

La ciencia del derecho comparado (notas introductorias para su comprensión a partir de algunas voces de ilustres iuscomparatistas)

Marcos Geraldo Hernández Ruiz*

“Qué claro y sencillo se vuelve todo, cuando se abren los ojos hacia el interior, a condición desde luego de haberlos asomado afuera previamente, para mejor gozar del contraste”.

Samuel Beckett, *El innombrable*.

- **RESUMEN:** este trabajo, a manera de notas introductorias, tiene por objeto el estudio de la Ciencia del Derecho Comparado. Lo que interesa es brindar, sobre todo al estudioso que se acerca por primera vez a esta disciplina, un cúmulo de enseñanzas, las cuales serán proferidas por algunas voces de ilustres iuscomparatistas. En estas condiciones, los tópicos centrales que nos ocupan son: la definición, la función, el objeto, el método y la finalidad del Derecho Comparado. Finalmente, con el objetivo de estimular las investigaciones en la materia, se recogen otras enseñanzas.
- **PALABRAS CLAVE:** Ciencia del Derecho Comparado; definición, función, objeto, método y finalidad de la comparación jurídica; iuscomparatistas; enseñanzas iuscomparativistas.
- **ABSTRACT:** *this work, by way of introductory notes, has as an object the study of the Science of Comparative Law. The most important is to provide,*

* Profesor de Derechos Humanos en la Universidad Nacionalista México (Oaxaca). Licenciado en derecho con mención honorífica por la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca y exbecario del Ministerio de Educación de la República de Argentina (2018-2019). Cuenta con estudios de especialización en Metodología de la Comparación Jurídica por la Universidad de Bolonia y Derecho Procesal Constitucional por la Universidad de Buenos Aires, así como con las maestrías en Derecho Constitucional por la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca y Filosofía del Derecho por la Universidad de Buenos Aires.



specially to the student who is approaching this discipline for the first time, a collection of teachings, which will be uttered by some voices of illustrious iuscomparatists. In these conditions, the central topics that concern us are: the definition, the function, the object, the method and the purpose of Comparative Law. Finally, with the aim of stimulating research on the subject, other teachings are collected.

► **KEYWORDS:** *Science of Comparative Law; definition, function, object, method and purpose of the legal comparison; iuscomparatists; iuscomparativist teachings.*

► **SUMARIO:** **I.** Exordio. **II.** La Ciencia del Derecho Comparado. a) Definición o ¿qué es el Derecho (Constitucional) Comparado?, b) Función o ¿para qué se compara?, c) Objeto o ¿qué comparar?, d) Método o ¿cómo comparar? e) Finalidad o ¿qué se quiere con la comparación? **III.** Nota final para el profesional del derecho y el derecho nacional. **IV.** Referencias.

I. Exordio

Una de las disciplinas jurídicas de mayor auge en estos tiempos turbulentos, acelerados y desafiantes es el Derecho Comparado. Sin embargo, los juristas nacionales, parece ser, aún no han comprendido, por diversos motivos, justificados o no, la importancia de su saber. En algunas culturas jurídico nacionales, como es el caso de México, apenas se está recepcionando. En efecto, los estudios de estirpe comparativa —y no de simple exposición de derecho extranjero— en la actualidad son muy contados. Esto, debido —en gran parte— a que existe un desconocimiento de la disciplina y escasos cultores.¹

¹ Pioneros en la materia son los profesores Fix-Zamudio, Héctor y Salvador Valencia Carmo-
na, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 1ª. ed., 1999, 9ª. ed., México, Porrúa, 2017;
Fix-Zamudio, Héctor, “Tendencias actuales del derecho comparado”, en Serna de la Garza,
José María (Coord.), *Metodología del derecho comparado*, México, UNAM, 2005, pp. 23-68.
El referente más destacado en la actualidad es el profesor Figueroa Mejía, Giovanni A, *Las
sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucio-
nalidad mexicana*, México, Porrúa/IMDPC, 2011; “La justicia constitucional local en México.
Análisis y propuestas de mejora” en Bagni, Silvia (Coord.), *Justicia constitucional comparada*,
México, Porrúa/IMDPC, 2014, pp. 371-406; *Influencia de la doctrina en las decisiones de la Su-
prema Corte de Justicia Mexicana. Análisis de las sentencias de amparo en revisión, controversias
constitucionales y acciones de inconstitucionalidad (2001-2014)*, México, Porrúa/IMDPC, 2017;
y en coautoría: Pegoraro, Lucio y Giovanni A. Figueroa Mejía (Coords.), *Profesores y jueces.
Influjos de la doctrina en la jurisprudencia constitucional de Iberoamérica*, México, SCJN/CEC,
2016. De igual forma, no menos importante, son los trabajos pedagógico-teórico-prácticos
que en este ámbito están forjando los profesores Muñoz, Edgardo, *Un gran viaje. Manual de
derecho comparado*, 2ª ed., México, Tirant lo Blanch, 2018, y Spigno, Irene, *Discorsi d’odio.
Modelli giurisprudenziali a confronto*, Giuffrè Editore, 2018; “El uso judicial del derecho com-

Evidencia de lo mencionado, por ejemplo, son la mayoría de los planes de estudio de las Facultades de Derecho, los cuales no contemplan como materia (obligatoria) al Derecho Comparado; en consecuencia, la enseñanza teórica y práctica es casi nula y sin el perfil científico que se merece.

En estas condiciones, es preciso que las nuevas generaciones de juristas atiendan este deber en beneficio de la sociedad. Empero, este deber no puede ser cualquiera, sino el de perfeccionar día a día nuestro Derecho, y en este caso particular, el de labrar, cultivar, regar y cosechar los extensos, complicados y desafiantes campos de la Ciencia Jurídica Comparada.

En razón de lo anterior, esta colaboración tiene por objeto, a partir de las enseñanzas de insignes maestros, abordar los tópicos más significativos que configuran la fisonomía de la novel disciplina jurídica comparada.

A nuestro modo de ver, los temas más importantes son: a) la definición, ocupada de establecer qué es el Derecho (Constitucional) Comparado; b) la función, interesada en comprender para qué se compara; c) el objeto, constreñido en identificar qué comparar; d) el método, enfocado en saber cómo comparar; y e) la finalidad, dirigida a resolver qué se quiere con la comparación.

Una vez precisado el cúmulo de interrogantes, como la finalidad de estas líneas es ofrecer notas o apuntes introductorios que sirvan para descifrar la anatomía del Derecho Comparado, las respuestas que se den al mismo, sin duda más acertadas de las que un principiante pudiera ofrecer,² correrán a cargo de algunas voces de ilustres iuscomparatistas, privatistas y publicistas principalmente.

No cabe la menor duda en que son diversos los aportes que los comparativistas han realizado a lo largo del tiempo al Derecho. Una voz autorizada al respecto, es la de Rodolfo Sacco,³ profesor emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Turín, el que, con esa amplitud de conocimientos y aguda mentalidad que le caracteriza, acorde a todo genuino comparatista, nos regala, más que un primer apunte o nota introductoria, una primera lección magistral. Esto es así, por cuanto delinea con meticulosa precisión los aspectos más sobresalientes del cuadro, esto es, de los aportes de los cultores de la Ciencia de la Comparación Jurídica, a lo largo de su evolución, al saber del cual se nutre y fortalece:

parado en materia de derechos humanos”, conferencia presentada en el taller *Juzgar con perspectiva de derechos humanos*, realizado por el Poder Judicial del Estado de Coahuila de Zaragoza, primera edición, julio-diciembre de 2020; y en coautoría: Rolla, Giancarlo e Irene Spigno, *Elementos de derecho constitucional comparado para América Latina*, México, Tirant lo Blanch, 2020. Por último, desde otra mirada, encontramos al filósofo del derecho mexicano Tamayo y Salmorán, Rolando, “Teoría jurídica y “derecho comparado”. Una aproximación y un deslinde”, en *Isonomía*, No. 27, 2007, pp. 29-49.

² Un pequeño aporte de nuestra parte es el texto: “Breve estudio de microcomparación entre el proceso contencioso interamericano y el juicio para la protección de los derechos humanos oaxaqueño”, en *Jus Semper Loquitur*, No. 14, 2015, pp. 38-77.

³ Una de sus contribuciones más importantes al derecho (comparado) es su obra *El derecho mudo. Neurociencias, conocimiento tácito y valores compartidos*, trad. de César E. Moreno More, Lima, Communitas, 2016.

