

The Enigma of Comparative Law, Variations on a Theme for the Twenty-First Century

Esin Örüçü, Leiden, Koninklijke Brill N. V., 2004, 242 páginas.

El libro *The Enigma of Comparative Law* tiene la finalidad de preparar a los lectores para llevar a cabo una verdadera comparación entre sistemas jurídicos.¹ Este libro es sumamente relevante para los comparativistas ya que los guía través de las interrogantes fundamentales sobre la naturaleza del derecho comparado sin imponer una respuesta. De esta forma, el libro permite decidir entre alguna de las soluciones que se exponen en el libro o formular una respuesta propia a los enigmas del derecho comparado.

A lo largo de la obra, la autora utiliza términos musicales para explicar didácticamente las ideas que desarrolla. Los términos más recurrentes son “temas” y “variantes”. Un tema musical es un conjunto de notas al que se regresa varias veces a lo largo de la composición musical.² Por otro lado, las variantes musicales son las distintas formas en la que se puede presentar un mismo tema dentro de la composición.³ Siguiendo esta analogía, el tema del libro es el derecho comparado y las variantes son las distintas teorías que lo explican.

En su libro, la profesora Örüçü estudia el enigma del derecho comparado desde dos “variantes”. Para presentar claramente el contenido de la obra, se estudiarán por separado las respuestas que estas dan a las siguientes preguntas: ¿qué es el derecho comparado? ¿Es apropiado el nombre “derecho comparado” para este campo de estudio? ¿Es posible comparar elementos de categorías distintas? ¿Por qué comparar? ¿Qué es lo que debe compararse? ¿Cuál es la metodología que debe utilizarse al comparar? ¿Cómo debe enseñarse el derecho comparado? ¿El derecho comparado es una buena herramienta para que los jueces incorporen derecho extranjero en sus decisiones? ¿Funcionan las transposiciones de normas? ¿Las transpo-

siciones son impuestas o voluntarias? ¿Cuál debe ser el campo de estudio del derecho comparado? ¿Es posible crear *ius commune* a través del derecho comparado?

La primera variante sostiene que el derecho comparado es una rama autónoma de las ciencias sociales y de la ciencia del derecho que tiene la finalidad de mejorar y consolidar el conocimiento y el entendimiento del Derecho en el contexto de su sistema. Para obtener ese fin, no es suficiente que el comparativista se limite a contrastar familias legales⁴ y normas estatutarias. Por el contrario, este debe entender la relación entre los sistemas, culturas, tradiciones legales y reglas extralegales que son consideradas vinculantes.⁵ Otra característica de esta rama de las ciencias sociales es que no requiere que los elementos comparados sean similares. Por el contrario, lo único que se necesita es determinar claramente qué es lo que se contrasta de cada elemento. Se le da el nombre de derecho comparado a estos estudios porque tanto el derecho como la comparación son sus temas centrales.

Para lograr lo anterior, el método de comparación debe partir de una hipótesis o de datos referentes a los sistemas o instituciones. Posteriormente, se describen y juxtaponen los elementos de cada sistema jurídico para identificar las diferencias o similitudes entre ellos. Una vez identificadas las características afines y las disimilitudes, el comparativista debe explicar los motivos de estos para después confrontar su hipótesis o los datos de los que partió con los resultados. Con este método, no se pretende únicamente encontrar instituciones y sistemas análogos o distintos, sino que se intenta entender lo que realmente sucede en cada uno de los sistemas confrontados. Este método es una herramienta valiosa para

¹ Esin Örüçü, “The Enigma of Comparative Law, Variations on a Theme for the Twenty-First Century”, Leiden, Koninklijke Brill N. V., 2004, p. 2.

² *Ibidem*, página 3.

³ *Ibidem*, página 4.

⁴ Por familias legales, la autora se refiere a la división entre el derecho Romano y del derecho Común.

⁵ Esin Örüçü, op. cit., p. 43.

los jueces es su labor de afinadores del derecho⁶. Como tales, los juzgadores deben adaptar el derecho interno a los cambios de la sociedad y conectarlo con los principios universales. Esta conexión se logra mediante el estudio de decisiones de jueces extranjeros tomando en cuenta el contexto legal, económico y cultural en el que se tomaron y después incorporar las razones que motivaron la decisión en sus resoluciones. Este ejercicio pretende encontrar las mejores respuestas a los problemas.

