende por cultura. Sin embargo, existen más factores que constituyen el concepto de cultura, es por ello necesario preguntarse ¿qué entiende cada pueblo o persona por cultura? y ¿cuáles son sus elementos? Hay que estar atentos a que su conceptualización puede variar de una sociedad a otra. No obstante, existe una técnica que puede ayudar a comprender una sociedad extraña conocida como método “safari”. “Este método, generalmente, es adoptado cuando un pequeño número de países están involucrados, y principalmente en estudios cualitativos, donde los investigadores estudian una cuestión bien definida en dos o más contextos nacionales, y requieren tener un conocimiento más profundo de los países bajo estudio”.<sup>47</sup> Este procedimiento permite un conocimiento más íntimo del lugar, utilizando algunos de los principales instrumentos en la investigación cualitativa y cuantitativa.<sup>48</sup> Pero de igual manera, no puede existir una total comprensión sobre la cultura de una comunidad si no se establece contacto directo con ella.

#### 4. *Prejuicios personales y profesionales*

Al hacer una comparación, el comparatista debe despojarse de estigmas profesionales y personales, antes y durante la comparación.

<sup>46</sup> “The essential key for an appreciation of a legal culture lies in an unravelling of the cognitive structure that characterizes that culture. The aim must be to try to define the frame of perception and understanding of a legal community so as to explicate how a community thinks about the law and why it thinks about the law in the way it does. The comparatist must, therefore, focus on the cognitive structure of a given legal culture and, more specifically, on the epistemological foundations of that cognitive structure”. (La traducción es del autor). Legrand, Pierre, “European Legal Systems are Not Converging”, *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 1, vol. 45, enero de 1996, p. 60.

<sup>47</sup> “This method is often adopted when a smaller number of countries is involved and for more qualitative studies, where researchers are looking at a well-defined issue in two or more national contexts and are required to have intimate knowledge of all the countries under study”. (La traducción es del autor). Hantrais, Linda, *op. cit.*, nota 42.

<sup>48</sup> Curran, Vivian Grosswald, “Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law”, *American Journal of Comparative Law*, vol. XLVI, 1998, p. 66.

Evitar que sus creencias, experiencias, impresiones y opiniones sean capaces de nublar el proceso comparativo. Una comparación valiosa es aquella llevada a cabo por un procedimiento científico que permita analizarlo de manera objetiva, y siguiendo una metodología. Esto también incluye desprenderse de elementos subjetivos que puedan llevar al comparatista a formular un punto de vista parcial e incompleto antes y durante la comparación. Legrand menciona que el comparatista no debe pensar como abogado local, sino que debe distanciarse de lo que ha aprendido para tener una perspectiva desde afuera.<sup>49</sup>

Se debe someter, también, el propio sistema jurídico al escrutinio por autores nacionales y extranjeros. Eliminar aquellas actividades que le impidan crecer, porque no se le quiere ceder al estudio por académicos y profesionales, sean nacionales o extranjeros. Aquí puede percatarse de una especie de sentimiento nacionalista, donde su análisis por actores extranjeros puede parecer ser desleal a su propio sistema jurídico, y el adoptar fórmulas extranjeras semeja una traición. “La recepción de las instituciones legales extranjeras no es cuestión de nacionalidad, sino de utilidad y necesidad. Nadie se molestaría en adquirir una cosa del exterior cuando, en casa, tiene una igual o de mejor calidad; sin embargo, sólo un necio se negaría a que le administrasen quinina sólo porque ésta no se produjo en el jardín de su casa”.<sup>50</sup>

##### 5. *Problemas lingüísticos y de traducción*

El hecho de que dos o más países tengan idiomas similares no significa que cuenten con una paridad en sus vocablos. La semejanza de términos es una cuestión lingüística y terminológica entre sociedades y naciones, aún en aquellas con idiomas análogos. La disparidad puede dar lugar a un diferente uso y entendimiento de una idea común.

Un idioma común entre dos países no significa una total similitud en su vocablo o ideas. Diferentes entendimientos de una palabra, inclusive en un mismo idioma en distintas sociedades, es uno de los

<sup>49</sup> Legrand, Pierre, “European Legal Systems...”, *cit.*, nota 46, p. 60.