Ante todo, la comparación convence al jurista del hecho que también los sistemas diversos al suyo pueden meritar respeto y admiración (fue tal mérito de Friedrich von Savigny, Raymond Saleilles y Edouard Lambert). Luego, enseña a conocer el derecho partiendo del problema y no del concepto (Ernst Rabel). Y, posteriormente, enseña a investigar en forma sistemática las circunstancias de hecho que han determinado en modo efectivo la decisión del juez (René David). Enseña, además, a comprender, en el análisis de cada sistema, las distinciones, las contraposiciones y las generalizaciones localizables en cada uno de los demás sistemas considerados (Rudolf B. Schlesinger). De este modo, toma conciencia de la autonomía de los diversos formantes del Derecho –definición contenida en el texto legal, regla legal aplicativa, generalizaciones formuladas por el juez y Derecho aplicado, categoría y ejemplificación enunciada por el teórico– como, asimismo, de la presencia de masas de Derecho no explicitado (Rodolfo Sacco).⁴

El estado del arte, elevado a su máxima expresión, es una empresa que nos compromete a todos, juristas de sabiduría añeja y, por lo tanto, consolidada; así como a estudiosos de mentalidad alerta y, por consecuencia, abierta, consciente, reflexiva, crítica y propositiva. En este entendido, nuestra labor diaria, al menos la más importante, es: el perfeccionamiento, en clave comparativa, de un derecho y una sociedad humanistas.

II. La ciencia del derecho comparado

El estudio del Derecho Comparado como ciencia jurídica (moderna) se inicia con motivo del Congreso Internacional de Derecho Comparado, desarrollado en París, Francia, del 31 de julio al 4 de agosto de 1900 (inicio del Siglo XX), bajo los auspicios de la exposición mundial emblemáticamente representada por la torre Eiffel.⁵

Naturalmente, como siempre ocurre con toda novel disciplina científica, los estudiosos comparatistas de esa época —por citar tan solo a sus promotores, Raymond Saleilles y Édouard Lambert— se encontraban ansiosos por compartir y debatir sus incipientes, pero importantísimas reflexiones y propuestas, en torno a la idea de dar vida y forma a una auténtica Ciencia del Derecho Comparado. El caldo de cultivo perfecto, como se dijo, lo constituyó el Congreso parisino, por lo que era de esperarse que, por la vía del consenso que no siempre es fácil, los cultores de la nueva ciencia

⁴ Míguez Núñez, Rodrigo, “Comparar: conversaciones con Rodolfo Sacco”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 17, 2011, p. 211.

⁵ Un estudio crítico y actual sobre el refluorecimiento de la disciplina desde la perspectiva constitucionalista es el de Hirschl, Ran, *Asuntos comparativos. El renacimiento del derecho constitucional comparado*, trad. de Luz Helena Beltrán Gómez, Bogotá, UEC, 2019.

jurídica llegaran a un punto de partida común. En efecto, las finalidades propuestas fueron principalmente dos: primero, con base en las ponencias centradas en el derecho nacional, promover el cotejo de problemas comunes entre estudiosos de los diversos ordenamientos; y, segundo, afrontar y aclarar cuestiones sobre la definición, el método y el papel que, dentro del panorama de las ciencias jurídicas, debe ser asignado al Derecho Comparado.⁶

Una cuestión muy debatida acerca del estudio del Derecho Comparado es la consistente en su *naturaleza*. Desde una perspectiva tripartita es considerado un *método auxiliar*, una *ciencia autónoma* y, al mismo tiempo, una *ciencia y un método* (doble naturaleza).

En Italia, por ejemplo, el insigne jurista Mauro Cappelletti sostiene que es impropio hablar de *Derecho Comparado*, salvo algunos casos de excepción, como cuando se le considera como *fuerza del derecho*. El Derecho Comparado no es *derecho*, como se pudiera predicar del derecho de los contratos, del derecho de familia o de la seguridad social. De igual manera, tampoco puede confundirse con el *derecho extranjero*, el cual es derecho, pero de un ordenamiento distinto al propio. En estas consideraciones, el profesor italiano refiere que estamos en presencia de un método, antes que de una ciencia de la comparación. Para esclarecer tal afirmación, nos ilustra:

El derecho comparado es, en realidad, un método (*Rechtsvergleichung* [comparación jurídica] y no *vergleichendes Recht* [derecho que compara], según la terminología alemana, más apropiada); es, en suma, una manera de analizar el derecho de dos o más sistemas jurídicos diversos: así, existe aquella que podemos llamar "micro-comparación", cuando la comparación se efectúa en el ámbito de ordenamientos que pertenecen a la misma "familia jurídica" (por ejemplo, entre Francia e Italia), o bien, "macro-comparación", si el análisis comparativo se conduce a caballo entre dos o más familias jurídicas, por ejemplo, entre un ordenamiento del Civil Law, como el de Italia, y uno del Common Law, como el de Inglaterra.⁷

En una óptica distinta, encontramos otra postura que considera que el Derecho Comparado presenta una doble perspectiva, por un lado, ciencia, y por el otro, método. Bajo este perfil la ciencia y el método no son coincidentes entre sí, sin embargo, encuentran una unión que las hace inseparables por conducto del propio método jurídico comparado. Para esclarecer esta visión, la profesora española Gloria M. Morán nos explica:

⁶ Cfr., Pegoraro, Lucio y Angelo Rinella, *Introducción al derecho público comparado*, Lima, Palestra/UNAM/IJ, 2006, p. 31.

⁷ Cappelletti, Mauro, *Obras. La justicia constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa, 2007, pp. 361-362.

[E]l Derecho comparado presenta una doble perspectiva: a) conceptual y científica, por una parte, puesto que desarrolla un contenido y metodologías propias, y que como tal requiere de una sistematización científica para su conocimiento y estudio, que fundamentalmente se realiza desde la macrocomparación; y b) por otra parte, la proyección del método comparado, como método de investigación jurídico en cuestiones, normas o instituciones jurídicas concretas que amplía el horizonte del investigador de una rama concreta del Derecho, y se orienta a la microcomparación.

La primera perspectiva nos lleva, sin duda, al Derecho comparado como disciplina jurídica propia o autónoma dentro del saber jurídico, mientras que la segunda es una herramienta empleada dentro de una rama del Derecho vigente o no. Ciertamente el vínculo entre ambas es el método jurídico comparado, y para realizar un buen análisis comparado de cualquier figura o institución jurídica se requiere no sólo del conocimiento del derecho estatal propio sino también del método jurídico comparado, que a su vez exige el manejo de unas técnicas que se asientan en el Derecho comparado como disciplina autónoma.⁸

De acuerdo con una concepción globalizante o más abarcadora, el connotado jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio, influenciado en parte por las enseñanzas del gran comparatista francés René David,⁹ refiere que las ideas de disciplina científica y método jurídico no son incompatibles *per se* mismas, sino que se complementan, sin llegar al extremo de su completa unificación. En esta comprensión, Fix-Zamudio, argumenta:

[E]l *derecho comparado* es un instrumento del conocimiento de los ordenamientos jurídicos y, por tanto, un *método jurídico*, es necesaria su sistematización, ya que es un instrumento delicado que no puede utilizarse de manera indiscriminada y, con este objeto, se ha elaborado un conjunto de estudios sistemáticos que integran lo que podemos calificar como *ciencia jurídica comparativa*, es decir, una disciplina que analiza el método jurídico comparativo y establece los lineamientos para su correcta aplicación al enorme campo del derecho.¹⁰

⁸ Morán, Gloria M., "El derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico", en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, No. 6, 2002, p. 511.

⁹ Para este emérito profesor el método comparado debía, al margen del derecho, interesarse en la historia, en la sociología, en la filosofía y en el estudio de las civilizaciones. Solo de esta manera, a su consideración, el derecho comparado propiciaría una mejor comprensión entre los hombres. *Cfr.*, David, René y Camille Jauffret-Spinosi, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, México, UNAM/IIJ, 2010.

¹⁰ Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre metodología, docencia e investigación jurídica*, México, UNAM, 1981, p. 330, citado por González Martín, Nuria, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, UNAM/IIJ/Nostra Ediciones, 2010, p. 21.