Por otro lado, también se puede usar al derecho comparado como auxiliar en la creación y renovación de sistemas jurídicos. Este uso ha tenido tanto éxito que hoy en día puede afirmarse que "lo único realmente original de los sistemas jurídicos es la forma en la que mezclan disposiciones, ideas e instituciones".⁷ Una objeción a esta función del derecho comparado es que históricamente las transferencias han sido impuestas a los países colonizados y actualmente la adopción de normas e instituciones extrañas sigue sin ser consecuencia de una decisión libre e informada de los creadores del derecho. Sin embargo, a pesar de que en la época colonial se imponían las transferencias, es innegable que actualmente la mayoría de las estas son producto de la búsqueda voluntaria, libre e informada de soluciones legales para los problemas sociales.

Los usos del derecho comparado antes señalados y su éxito actual hacen pensar que es posible crear un *ius commune*. Las transferencias y la labor afinadora del derecho hacen que la armonización paulatina del derecho sea posible; por otro lado, los Estados también pueden adoptar instrumentos que homogenicen algunas ramas del derecho como sucede en la Unión Europea. En consecuencia, es posible crear un *ius commune* con las herramientas actuales. Del mismo modo, en el contexto actual de globalización y el continuo tráfico transfronterizo de bienes y personas, es deseable -incluso necesario- facilitar el intercambio mediante la adopción de normas similares en todos los países. Por lo tanto, debido a que la creación del *ius commune* es posible, deseable y necesaria, lo único que debe responder el derecho comparado es cuál es la mejor manera de lograrlo.

Por último, atendiendo a su naturaleza, el derecho comparado debe enseñarse en las escuelas como una materia independiente que se enfoque en el aspecto teórico. La finalidad de esta materia es que el alumno entienda las normas, instituciones y la forma de pensar de los abogados de otros sistemas jurídicos.⁸ Ahora bien, el campo de estudio de esta materia debe ampliarse para

abarcar también el derecho público, pues actualmente la mayoría de las transposiciones ocurren en las bases de esa rama.⁹

Por otro lado, la segunda variante sostiene que el derecho comparado es solo una técnica usada para recolectar información sobre el derecho extranjero e identificar similitudes y diferencias. En consecuencia, esta técnica se agota al realizar comparaciones entre familias legales o normas emitidas por el Estado sin que sea necesario tomar en cuenta el contexto de estas ni explicar los motivos de disenso o acuerdo. En consecuencia, elementos del derecho distintos de las normas emitidas por el Estado como las decisiones jurisdiccionales únicamente son estudiados cuando constituyen una de las fuentes primarias de Derecho. Ahora bien, debido a su naturaleza instrumental el derecho comparado no tiene un propósito propio, pues su finalidad depende de la intención con la que se utilice.

En cuanto a qué comparar, esta corriente sostiene que únicamente pueden contrastarse elementos que cumplan con los requisitos de comparabilidad. Por lo tanto, para poder llevar a cabo comparaciones de sistemas jurídicos completos es necesario que estos pertenezcan a la misma familia y para comparar instituciones o normas estas deben ser funcionalmente equivalentes. Si no se cumplen con los requisitos de comparabilidad, el estudio comparado será estéril y llevará a resultados confusos e inútiles. Respecto al nombre, la segunda variante señala que la denominación "derecho comparado" es confusa y errónea, pues insinúa que se toman en consideración factores extrínsecos durante la comparación cuando realmente únicamente se ocupa de normas. Debido a que únicamente pueden contrastarse elementos "comparables", el método correcto para hacer derecho comparado es el funcionalista. El funcionalismo consiste en encontrar normas o instituciones que cumplan con fines equivalentes, obtener datos relevantes que sirvan para realizar una descripción breve de las normas con para encontrar diferencias y similitudes entre ellas. Sin embargo, no debe intentar explicarse el motivo de las diferencias debido a que eso atiende a razones extralegales.

A pesar de la utilidad del método propuesto, este no debe usarse en la labor jurisdiccional ni en la legislativa. Este no debe usarse para tomar decisiones jurisdiccionales, pues parte de una selección arbitraria de sentencias, normas y sistemas. A lo anterior se le suma que los jueces únicamente lo utilizarían para justificar conclusiones a las que llegaron previamente o para separarse de una línea jurisprudencial. Esto es malo debido a que no aporta nada a la sentencia y además permite variar arbitrariamente la línea jurisprudencial mediante la elección caprichosa de la respuesta que más agrade al juez.

⁹ *Ibidem*, p. 178.

⁶ Hay que recordar que a lo largo de su obra la Autora hace referencias musicales. Aquí cuando habla de jueces como afinadores del derecho se refiere a que son los intérpretes y aplicadores del derecho.

⁷ Esin Örüçü, op. cit., p.94.

⁸ *Ibidem*, p. 68.