<sup>50</sup> Zweigert, K. y Kötz, H., *op. cit.*, nota 10, p. 18.

principales obstáculos para una equivalente comprensión de vocablos. Dentro de una región o sociedad existen diferencias entre vocablos, a pesar de que se refiera a una misma idea, sea para identificar ciertos objetos o actividades. Lo mismo acontece con términos jurídicos entre países. La similitud y diferencia en idiomas comunes no significa su uso indistinto en las leyes o normas que pueden parecer como similares entre países.<sup>51</sup> Por ejemplo, la diferencia sobre el uso y entendimiento entre *murder*, *manslaughter* y *homicide* en derecho inglés y derecho de los Estados Unidos. “Inclusive cuando los básicos conceptos jurídicos son similares, pueden utilizarse diferentes términos para crear una impresión de divergencia y esto puede ocurrir dentro de una misma familia jurídica. Aunque los términos pueden ser idénticos, su contenido sustancial o aplicación práctica puede ser bastante diferente”.<sup>52</sup>

Otra dificultad es la ausencia de significados comunes entre países que comparten instituciones similares. Donde la diferencia de términos puede representar un obstáculo para alcanzar un completo entendimiento, función y aplicación de cierta figura jurídica. Por ejemplo, la diferencia entre lo que se entiende por “abogado” entre el sistema de los Estados Unidos y el inglés. Ambos se refieren a la profesión jurídica, pero el sistema británico lo divide en “*solicitor*” y “*barrister*”, y en los Estados Unidos se conoce como “*lawyer*”.

En cuanto a la traducción, a pesar de que la traducción es un instrumento que permite trasponer una palabra en otro idioma, hay que ser cautos al realizarla. “Cada idioma proporciona una concepción del mundo y traducir significa unir dos opiniones diferentes del mun-

<sup>51</sup> Véase Geeroms, Sofie M. F., “Comparative Law and Legal Translation: Why the Terms Cassation, Revision and Appeal should Not be Translated...”, *American Journal of Comparative Law*, vol. L, 2002, pp. 201-228.

<sup>52</sup> “Hence, even if the basic legal concepts are similar, different terms may be utilized so as to create an impression of divergence and this may even occur within the same legal family. Conversely, although the terms used may be identical their substantive content or actual application in practice may be quite different”. (La traducción es del autor). Cruz, Peter de, *Comparative Law in a Changing World*, Londres, Cavendish Publishing Limited, 1995, p. 550.

do”.<sup>53</sup> Las traducciones logran descifrar el significado y estilo de un texto en su idioma original, pero al traducir pueden encontrarse dos dificultades: inequivalencia de términos e inaplicabilidad en otro orden jurídico. Mientras que un término puede referirse a cierta figura jurídica en un país, este puede ser bastante diferente en otro, lo que puede proporcionar razones para su inaplicabilidad en cierto sistema o contexto.<sup>54</sup> Por ejemplo, *tort* en derecho de los Estados Unidos permite suministrar una solución a las personas que han sido lesionadas por la conducta de otros. En derecho mexicano, lo que se conoce como *tort* en los Estados Unidos de América, se trata como agravio y sirve como calificativa en varias ramas del derecho, como dolo en derecho penal o para determinar la nulidad en materia de contratos.

Una alternativa para evitar problemas en la traducción es seguir un proceso que permita un profundo conocimiento de los elementos que han ayudado a la constitución de una palabra:

Para que la traducción de un término jurídico sea significativa, se requiere un íntimo conocimiento del sistema que está siendo traducido, así como del sistema original. Inclusive si un término es traducido fielmente, y está relacionado con una institución o estructura jurídicamente comparable, existe el peligro de encontrar ambigüedades en el lenguaje que generalmente se encuentra en todo sistema del derecho.<sup>55</sup>

Todos estos factores deben considerarse, ya que una traducción no necesariamente proporciona la exacta aplicación de un término en cualquier idioma y entorno. He aquí, la importancia de estudiar un sistema de manera directa, sin restricciones y en su forma no traducida. “De lo contrario no se percibirá con suficiente hondura los aspectos

<sup>53</sup> “Each language renders a whole world view, and translation means uniting two different world views”. (La traducción es del autor). Curran, Vivian Grosswald, *op. cit.*, nota 48, p. 56.