En relación con este dilema (método-ciencia), los comparatistas Lucio Pegoraro y Angelo Rinella, después de reflexionar y debatir sobre el tema, convienen en que “una ciencia puede definirse como tal sólo cuando el estudio de una determinada materia se aísla y se diferencia de otras, se propone finalidades cognoscitivas autónomas y organiza un método propio (o métodos propios) para alcanzarlas. Una ciencia puede valerse de muchos métodos, pero seguir un método en particular no hace de ese estudio una ciencia”.¹¹

Dejando a un lado el dilema acerca de la naturaleza del Derecho Comparado, conviene precisar, por otra parte, que comúnmente y de manera errónea se suelen identificar como estudios de Derecho Comparado aquellos que se ocupan del estudio de derechos extranjeros, de derecho en general y particular, los cuales examinan ordenamientos, instituciones, procesos o figuras jurídicas de manera particularizada y descriptiva en la mayoría de las veces. En otras palabras, dichas investigaciones no se realizan con el ánimo de efectuar confrontaciones entre las coincidencias, analogías y diferencias de los objetos de estudio, por consecuencia, no identifican sus problemáticas y soluciones, ni mucho menos arrojan conclusiones ni formulan propuestas de perfeccionamiento de lo que, se supone, se ha sometido a un examen crítico-racional comparativo.¹²

¹¹ Pegoraro, Lucio y Angelo Rinella, *Introducción al derecho público comparado*, *Op. cit.*, p. 39. Similar postura adopta María Salvador cuando considera oportuno hacer la precisión de lo que es el método (comparado) de investigación y la ciencia (Derecho Comparado) que se ocupa de dicho método. “Como *método de investigación*, de estudio, desempeña una labor auxiliar en diversas disciplinas científicas, pero no posee una entidad propia, sino que sirve al objetivo de la disciplina a la que auxilia, de tal modo que los resultados que se obtienen del análisis comparado se suman a los argumentos que aporta dicha disciplina, y como *ciencia autónoma*, con suficientes características específicas y principios metodológicos propios que permiten diferenciarla de las restantes disciplinas jurídicas, y que persigue ciertas finalidades también propias, que se especifican en cada investigación concreta, y que, de acuerdo con los teóricos de esta nueva ciencia, pueden responder a alguno de los siguientes objetivos: buscar la mejor solución a un determinado problema jurídico, determinar las relaciones causales entre ellos, o poner de manifiesto la evolución histórica de un problema jurídico concreto”. *Cfr.*, Salvador Martínez, María, “Derecho constitucional comparado en el contexto de la integración supranacional y la globalización”, en *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, No. 21, 2008, p. 376.

¹² En el plano académico con la finalidad de colmar el vacío doctrinal se han traducido a lengua castellana importantes y serios manuales, principalmente de connotados juristas italianos, quienes afrontan sin vacilaciones y bajo un perfil científico el estudio de la comparación jurídica. *Cfr.*, Sarfatti, Mario, *Introducción al estudio del derecho comparado*, trad. del Instituto de Derecho Comparado de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, México, UNAM, 1945; Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, 3ª. reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 2006; De Vergottini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, trad. de Claudia Herrera, México, UNAM/Segretariato Europeo per le Pubblicazioni Scientifiche, 2004; Pegoraro, Lucio y Angelo Rinella, *Introducción al derecho público comparado*, Lima, Palestra/UNAM/IIJ, 2006 y *Derecho constitucional comparado. La ciencia y el método*, Tomo I, trad. de Sabrina Ragone, Buenos Aires, Astrea, 2016; Pegoraro, Lucio (Coord.), *Glosario de derecho público comparado*, México, Porrúa/IMDPC, 2012; Pegoraro, Lucio, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, México, Porrúa/IMDPC, 2006, y *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*, México, FUNDAP, 2011; Scarciglia, Roberto, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Madrid, Dykinson, 2011 y *Métodos y comparación jurídica*, Madrid, Dykinson, 2018; Somma, Alessandro, *Introducción crítica al derecho compa-*

En la realización de estudios jurídico-comparativos el profesional del derecho debe auxiliarse de otras ciencias, pues la reducción de la investigación al ámbito de las normas, desde un enfoque estrictamente jurídico, no sería un estudio consciente, crítico y apegado a la realidad, sobre todo si lo que se busca es extraer y aportar soluciones para resolver de la mejor manera una problemática de la realidad social. En este entendido, el estudioso debe tomar en cuenta el contexto, el espacio y el tiempo, entre otras cosas, en los cuales se desenvuelve el fenómeno a estudio, por lo que, para realizar tal cometido, debe echar mano de otras ramas del conocimiento humano.

Estas ciencias auxiliares del Derecho Comparado, por seguir una sutil clasificación, las podríamos distinguir en *ciencias jurídicas y no jurídicas*. En las primeras, por ejemplo, encontramos al Derecho Constitucional (general y particular), la Teoría General del Derecho, la Teoría del Estado, el Derecho Supranacional (internacional, comunitario, regional); y, en las segundas, por ejemplo, encontraríamos a la Ciencia Política, la Historia de las Doctrinas Políticas, la Filosofía, la Sociología, la Antropología, la Economía, la Estadística.

En estos tiempos ningún estudioso del Derecho puede negar la importancia de la trascendencia de las investigaciones de corte comparativo¹³ para la solución interna de los problemas. Para ende, lo que se requiere es emplear adecuadamente —previo análisis crítico y valoración— las herramientas metodológicas de la Ciencia del Derecho Comparado. Por ejemplo, para encontrar e idear las mejores soluciones a cierta problemática, se deben contrastar ordenamientos o institutos jurídicos; luego, esa confrontación entre objetos de estudio, dará lugar a la identificación de semejanzas y diferencias, a partir de allí es cuando el comparatista debe elegir la mejor solución al problema que tiene en frente o, en su caso, debe idear la mejor solución posible, pero valiéndose de la experiencia

rado, Lima, Ara Editores, 2006 e *Introducción al derecho comparado*, trad. de Esteban Conde Naranjo, Madrid, UCIIIIM, 2015; Gessner, Volkmar, *El otro derecho comparado. Ensayos sobre cultura y seguridad jurídicas en la era de la globalización*, trad. Héctor Fix-Fierro, México, UNAM/IJ, 2013; Sacco, Rodolfo, *El derecho mudo. Neurociencias, conocimiento tácito y valores compartidos*, trad. de César E. Moreno More, Lima, Communitas, 2016; Ajani, Gian María y Michele Graziadei, *Derecho comparado y teoría jurídica*, Santiago de Chile, Olejnik, 2017; Hirschl, Ran, *Asuntos comparativos. El renacimiento del derecho constitucional comparado*, trad. de Luz Helena Beltrán Gómez, Bogotá, UEC, 2019; Pizzorusso, Alessandro, *Curso de derecho comparado*, Santiago de Chile, Olejnik, 2020; Frankenberg, Günter y Marie-Claire Ponthoreau, *Crítica del derecho (público) comparado*, Madrid, Marcial Pons, 2021.

¹³ Sobre la importancia y difusión de los estudios y enseñanzas de tipo comparativo, Mauro Cappelletti, con ese ojo clínico que le caracteriza, identifica, al menos, cuatro razones: a) el aumento extraordinario de los intercambios económicos, personales, culturales entre las naciones, con el consiguiente incremento de las relaciones jurídicas a nivel transnacional; b) la naturaleza transnacional (*transfrontier*) de fenómenos cada vez más relevantes; c) la tendencia de ciertos valores, particularmente en el campo de los derechos humanos, a afirmarse en el nivel transnacional, cuando no universal; y d) la tendencia a crear organizaciones políticas y económicas multinacionales. *Cfr.*, Cappelletti, Mauro, *Obras. La justicia constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, *Op. cit.*, pp. 359-361.

de los objetos examinados; claro está que no debe pasar desapercibido el contexto o realidad social en la que operan dichas soluciones o institutos. Por ello, la solución que aporte debe ser lo más compatible posible con la problemática identificada en su contexto o realidad.

Los primeros estudios con perfiles comparativos, como no podía ser de otra manera, fueron realizados por los estudiosos del derecho privado, motivo por el cual han establecido cierto consenso sobre determinadas aristas de esta disciplina. En esta consideración, los iuspublicistas dedicados a los análisis comparativos han tenido que apoyarse de lo labrado por los primeros, no sin antes distinguir y afinar ciertos sectores característicos del derecho público, que como se habrá de recordar, las relaciones que se producen son generalmente de tipo vertical, es decir, del poder público al gobernado o viceversa; excepcionalmente de tipo horizontal, cuando el ente Estatal actúa en su condición de particular en relación con sus ciudadanos. Sin embargo, actualmente, podemos observar que como sucede en el ámbito privado, pueden configurarse relaciones (de carácter público) de naturaleza horizontal en situaciones de igualdad, esto es, entre particulares o de ciudadano a ciudadano (por ejemplo, la violación de derechos subjetivos públicos entre personas).

Por la creciente importancia que han desplegado los estudios comparativos en el ámbito jurídico italiano y en el mundo, un grupo de insignes comparatistas, identificados como el *Círculo de Trento* (por el lugar en donde surgieron las ideas, Trento, 3 de junio de 1987), se dieron la tarea de elaborar algunas tesis que servirán de guía a los estudiosos del derecho cuando decidan afrontar trabajos de esta naturaleza. Las tesis, se entiende, no son exclusivas de alguna rama del conocimiento jurídico, sino que, por el contrario, son aplicables de manera general al inconmensurable campo del Derecho.

Por su importancia, consideramos oportuno transcribir en su integridad estas *Cinco Tesis del Círculo de Trento*:

1ª Tesis. La comparación jurídica, considerada como ciencia, pone su atención, en forma necesaria, al mejor conocimiento de los datos jurídicos.