Del mismo modo, el derecho comparado no debe usarse para la creación y renovación de los sistemas jurídicos. A pesar de que algunos consideran que actualmente las transposiciones son producto de la búsqueda voluntaria de soluciones, la realidad es que el único que cuenta con información respecto al funcionamiento y efectividad de las normas e instituciones disponibles es el exportador. En consecuencia, los exportadores del derecho pueden utilizar la desigualdad en información para imponer las “soluciones correctas” a los importadores quienes no tendrán otra opción más que adaptarlas a su sistema. La manera perversa en la que opera el derecho comparado como herramienta jurisdiccional y legislativa hace ver que no es deseable que exista un *ius commune*, pues significaría la pérdida de la soberanía y la identidad de los Estados.

En otro orden de ideas, el campo de estudio del derecho comparado debe restringirse al derecho privado. Con el auge del mercado global, es indispensable que los comparativistas expongan las similitudes y diferencias de las ramas del derecho privado en los sistemas que entran en contacto por sus relaciones comerciales. Sin embargo, no es posible comparar las disposiciones e instituciones de derecho público, pues en ellas entran en juego factores extralegales que alteran las investigaciones que la metodología y el marco conceptual del derecho comparado no están preparados para estudiar. De modo que el derecho comparado debe limitarse a estudiar el derecho privado. Por último, ésta herramienta no debe ser una materia independiente en los planes de estudio de las facultades de derecho. Por el contrario, únicamente debe formar parte del temario de cada materia cuando ayude a los alumnos a entender mejor la regulación nacional.¹⁰

Como puede verse, las dos variantes dan respuestas distintas a las mismas preguntas, eso hace que la autora se pregunte si ambas posturas son irremediamente incompatibles. Sin embargo, a pesar de las diferencias entre ambas corrientes, la profesora Örüçü argumenta que la brecha entre las dos variables no es insalvable. Un ejemplo de lo anterior es que aquellos que afirman que el derecho comparado es únicamente un método no dan cuenta de lo que es en realidad ese método. Por su parte los que estiman que es algo más que un método no están completamente de acuerdo en lo que significa eso.¹¹ Por lo tanto, las posturas no son mutuamente excluyentes, pues por la falta de consenso y la incompletitud de las definiciones es posible que existan puntos de convergencia entre ambas. Del mismo modo, una sola persona podría seguir ambas posturas en momentos distintos. Por ejemplo, un abogado podría comparar con la finalidad de aumentar el conocimiento y entendimiento

del derecho y después comparar siguiendo el método de funcionalista con la única finalidad de encontrar similitudes o diferencias en alguna rama del derecho.

Posteriormente, la autora presenta cinco preguntas relevantes para el futuro del derecho comparado: ¿cómo debe hacerse frente a los casos difíciles? ¿Cuál es el efecto que tiene el pluralismo cultural los sistemas legales? ¿De qué manera deben clasificarse los sistemas? ¿Cómo estudiar sistemas mixtos? ¿Cuáles son los límites del derecho comparado? Respecto al primer tema, la autora argumenta que ante un caso difícil los comparativistas deben buscar explicaciones en los factores económicos, sociales y culturales de los sistemas jurídicos que estudian. En cuanto al pluralismo cultural, considera que este no puede redundar en un pluralismo legal sin que el Estado pierda su lugar como el encargado de emitir las normas o sin que se acepte que las leyes emitidas por las autoridades competentes únicamente son una de las capas del Derecho. Por lo tanto, todavía hace falta que los Estados evolucionen para que exista un verdadero pluralismo legal que refleje el pluralismo cultural. En cuanto a la clasificación de los sistemas, la autora considera que la distinción por familias legales no es suficiente, pues no da cuenta de los fenómenos relevantes que surgen de la relación entre sistemas jurídicos y sus evoluciones. Por lo tanto, es necesario deconstruir la clasificación actual y reclasificar los sistemas en árboles genealógicos. Esta clasificación es mejor debido a que permite representar los parentescos, puntos de contacto y la forma en la que se relacionan los sistemas jurídicos de distintos países. Con esto es posible reconocer la realidad de que todos los sistemas nacieron de combinaciones y cambiaron a través de mutaciones y trasposiciones.

En cuanto al estudio de los sistemas mixtos, los comparativistas deben comprender que las circunstancias de nacimiento y cambio de los sistemas jurídicos son responsables de su naturaleza híbrida. Por lo tanto, deben explicarla teniendo en cuenta esas circunstancias. Es importante que la naturaleza híbrida de los sistemas se vea reflejada en los estudios comparativos, pues ayuda a explicar por qué el Derecho toma formas distintas en cada sociedad. Por último, la autora estima que no hay límites para el comparativismo respecto a las materias que pueden compararse, pues siempre que se planteen correctamente las características que se contrastarán, puede compararse cualquier cosa.

¹⁰ *Ibidem*, p. 65.

¹¹ *Ibidem*, p. 61.