<sup>54</sup> Véase Jones, Michael A., *Textbook on Torts*, 8a. ed., Oxford University Press, 2003, p. 9.

<sup>55</sup> “For a translation of a legal term to be meaningful, intimate knowledge is required both of the system being translated, as well as that of the native system. Even if a term is translated faithfully, and related to a comparable legal institution or structure, there is always the danger of being unaware of ambiguities of language which are found in every system of law”. (La traducción es del autor). Cruz, Peter de, *op. cit.*, nota 52, p. 213.

tos fundamentales y poderosos de las culturas jurídicas estudiadas que están afianzadas, en lugar de resultar ser inarticuladas e inconsistentes”.<sup>56</sup>

## 6. Interpretación

Finalmente, un aspecto a cuidar durante el proceso comparativo es la interpretación de un término. El propósito de la interpretación es conocer el verdadero significado de un concepto, norma o institución. Para conocer ese significado deben atenderse los métodos y técnicas existentes para obtener un conocimiento íntegro del objeto a interpretar. A pesar de que los actuales métodos de interpretación ayudan a comprender el significado de lo que se quiere interpretar, esta no sería completa si no se toma en cuenta la correlación que existe entre derecho y sociedad. Para lograr el exacto entendimiento de un sistema jurídico debe analizarse la sociedad bajo estudio.

El estudioso de los problemas legales debe abarcar el derecho de todo el mundo, del pasado y del presente, así como todo aquello que afecta a la organización del derecho, como la geografía, el clima y la raza, los acontecimientos que determinan el derrotero histórico de los pueblos —guerra, revolución, colonización, subyugación—, la religión y la ética, la ambición y la creatividad de los individuos, las necesidades de producción y consumo, los intereses de los grupos, los partidos y las clases. Cada idea —y las hay de todos tipos— surte efectos propios, pues no son solamente el feudalismo, el liberalismo y el socialismo los que producen diferentes tipos de leyes; una vez adoptadas, las instituciones legales pueden generar consecuencias lógicas, siendo una de las más importantes la lucha por alcanzar un ideal político o legal. Todo interactúa en los planos social, económico y legal. El derecho que rige a los pueblos desarrollados observa un movimiento constante, y el caledoscópico horizonte que constituyen dichas leyes es cosa que nadie, hasta ahora, ha podido vislumbrar con claridad.<sup>57</sup>

<sup>56</sup> “Otherwise, they will fail to perceive with sufficient acuity those fundamental, powerful aspects of target legal cultures which are so entrenched as to be unarticulated and even unconscious”. (La traducción es del autor). Grosswald Curran, Vivian, *op. cit.*, nota 48, p. 58.

<sup>57</sup> Zweigert, K. y Kötz, H., *op. cit.*, nota 10, p. 40.

## VII. CONSIDERACIÓN FINAL

El derecho comparado es un método que puede ser aplicado en cualquiera de las ciencias jurídicas. Considerarlo como un método más que una ciencia o disciplina le permite moverse libremente por varias ramas y campos del derecho. Sin embargo, para que pueda cumplir varias funciones y utilizarse como método deben de seguirse una serie de pasos que pueden determinar la viabilidad de lograr una comparación adecuada.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BRYMAN, Alan, *Social Research Methods*, Nueva York, Oxford University Press, 2001.
- BUTLER, W. E., "Comparative Approaches to International Law", *Recueil des Cours. Academy of International Law*, vol. 190, 1986.
- CRUZ, Peter de, *Comparative Law in a Changing World*, Londres, Cavendish Publishing Limited, 2006.
- CURRAN, Vivian Grosswald, "Curran Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law", *American Journal of Comparative Law*, vol. XLVI, 1998.
- GEEROMS, Sofie M. F., "Comparative Law and Legal Translation: Why the Terms Cassation, Revision and Appeal should Not be Translated...", *American Journal of Comparative Law*, vol. L, 2002.
- GEERTZ, Clifford, *The Interpretation of Cultures. Selected Essays*, Nueva York, Hutchinson & Co., 1973.
- GUTTERIDGE, H. C., *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Studies & Research*, Cambridge, Cambridge University Press, 1946.
- JONES, Michael A., *Textbook on Torts*, 8a. ed., Londres, Oxford University Press, 2003.
- JOSEPH, John E., "Indeterminacy, Translation and the Law", en MORRIS, Marshall (ed.) *Translation and the Law*, Amsterdam, Benjamins, 1995.
- KAHN-FREUND, O., "Comparative Law as an Academic Subject", *The Law Quarterly Review*, vol. 82, 1966.