Ulteriores tareas —por ejemplo, la promoción del modelo legal o interpretativo mejor— merecen la más grande consideración, pero representa un objetivo eventual en la investigación comparada.

2ª Tesis. No existe ciencia comparada sin medir las diferencias y las identidades que se presentan entre los diversos sistemas jurídicos.

No es posible la realización de la ciencia comparada mientras nos limitemos a los intercambios culturales o a la exposición paralela de las soluciones explicadas en las diversas áreas.

3ª Tesis. El comparatista dirige su atención a los diversos fenómenos de la vida jurídica realizados en el pasado o en el presente, considera las mismas proposiciones jurídicas (entre los cuales, los actos del legislador y del juez, y las definiciones del doctrinario) como hechos históricos, y tiende a comprobar lo que realmente ha sucedido. En este sentido, la comparación es una ciencia histórica.

4ª Tesis. El conocimiento de los sistemas jurídicos en forma comparada tiene el mérito específico de comprender la coherencia de los formantes presentes en cada sistema jurídico, así como los elementos que componen y determinan los formantes contrapuestos.

Particularmente, esta comprende la coherencia entre las reglas operacionales presentes en el sistema y las proposiciones teóricas elaboradas para representar las reglas operacionales.

5ª Tesis. El conocimiento de un sistema jurídico no es monopolio del jurista que pertenece al sistema. Al contrario, el jurista perteneciente a un determinado sistema, si, por un lado, es favorecido por la gran cantidad de información, sin embargo, será, por otro lado, constreñido por el presupuesto que los enunciados teóricos presentes en el sistema sean plenamente coherentes con las reglas operacionales del sistema considerado.¹⁴

A consideración de los estudiosos del *Circulo de Trento* (Francesco Castro, Paolo Cendon, Aldo Frignani, Antonio Gambaro, Marco Guadagni, Attilio Guarnieri, Pier Giuseppe Monateri y Rodolfo Sacco), las tesis expuestas de ninguna manera pueden ser consideradas como totalmente acabadas; de esta suerte, alientan a la comunidad jurídica comparatista de todo el globo terráqueo a sumarse a este esfuerzo y así consolidar y perfeccionar a esta novel disciplina.

Por lo anterior, dentro del radio de acción de la Ciencia de la Comparación Jurídica, es *conditio sine qua non* que se surtan una serie de interrogantes. Así, según doctrina autorizada en la materia, los problemas fundamentales de la ciencia comparada pueden reducirse a tres: ¿Para qué se compara? (problema de la *función*); ¿Qué se compara? (problema del *objeto*); ¿Cómo comparar? (problema del *método*)".¹⁵ Sin perjuicio de estos planteamientos, consideramos pertinente sumar otras dos interrogantes que a nuestro juicio son claves para entender todo estudio de corte comparativo, en esta interpretación, tenemos: ¿Qué es el Derecho Compa-

¹⁴ Monateri, Pier Giuseppe, *Los límites de la interpretación jurídica y el derecho comparado*, Lima, Ara Editores, 2009, pp. 147-148.

¹⁵ *Cfr.*, De Vergottini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, trad. de Claudia Herrera, México, UNAM/Segretariato Europeo per le Pubblicazioni Scientifiche, 2004, p. 2.



rado? (problema de la *definición*); ¿Cuál es la finalidad de la comparación? (es decir, el problema de la *solución* o *resultado*; *si bien es cierto que en primera instancia pudiera* entenderse como una reformulación del primer cuestionamiento, debe advertirse qué es lo que se ha contestado primero en ambos casos para después sacar las conclusiones pertinentes).¹⁶

En este orden de ideas, a continuación, con la finalidad de saldar cada uno de los citados planteamientos, presentamos las respuestas que los iuscomparatistas han elaborado, explícita o implícitamente, según su particular sistema de pensamiento jurídico; el cual, desde luego, no es necesariamente coincidente, pues, de resultar así, sería poco satisfactorio la presentación de estas notas introductorias. En efecto, como veremos en seguida, existe una pluralidad de posturas jurídicas en torno a la naturaleza, definición, función, objeto, metodología, finalidades, etc., de nuestra disciplina; lo que nos viene bien, pues sólo de esta forma podremos adquirir una comprensión más cabal del Derecho Comparado.

El mérito de nuestro trabajo, si se quiere, es reunir en este documento un buen cúmulo de enseñanzas proferidas por juristas acreditados en la materia, para que posteriormente el estudioso del derecho construya su particular sistema de pensamiento, y a partir de ahí reflexione, critique, debata y, sobre todo, proponga nuevos planteamientos y respuestas en torno a esta floreciente disciplina jurídica en nuestro país. Por esa razón, desafortunadamente, no será este el lugar para exponer nuestro particular punto de vista en torno a nuestra materia; además, como precisamos al inicio, la investidura de “maestro” en derecho comparado, a diferencia de otros simuladores, que no cultores, aun no la vestimos (hasta ahorita, sólo la Academia Interamericana de Derechos Humanos (Coahuila) la otorga en México). Son estos, pues, los apuntes que un “estudiante” autodidacta de la Ciencia del Derecho Comparado ha confeccionado con el pasar del tiempo, poseyendo en la actualidad algunos conocimientos jurídicos elementales, adquiridos como todo buen aspirante al título de iuscomparatista en otras latitudes, en virtud de que en nuestro país desgraciadamente poco se conoce al respecto.

En esta comprensión, si se nos permite, el desconocimiento del Derecho Comparado es un genuino problema que como juristas debemos resolver con nuestros aportes, en virtud de que, para no decir más, la *simulación* de lo jurídico —doctrinal, legislativo o judicial— presentado como *auténtico* trabajo comparativo —*trasplante* mal logrado— por los diversos actores jurídicos es lo que en gran medida tenemos, pero no puede ser más. Es precisamente esta cuestión la razón fundamental por la que con

¹⁶ Creemos que la distinción es de *grado*, pues la *función*, reducida en nuestra apreciación, se limita a *conocer* las semejanzas y diferencias de lo otro; en cambio, la *finalidad*, no obstante que subsume la fase de conocimiento, su preocupación es *proponer*, con consciencia de las especificidades jurídico-culturales de los derechos cotejados, las soluciones pertinentes a las problemáticas identificadas por el comparatista jurídico.

este trabajo —no exento de errores seguramente— pretendemos abonar a la difusión, desarrollo, perfección y consolidación del conocimiento jurídico-comparado, para que sea efectivamente practicado, con un perfil científico riguroso, por el profesional del derecho en México.

En definitiva, conocer más acerca del Derecho Comparado y las ventajas que ofrece su aplicación en los ámbitos académico, legislativo, administrativo y jurisdiccional, permitirá que quien lea el artículo, abra su perspectiva, jurídicamente hablando, y observe más allá del ordenamiento doméstico. No necesariamente para aplicar el derecho de otros países en territorio nacional, pero para abrirse a otras ideas que pueden contribuir a ver con más claridad, o por lo menos con una perspectiva distinta, el contenido de nuestro ordenamiento interno; estas perspectivas nos permiten ver, de manera crítica, los posibles puntos oscuros, lagunas, contradicciones e incoherencias de nuestro sistema y pueden ser útiles en la interpretación y en la aplicación del derecho por los diversos operadores jurídicos.

a) Definición o ¿qué es el Derecho (Constitucional) Comparado?

Los comparatistas italianos Lucio Pegoraro y Angelo Rinella, después de desvelar algunos entuertos en torno al dilema método-ciencia, consideran que “el Derecho Comparado puede reivindicar la dignidad de ciencia sólo desde que la finalidad que persigue no es otra que la de sistematizar los materiales jurídicos de un ordenamiento particular, utilizando, para ese fin, el conocimiento de otros ordenamientos con la idea de ofrecer una comparación, de verificar las analogías y las diferencias, de clasificar institutos y sistemas, dando orden al conocimiento y creando modelos dotados de prescriptividad”.¹⁷

El connotado iuscomparatista Giuseppe De Vergottini en atención a los estudios que se realizan sobre Derecho Comparado, previene de manera muy insistente y acertada, acerca de la toma de conciencia de la existencia de ordenamientos diferentes del que se toma como referencia y su consideración con fines diversos, pues hay que atender, en todos los casos, si en verdad se quiere realizar un trabajo de esta naturaleza, a la confrontación

¹⁷ Cfr., Pegoraro, Lucio y Angelo Rinella, *Introducción al derecho público comparado*, Op. cit., p. 39. En un trabajo más reciente, dichos tratadistas han considerado oportuno, en principio, esbozar un esquema de definición, más que nada para excluir lo que el Derecho “constitucional” comprado *no es*. En este tenor, ilustran: “Es una ciencia (o método, o disciplina) que se ocupa o trata “cosas” que pueden adscribirse al concepto de “derecho”, entendido en sentido amplio y no sólo moderno y occidental. Es una ciencia (o método, o disciplina) que tiene como *objeto* la constitución, entendida en cualquiera de sus significados. Es una ciencia (o método, o disciplina) que tiene la *finalidad* de parangonar, deducir de ello, explicar las razones, y no solo yuxtaponer y describir realidades jurídicas (relativas a las “constituciones”) diferentes de la de quien escribe”. Cfr., Pegoraro, Lucio y Angelo Rinella, *Derecho constitucional comparado. La ciencia y el método*, Tomo I, trad. de Sabrina Ragone, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 32.

crítica y racional entre ordenamientos o entre instituciones pertenecientes a varios ordenamientos. El producto de este contraste o confrontación serían las coincidencias, semejanzas y diferencias que el comparatista debe tener en cuenta, en distinta medida, en función de las exigencias que se proponga según las características de su trabajo para lograr finalmente su cometido. En estas consideraciones, el propio De Vergottini afirma que “la comparación jurídica es, entonces, la operación intelectual del contraste entre ordenamientos, institutos y normativas de diferentes ordenamientos que, si se lleva a cabo de manera sistemática y según los cánones del método jurídico, asume las características de las disciplinas científicas”.¹⁸

Por lo que hace al Derecho “Constitucional” Comparado, naturalmente asociado a las ciencias del Derecho Constitucional particular y general, el profesor Paolo Biscartti Di Ruffia de manera preliminar refiere que se trata de “una de las ciencias jurídicas cuyo objeto es el estudio profundo de los ordenamientos constitucionales de los Estados”.¹⁹ Y desde un punto de vista más acabado que toma en cuenta el método, la función, el objeto y la finalidad de la disciplina, dirá que es aquella que “se dirige, a través del llamado método comparativo, a cotejar entre sí las normas e instituciones consagradas en los diversos ordenamientos estatales, tanto del presente como del pasado, con el propósito de poner en evidencia, además de las características más significativas, sus notas similares o diferenciales, y alcanzar por esta vía la determinación posterior de principios y reglas que encuentren una efectiva aplicación en tales ordenamientos”.²⁰

En consonancia con los comentarios anteriores, el jurista Roberto Scarciglia viene a reafirmar la concepción según la cual, para la principal doctrina de la comparación jurídica, ésta es una operación intelectual de comparación entre ordenamientos y sus componentes (institutos, normas, interpretaciones jurisprudenciales, etc.) cumplida de manera sistemática y según un enfoque propio de la metodología jurídica. En esta comprensión, con justa razón, considera que el Derecho Constitucional Comparado es una “disciplina que estudia los ordenamientos jurídicos de diferentes países y sus instituciones políticas desde el punto de vista del Derecho Constitucional, no simplemente a través de una mera descripción de Ordenamientos legales o del contenido de las Constituciones, sino poniendo frente a frente los mismos, según reglas metodológicas compartidas”.²¹

¹⁸ Cfr., De Vergottini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, Op. cit., p. 2.

¹⁹ Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, 3ª. reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 79.

²⁰ *Ídem*.

²¹ Scarciglia, Roberto, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 22.

b) Función o ¿para qué se compara?

Para el ilustre comparatista Giuseppe De Vergottini en concordancia con una visión preliminar y siguiendo las conclusiones alcanzadas por los iusprivatistas en la materia, las funciones de la comparación en el Derecho pueden ser reducidas a dos clases: una primaria, que da cuenta del conocimiento adquirido (función cognoscitiva del Derecho Comparado); y otra secundaria que consiste en la utilización de los resultados obtenidos por medio de la comparación para conseguir diversos objetivos (esta última, según nuestra consideración, se corresponde con lo que aquí identificamos por *finalidad* del análisis comparativo). Por otro lado, en el ámbito del Derecho Constitucional (iuspublicista), según De Vergottini, la función de la comparación es múltiple pues persigue diversos objetivos. En esta idea, el autor en comento delimita las funciones del análisis comparativo en: a) función primaria de conocimiento; b) función de comprobación de los conocimientos; c) función de comprensión de institutos del ordenamiento; d) función de auxilio para la interpretación; e) función de auxilio para la preparación de textos normativos; f) función de auxilio a la armonización y unificación normativas.²²

En atención a esta interrogante, Roberto Scarciglia es consciente que desde un punto de vista inicial puede reflexionarse que “la comparación jurídica básicamente es libre en sus fines, cuando a través de ella se procede a confrontar y a valorar posteriormente los formantes pertenecientes a ordenamientos diferentes”.²³

Por lo anterior, a efecto de darle solidez a su pensamiento respecto al papel o utilidad del análisis comparativo, conviene en seguir los pasos de la doctrina dominante, aceptando, por tanto, la clasificación ampliamente compartida de distinguir entre funciones primarias (conocimiento de los ordenamientos extranjeros) y secundaria (la utilización de los resultados obtenidos mediante el análisis comparado) de la comparación jurídica. Sin embargo, desde su particular punto de vista, le resulta más atractiva una ulterior clasificación de las funciones de la ciencia comparativa. Así, siguiendo a la doctrina iuspublicista y iusprivatista, distingue entre funciones teóricas y prácticas de la comparación. Por lo que hace a las primeras: a) la adquisición de nuevos conocimientos (provenientes del análisis de derechos extranjeros, como de formantes que sean endógenos al ordenamiento del investigador); b) la mejor comprensión del Derecho nacional (desde el que, generalmente, opera el investigador); c) la contribución a la educación y formación del jurista nacional; y por lo que toca a las segundas: a) el auxilio a la política legislativa y a la redacción de los textos normativos; b) la preparación de materiales para el juzgador (en atención

²² Cfr., De Vergottini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, Op. cit., pp. 4-24.

²³ Cfr., Scarciglia, Roberto, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Op. cit., p. 69.

a su actividad de información, orientación y control); c) la comprensión por parte de la doctrina de modelos de proveniencia extranjera (en atención a su actividad de información, orientación y control); d) la elaboración de tratados y convenios internacionales; e) la función de armonización y la unificación (consistente en la simplificación o eliminación de diferencias entre ordenamientos que van desde formas de coordinación hasta una auténtica reducción a unidad); f) la función de interpretación (sistemática de institutos jurídicos, especialmente para los juzgadores).²⁴

La importancia y utilidad del Derecho Comparado según la concepción de la tratadista Nuria González Martín —quien sigue las enseñanzas del profesor Guillermo Florís Margadant— es de gran relevancia para los juristas porque nos ayuda a entender e interpretar el sistema jurídico propio. De esta suerte, por un lado, nos ayuda a entender el derecho como creación natural del hombre; por el otro, nos proporciona una base intelectual para la interpretación y el análisis de distintos sistemas jurídicos. En este orden de ideas, el análisis comparativo es utilizado en los casos siguientes: a) como medio para ver más claramente la esencia de nuestro derecho; b) como medio para la codificación, uniformación transnacional del derecho, agregando que la comparación es un medio para la globalización o integración del derecho; c) como ayuda para aclarar el elusivo concepto de “orden público”; d) como instrumento para crear una ciencia jurídica, y concretamente una ciencia social; e) para un mejor estudio de las diferentes familias jurídicas existentes.²⁵

c) Objeto o ¿qué comparar?

En términos muy concretos, pero a la vez abarcador, Lucio Pegoraro y Angelo Rinella nos dicen que el objeto del derecho (público: constitucional) comparado significa “el ámbito de investigación propio de la disciplina”.²⁶

El objeto de la comparación en el Derecho Público y, por consecuencia, en el constitucional, a decir de Giuseppe De Vergottini, lo constituyen los ordenamientos, institutos y normativas que forman parte de ordenamientos estatales. Sin embargo, en virtud del pluralismo de los ordenamientos, advierte que la comparación puede interesar a ordenamientos públicos internos, a los ordenamientos estatales o a los de las organizaciones internacionales.²⁷

²⁴ Cfr., Scarciglia, Roberto, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Op. cit., pp. 71-82.

²⁵ Cfr., González Martín, Nuria, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, Op. cit., pp. 18-20.

²⁶ Pegoraro, Lucio y Angelo Rinella, *Introducción al derecho público comparado*, Op. cit., p. 18.