- KAMBA, W. J., "Comparative Law: A Theoretical Framework", *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 3, vol. 23, julio de 1974.
- KOOPMANS, T., "Comparative Law and the Courts", *International and Comparative Law Quarterly*, num. 3, vol. 45, julio de 1996.
- LEGRAND, Pierre, "European Legal Systems are Not Converging", *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 1, vol. 45, enero de 1996.
- , "How to Compare Now", *Legal Studies*, núm. 2, vol. 16, julio de 1996.
- HOECKE, Mark van y WARRINGTON, Mark, "Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, 1998.
- MERRYMAN, John Henry, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal System of Western Europe and Latin America*, Stanford University Press, 1969.
- ATYIAH, P. S. y SUMMERS, Robert S., *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Londres, Clarendon Press, 1987.
- DAVID, René y BRIERLEY, John E. C., *Major Legal Systems in the World Today. An Introduction to the Comparative Study of Law*, 3a. ed., Londres, Stevens & Sons, 1985.
- RHEINSTEIN, Max, "Teaching Tools in Comparative Law", *American Journal of Comparative Law*, vol. 1, 1952.
- DANNER, Richard A. y BERNAL, Marie-Louise H., *Introduction to Foreign Legal Systems*, Nueva York, Oceana Publications Inc., 1994.
- SACCO, Rodolfo, "Diversity and Uniformity in the Law", *American Journal of Comparative Law*, vol. XLIX, 2001.
- SUMNER MAINE, Henry, *Village-Communities in the East and West*, 7a. ed., Londres, Spottiswoode & Co., 1895.
- TALLON, Denis, "Comparative Law: Expanding Horizons", *The Journal of the Society of Public Teachers of Law*, vol. X, 1968-1969.
- TEUNE, Henry, "Analysis and Interpretation in Cross-National Survey Research", en SZALAI, Alexander y PETRELLA, Riccardo (eds.), *Cross-National Comparative Survey Research. Theory and Practice*, Londres, Express Litho Service, 1977.

- TUR, Richard H. S., "The Dialectic of General Jurisprudence and Comparative Law", *The Juridical Review*, 1977.
- TURNER, Ralph H., "A Comparative Content Analysis of Biographies", en OYEN, Else (ed.) *Comparative Methodology: Theory and Practice in International Social Research*, Londres, SAGE Studies, 1990.
- WATSON, Alan, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Edinburgo, Scottish Academic Press, 1974.
- WARWICK, Donald P. y OSHERSON, Samuel, "Comparative Analysis in the Social Sciences", en WARWICK, Donald P. (comp.), *Comparative Research Methods*, Nueva Jersey, Prentice-Hall Inc., Englewood Cliffs, 1973.
- ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein, *Introducción al derecho comparado*, 3a. ed., trad. de Arturo Aparicio Vázquez, México, Oxford University Press, 2002.

### *Internet*

- American Law Institute. <http://www.ali.org> (15 de abril de 2006).
- British Law Commission Act of 1965. <http://www.lawcom.gov.uk/act.htm> (17 de abril de 2006).
- HANTRAIS, Linda, "Social research update", *Comparative Research Methods*, núm. 13, verano de 1995, <http://www.soc.surrey.ac.uk/sru/SRU13.html> (25 de abril de 2006).
- KIEKBAEV, Djalil, "Comparative Law: Method, Science or Educational Discipline?", 7.3, *Electronic Journal of Comparative Law*, septiembre de 2003. <http://www.ejcl.org/73/abs73-2.html> (22 de marzo de 2006).