²⁷ Para De Vergottini es importante tomar en consideración que únicamente el derecho que constituye objeto de comparación lo es el *derecho positivo efectivamente vigente* en los ordenamientos afectados por la investigación comparada. Este derecho positivo efectivamente vigente puede ser formal, escrito o codificado (Constitución, legislación, jurisprudencia) y no formal o consuetudinario (costumbre, convenciones, praxis interpretativa). En este

En atención a que existen diversos ordenamientos estatales (formas de Estado contemporáneos), cierta doctrina nos dice que el objeto específico de las investigaciones de Derecho Constitucional Comparado suele resultar al mismo tiempo muy variado. Y para constatar esta diversidad del objeto sometido a comparación, se han establecidos tres criterios: a) la naturaleza de la investigación, bajo este aspecto, se comparan: diversos ordenamientos constitucionales considerados en su conjunto, sectores particulares de dichos ordenamientos, e instituciones constitucionales particulares; b) el material normativo de estudio, en este caso, son comparables normas escritas: constituciones (modernas), leyes ordinarias, leyes electorales, reglamentos parlamentarios; y normas no escritas: costumbre y normas convencionales (*conventions of the Constitution*); y c) el ámbito de extensión de la investigación, sobre este particular son comparables bajo un aspecto puramente teórico: el número de ordenamientos estatales, que puede variar de dos —pues el estudio de un solo ordenamiento extranjero no determina, por sí, una investigación real de Derecho Comparado— a todos los existentes en el mundo; y desde el plano práctico: si bien no se requiere que los ordenamientos estatales que se examinan posean una igualdad total de normas y de instituciones —lo que llevado al absurdo eliminaría la posibilidad misma de una comparación— sí resulta necesaria la analogía sustancial de principios informadores y de estructuras constitucionales.²⁸

En otra óptica, Mauro Cappelletti comenta que una cuestión preliminar, y en verdad fundamental para el profesional que pretende iniciar estudios de tipo comparativo, es la relativa a la figura jurídica que va a someter a comparación. Generalmente se afirma que solamente pueden ser objeto de comparación los sistemas, las normas e instituciones que son *similares*

orden de ideas, la comparación se refiere a las normativas efectivamente vigentes con independencia de su inserción o no en los textos escritos, por lo que ha de tenerse presente la regla enunciada por los iusprivatistas consistente en que el derecho realmente vigente (*law in action*) que hay que considerar a efectos comparativos no coincide necesariamente con el derecho escrito (*law in the books*). Este argumento del profesor italiano encuentra apoyo en lo manifestado por Mirkin-Guetzevitch: “los estudios de derecho constitucional comparado nos ponen de manifiesto la relatividad de los textos, de las fórmulas, de los dogmas. No son los textos los que crean las democracias. Son los hombres y las ideas, los partidos y los principios, las místicas y los slogans, los usos y las tradiciones, los factores determinantes de un régimen. Los textos solamente crean algunas condiciones de evolución, transformación o realización jurídica”. En definitiva, el objeto principal del Derecho Constitucional Comparado lo constituye el examen de la práctica constitucional aplicada a la realidad social. Cfr., De Vergottini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, Op. cit., pp. 24, 27-30.

²⁸ Paolo Biscaretti Di Ruffia pone de relieve que no se puede excluir en sentido absoluto el estudio comparativo, ya sea de carácter general o específico, respecto a determinados sectores o instituciones de los ordenamientos constitucionales pertenecientes a las diversas “formas de Estado” contemporáneas, si bien en la práctica la investigación misma puede resultar provechosa únicamente en casos particulares y cuando se tienen en cuenta las diferencias ostensibles que caracterizan dichas formas, que confieren con frecuencia significados y valores totalmente diferentes a instituciones aparentemente análogas o calificadas con iguales denominaciones. Cfr., Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Op., cit, pp. 81-84.

entre sí. Aserción con la cual no está de acuerdo, pues para él es necesario si se quiere hacer significativos este tipo de investigaciones, contar con un punto de partida común (*tertium comparationis*). Aclarando más la cuestión, ilustra: “este punto común no consiste de modo alguno en una solución jurídica de común o similar, sino simplemente en la comunidad, o semejanza, del problema o la necesidad sociales que se intenta resolver mediante la intervención jurídica, normativa o de otra naturaleza”.²⁹

Roberto Scarciglia, de acuerdo con este enfoque de la multiplicidad de objetos de la disciplina comparada, refiere que: “La comparación, entendida como disciplina jurídica, tiene por objeto un número indefinido de elementos, interconectados entre sí y que, dentro de cada ordenamiento utilizan o producen reglas jurídicas, dirigidas a definir un cierto orden relacional entre sujetos o grupos sociales en un momento histórico dado”.³⁰

d) Método o ¿cómo comparar?

El Derecho Constitucional Comparado aparece como una “ciencia con un método propio (el método comparado, el cual a su vez es un método jurídico) que comprende el fenómeno jurídico de la circulación de modelos de un ordenamiento a otro”.³¹

²⁹ Cfr., Cappelletti, Mauro, *Obras. La justicia constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, Op. cit., p. 364.

³⁰ Al respecto, Scarciglia apunta: “El adjetivo “comparables” quiere dar a entender que dos objetos pueden definirse tales si se convierten en objetos de la comparación. Sin embargo, no es suficiente el requisito de la “comparabilidad” para que dos objetos puedan ser comparados. Ello depende en gran medida del interrogante del problema que se ha planteado tratar el estudioso, y de hecho la comparación entre dos objetos no es un fin, sino un medio, y en consecuencia, la definición del requisito debe anteceder la elección de los objetos a comparar, por relación a los lugares, el tiempo y las condiciones en las que el estudioso actúa”. Cfr., Scarciglia, Roberto, *Introducción al derecho constitucional comparado* Op. cit., pp. 109, 112.

³¹ Prado Maillard, J. L., “Derecho constitucional comparado”, en Pegoraro, Lucio (coord.), *Glosario de derecho público comparado*, México, Porrúa/IMDPC, 2012, pp. 96-98. En atención a la importancia del método en los trabajos jurídico-comparativos, Gino Gorla recalca: “la configuración metodológica es absolutamente previa a cualquier estudio de carácter comparado. Para establecer la diferencia entre lo que es y lo que no es calificable como Derecho comparado, ayuda por supuesto el método jurídico”. Cfr., Scarciglia, Roberto, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Op. cit., p. 21. Más recientemente se ha dicho que la metodología del Derecho comparado se confronta, en el nuevo milenio, con culturas y tradiciones legales múltiples (Glenn), caracterizadas por modalidades de análisis heterogéneas, y a veces incompatibles entre sí, haciendo, en cierta medida, obsoleto y, en cualquier caso, limitado el debate sobre la individualización y la construcción del mejor método por utilizar en los análisis comparativos. Aunque ha sido fundada sobre débiles bases epistemológicas, se acoge aquí, por necesaria simplificación, la tesis que establece que el Derecho comparado (*dc*) puede considerarse una ciencia (*c*) y, por tanto, no puede separarse del conocimiento y de la aplicación de uno o más métodos (*m*) de investigación, como en cualquier autónoma disciplina científica ($dc = s; dc \neq m; dc < m + (m^1 + m^2 + m^3 \dots)$). Por otro lado, la tesis según la cual $dc = m$ implicaría una visión limitada del método de la comparación, así como de sus fines y de su objeto. Cfr., Scarciglia, Roberto, “Método comparado”, en Pegoraro, Lucio (coord.), *Glosario de derecho público comparado*, Porrúa/IMDPC, México, 2012, p. 283.

En similares términos, Paolo Biscaretti Di Ruffia refiere que tratándose de investigaciones comparativas de la ciencia jurídica el método a emplear es el jurídico³² (comparado), el cual, por la naturaleza misma de este tipo de investigaciones, puede emplear simultáneamente los métodos —y datos— de otras ciencias no jurídicas, como, por ejemplo, la ciencia política, la historia, la economía y la sociología.

Este es un factor que resulta indispensable para lograr una interpretación y valoración exacta de las normas e instituciones jurídicas, incluso de países que en muchos aspectos presentan sustanciales semejanzas entre sí. En esta apreciación, llega a la conclusión de que “con frecuencia, todos los métodos de investigación mencionados (*comparative government, institutional comparison, functional comparison*), podrán ser utilizados provechosamente de manera simultánea por medio de su combinación oportuna, siempre que se traduzcan en la valoración comprensiva de las instituciones o de las funciones, consignadas en los estudios monográficos”.³³

Los métodos empleados en cada investigación jurídica, como veremos en seguida, dependerán de la sensibilidad científica de cada comparatista en relación con sus objetos de estudio y los contextos en que se desenvuelva.

El propio Biscaretti Di Ruffia sostiene que una investigación cuidadosa de Derecho Constitucional Comparado deberá estructurarse de manera esencial de acuerdo con las etapas siguientes:

Primera. Una metódica y cuidadosa recopilación de datos, que sea adecuada para adquirir un buen conocimiento de las normas e instituciones de los países que se examinan en forma particular, encuadrando siempre los diversos datos parciales en el marco constitucional general;

Segunda. La sistematización inteligente de los propios datos, de modo que, a través de las analogías y diferencias que surgen de su comparación se obtengan todos los elementos necesarios para llegar finalmente a una elaboración constructiva;

Tercera. La realización de dicha elaboración constructiva mediante un agudo espíritu crítico; y

Cuarta. La etapa final debe estar establecida posteriormente por la exposición sistemática de los resultados obtenidos, referida, según los casos, a cada Estado particular; a un sector especial o institución de varios países que se hubiesen comparado de manera directa, o bien, a una sola síntesis sumaria, dirigida a facilitar las generalizaciones teóricas apropiadas.³⁴

³² Cfr., Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Op., cit, p. 84.

³³ *Ibid.*, p. 85.

³⁴ *Ibid.*, p. 86.

Otra propuesta igual de interesante y original respecto al tratamiento metodológico para llevar a buen puerto investigaciones comparativas es la diseñada por el insigne comparatista italiano Mauro Cappelletti.³⁵ Este autor, de manera sistemática, advierte que, al menos, en todo trabajo comparativo, se deben agotar las fases siguientes:

Primera: el *tertium comparationis*. Si bien no es necesario que exista una semejanza del material jurídico objeto de comparación, lo que sí se requiere, en cambio, es un punto de partida *común* pre-jurídico, o sea, como decía, un *problema* o una *necesidad* social real que comparten dos o más países o sociedades a las cuales se quiere aplicar el análisis comparativo. [...] Este punto de partida común representa, repito, el *tertium comparationis*, sin el cual cualquier análisis comparativo carecería de significado. Obviamente nos hallamos aquí en una fase pre-jurídica: el problema/necesidad puede ser de carácter económico, político o de otra naturaleza.

Segunda: las soluciones jurídicas del problema. Esta fase de la investigación/ análisis comparativo nos lleva al campo del derecho en sentido estricto: se trata, en efecto, de encontrar las normas, instituciones, procesos jurídicos con los que los países examinados han intentado resolver el problema/necesidad que comparten.

Tercera: les *raisons d' être* de las analogías y diferencias. Este momento del análisis comparativo es una fascinante investigación de las razones que puedan explicar las analogías, pero, sobre todo, las diferencias en las soluciones adoptadas en respuesta a un mismo problema: razones históricas, sociológicas, éticas, etcétera. Es claro que aquí el comparatista debe moverse nuevamente fuera del campo del derecho entendido en sentido restringido, lo cual es un nuevo reconocimiento de la circunstancia de que el derecho constituye en realidad un elemento fundamental, aunque no pueda separarse de los otros, del "sistema social" en su conjunto.

Cuarta: investigación de las grandes tendencias evolutivas. Consiste en la investigación de eventuales *trends*, de tendencias evolutivas, que pueden ser convergentes o divergentes.

³⁵ Refiere que el *método comparativo* se perfila como una gran escuela de ciencia jurídica, dirigida a superar, por un lado, el mero empirismo positivista-avalorativo —para el cual el derecho es un hecho por determinar, no para valorar— y, por el otro lado, la valoración iusnaturalista-apriorística, basada más que en problemas reales (y mutables) de la sociedad, en principios o valores abstractos, postulados irrealmente como eternos y absolutos. En otras palabras, el método comparativo se perfila como una gran "tercera escuela", la cual conjuga la valoración y la recopilación concreta de datos, pero una valoración inmersa en lo real, esto es, en la realidad de los problemas y las necesidades de la sociedad. Cfr., Cappelletti, Mauro, *Obras. La justicia constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, Op. cit., pp. 366, 379.

Quinta: la valoración. Se trata de evaluar las soluciones adoptadas —o los modelos de solución— en cuanto a su *eficacia* o *ineficiencia* en la resolución del problema/necesidad de la cual ha arrancado la investigación. Aquí surge el carácter “*jurisprudencial*”, o si se prefiere “filosófico-valorativo”, del análisis comparativo. La valoración, de la cual aquél ofrece la posibilidad, no es “absoluta”, sino “relativa”, esto es, en cuanto al problema/necesidad social. [...] Se trata, pues, de una valoración, pero no basada en criterios —o valores— afirmados apriorística y especulativamente, sino fundado en datos concretos, verificables empíricamente. Los valores —justo/injusto, progresivo/obsoleto, eficaz/ineficaz— no son, entonces, repito, valores absolutos, sino, precisamente, relativos y demostrables en conexión con el “punto de partida”, esto es, la necesidad social concreta asumida como *tertium comparationis*. [...] Esta fase, combina lo jurídico con lo pre-jurídico, o sea, relaciona las soluciones jurídicas —normativas, pero también institucionales o procesales— examinadas en la segunda, tercera y cuarta fases, con el punto de partida pre-jurídico, esto es, como sabemos, el problema político, económico, social, cultural que ha dado el impulso al análisis, como también la razón de ser de las soluciones adoptadas por los diversos países para resolver dicho problema o necesidad.

Sexta: predicción de desarrollos futuros. Una última etapa del análisis comparativo —no necesaria, sino únicamente posible, y en verdad tanto más audaz y riesgosa— representa en cierto modo un corolario de todas las demás. El comparatista —y aquí pretendo expresarme de manera un tanto provocativa— es el único “profeta científico” posible. Profeta, porque, sobre la base de la investigación realizada, puede sacar a la luz tendencias evolutivas, las cuales presumiblemente están destinadas a continuar y a difundirse, al estar radicadas en problemas y necesidades reales de la sociedad, y al haber sido “valoradas” a la luz de los datos empíricos concernientes a su eficacia en la solución del problema. Pero es en verdad profeta “científico”, porque su predicción del futuro no se basa en sus preferencias o idiosincrasia, como tampoco en intuiciones o “iluminaciones” personales, sino en resultados de un análisis concreto de la realidad social. Quede bien claro, por otra parte, que aquí se trata solamente de la predicción de eventos “probables”, jamás de certezas, porque también para el comparatista la fantasía de la realidad es siempre demasiado grande para ser analizada completamente. El poeta decía: “del mañana no hay certeza”; todo lo más que se puede predecir es la probabilidad, no la seguridad, de acontecimientos futuros.³⁶

³⁶ Cfr., Cappelletti, Mauro, *Obras. La justicia constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, *Op. cit.*, pp. 364-367. En relación con esta última fase de la propuesta metodológica de Cappelletti, compartimos la crítica de la profesora Nuria González Martín: “el comparatista, no debe ser “profeta”; la ciencia jurídica es, precisamente eso, ciencia, basada en la razón, en la secuencia lógica de sucesos que deben de interpretarse, pero no

Para el ilustre comparatista Roberto Scarciglia el término *método* “indica un conjunto orgánico de reglas (formales y) procesales, en base a las cuales se desarrolla una actividad teórica o práctica, que, en el caso del Derecho Comparado, consiste en hacer surgir las relaciones, de simetría y de asimetría, existentes dentro de términos pertenecientes a ordenamientos jurídicos diversos, estudiados con conexión entre ellos”.³⁷ En otras palabras, el *método comparativo* “implica la existencia de un procedimiento, subdividido en fases autónomas (conocimiento, comprensión, comparación), caracterizadas por reglas propias, acciones y operaciones, que el investigador está obligado a seguir”.³⁸

De acuerdo con este modo de razonar, el *procedimiento metodológico comparado* “se compone de una serie de fases, concatenadas y propedéuticas entre ellas, con la finalidad de llegar a comparar entre modelos o soluciones o instituciones jurídicas que por lo normal pertenecen a ordenamientos distintos, con el propósito de obtener resultados más o menos aplicables al concluir las fases y las operaciones de comparación”.³⁹

Estas fases a las que alude Scarciglia, en el ámbito jurídico comparativo, son conocidas como *Regla de las 3 C*: a) conocimiento; b) comprensión; y c) comparación. Eventualmente puede existir otra fase: d) la de aplicación de resultados, que depende de las finalidades perseguidas con la comparación como, por ejemplo, en los casos en que la actividad del estudioso tenga como única finalidad la profundización del conocimiento jurídico.⁴⁰

En el procedimiento metodológico descrito, estas fases son autónomas entre sí, sin embargo, no dejan de ser necesarias; cada una de ellas se caracteriza por reglas, acciones y operaciones que el comparatista debe seguir de manera armoniosa, ordenada y completamente posible para alcanzar resultados satisfactorios.

La *fase de conocimiento*: consiste en todas aquellas operaciones de recolección de información, de materiales de estudio, que son necesarios para conocer los términos de comparación. A este respecto sirven los viajes a los países seleccionados, según nuestra investigación comparativa. En otras palabras, es en esta fase donde se prepara el *esquema comparativo* con la finalidad de especificar el límite de la comparación, que debe caracterizarse por el requisito de la comparabilidad, presupuesto necesario tanto cuando el término de la comparación es un ordenamiento, como si se tratara de un sólo instituto. En efecto, el *juicio comparativo* presupone

se trata, sin lugar a dudas, de vaticinios”. Cfr., González Martín, Nuria, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, Op. cit., pp. 22-23.

³⁷ Scarciglia, R., “Método comparado”, en Pegoraro, Lucio (coord.), *Glosario de derecho público comparado*, México, Porrúa/IMDPC, 2012, p. 283; con mayor amplitud en *Métodos y comparación jurídica*, Madrid, Dykinson, 2018.

³⁸ Cfr., Scarciglia, R., “Método comparado”, Op. cit., p. 285.

³⁹ Cfr., Scarciglia, Roberto, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Op. cit., p. 91.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 92.

la definición anticipada de un modelo de referencia, que, sobre la base de la finalidad establecida en la investigación, representa un parámetro en virtud del cual formular el juicio entre los dos términos de la comparación. Este parámetro es definido como *tertium comparationis*⁴¹ y constituye un elemento fundamental del método comparativo, que consiste en valorar preliminarmente la uniformidad de los términos de la comparación. En otras palabras, el *tertium comparationis* no es más que un “modelo ideal” que se toma como medida a alcanzar, dentro de lo posible, y que resulta indispensable para identificar en forma más adecuada las semejanzas y diferencias de las figuras jurídicas que se someten a comparación por parte del investigador, obteniendo con ese fin un conocimiento más acabado de su tema.

La *fase de comprensión*: el estudioso está obligado a comprender dentro de los límites geográficos de la comparación los formantes —legal, jurisprudencial y doctrinal— en cada ordenamiento particular, es decir, es necesario que el comparatista proceda a reintegrar el término de la comparación en el propio ordenamiento.⁴²

La *fase de comparación*: se confrontan los distintos elementos percibidos en los distintos ordenamientos jurídicos. Un componente del derecho extranjero se conoce y se convierte en instrumento fundamental para la comparación en sentido estricto.⁴³

⁴¹ “El juicio comparado presupone que el estudioso debe determinar en un primer momento un modelo de referencia, que en base a la finalidad que persiga su investigación represente un parámetro conforme al cual formular el propio juicio entre dos términos de comparación. A este parámetro se le denomina *tertium comparationis* y constituye, según una parte de la doctrina, un elemento esencial del método comparado que permite valorar de manera previa la homogeneidad de los términos de la comparación. El modelo de referencia es abstracto y por tanto se sitúa fuera de los derechos objetos de estudio en el sentido que no describe realidades jurídicas preexistentes, precisamente para impedir que la comparación pueda verse influenciada por el estudioso mediante la introducción en el procedimiento comparado de presupuestos de los que puedan derivar modelos ideales prefabricados en lo que se colarían rasgos del sistema jurídico al que pertenecen. El *tertium comparationis* constituye un punto de partida común en el análisis comparado, pero no podría considerarse un modelo de referencia si lo confundiéramos con el modelo nacional. ¿Por qué? Como hemos dicho, en el juicio de comparación existen tres elementos: aquello que se compara; denominado también *comparatum* (A); lo que se debe comparar, o *comparandum* (B); el *tertium comparationis* o modelo de referencia (C). Por lo que, si asimilásemos —por la razón que sea— el *comparatum* con el *tertium comparationis* (A=C), los elementos de comparación serían deducidos sólo del modelo nacional que sería el que resultaría comparado con otro (B)”. Cfr., Scarciglia, Roberto, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Op. cit., p. 104; Tusseau, G., “Tertium comparationis”, en Pegoraro, Lucio (coord.), *Glosario de derecho público comparado*, México, Porrúa/IMDPC, 2012, pp. 384-385.

⁴² En este punto, Scarciglia refiere que “es necesario que el comparatista proceda a contextualizar el término de la comparación en su propio ordenamiento, ayudándose para ello del juego de formantes legales, de las relaciones que se establecen entre ellos y de los meta-formantes, que le obligan a salir del ámbito estrictamente jurídico. Ello no resulta fácil y presupone una significativa experiencia comparada —como hemos tratado de ilustrar con la relación entre percepción y objetos de la comparación—, que permita captar las relaciones existentes entre (al menos) dos reglas operantes en dos ambientes, con sus peculiaridades culturales, jurídicas, económicas, geográficas, históricas y sociales distintas”. Cfr., Scarciglia, Roberto, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Op. cit., p. 105.

⁴³ “La detención del procedimiento metodológico en la fase de comprensión del Derecho extranjero excluiría, sin embargo, que se pueda hablar, en sentido estricto, de comparación

e) Finalidad o ¿qué se quiere con la comparación?

Lucio Pegoraro y Angelo Rinella convienen en que la finalidad del derecho (público: constitucional) comparado significa “los fines que una averiguación se fija previamente, ya sean los principales o los secundarios, o los subsidiarios”.⁴⁴

La finalidad principal del derecho público comparado es organizar sistemáticamente el conocimiento, sin embargo, para los comparatistas en comento, ésta no es una misión que deba agotarse en la investigación pura, con simples fines especulativos. En efecto, el resultado de la investigación comparativa también es utilizable en cuestiones prácticas de la realidad social y jurídica, adquiriendo en este campo una importancia significativa. A tal grado que, entre los comparatistas, se habla de funciones subsidiarias de la comparación: a) elaboración legislativa; b) elaboración y modificación de textos constitucionales; c) función de auxilio en la redacción de textos normativos; d) función de nivelación del material normativo; e) preparación de tratados y convenios internacionales; y f) apoyo interpretativo en la adscripción de significado a disposiciones y actos.⁴⁵

Algunos doctrinarios como Paolo Biscartti Di Ruffia resumen las finalidades de la disciplina en estudio. Así, en esencia, identifica las cuatro siguientes: a) la satisfacción de meras exigencias de orden cultural; b) una mejor interpretación y valoración de las instituciones jurídicas del ordenamiento nacional; c) un mejor conocimiento de las leyes e instituciones de países similares por sus estructuras constitucionales (el aporte al campo de la nomotética, es decir, a lo relacionado con la política legislativa); y d) la unificación legislativa.⁴⁶

jurídica, debiéndose atribuir a la actividad procedimental realizada un valor sobre todo decorativo respecto al principal objeto de análisis, que debe ser desarrollado durante todo el recorrido metodológico. Desde el punto de vista metodológico en la fase de comparación es necesario aclarar el contenido de la relación entre términos de la comparación para poder extraer analogías y diferencias mediante lo que anteriormente hemos definido el juego de formantes, en el que no es suficiente encontrar analogías y diferencias, sino, sobre todo, captar, con la mayor profundidad y amplitud posibles, los términos de la comparación. A través de este análisis —que necesariamente incluye meta-formantes—, es posible captar en relación entre dos términos, qué elementos pueden tener un alcance comparativo”.

Cfr., Scarciglia, Roberto, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Op. cit., p. 107-108.

⁴⁴ Cfr., Pegoraro, Lucio y Angelo Rinella, *Introducción al derecho público comparado*, Op. cit., p. 18. En atención a las finalidades del Derecho Comparado, Zitelmann nos dice que existen tres campos de actividad jurídica: el de la aplicación del derecho, que es la práctica (*praxis*); el de la investigación, que es la ciencia (*Wissenschaft*); el de la creación, que es la legislación (*Gesetzgebung*). En estas tres direcciones, la comparación desempeña un papel importante.

Cfr., Pegoraro, Lucio y Angelo Rinella, *Introducción al derecho público comparado*, Op. cit., p. 34.

⁴⁵ Cfr., Pegoraro, Lucio y Angelo Rinella, *Introducción al derecho público comparado*, Op. cit., pp. 118-121.

⁴⁶ Estas finalidades a consideración del comparatista italiano se pueden alcanzar con mayor facilidad por medio de un análisis más profundo de aquello que a primera vista se pueda descubrir, especialmente si nos dejamos impresionar en forma desmedida por la verificación innegable de la multiplicidad de relaciones que siempre suelen subsistir entre los ordenamientos constitucionales de los Estados particulares y por sus diversas tradiciones y estructuras económico-sociales específicas. Para llevar a cabo dicho análisis, recomienda

En la concepción de Mauro Cappelletti las principales finalidades que persiguen todo análisis comparativo pueden ser estudiadas dividiéndolas en finalidades prácticas y finalidades teóricas o doctrinales. Esta distinción, obviamente, no debe ser tomada en forma rigurosa, pues para el profesor italiano existe siempre en realidad un vínculo entre teoría y práctica, por lo que la una sin la otra, simple y sencillamente sería pésima. Entonces, a toda finalidad práctica se asocia una finalidad teórica correspondiente o próxima a ella de algún modo.

Las finalidades del Derecho Comparado, según la apreciación de Cappelletti, son del tenor siguiente:

- a) *Finalidades teóricas*: el análisis comparado (o *Derecho Comparado*) es un instrumento de conocimiento (no sólo como fenómeno puramente normativo, sino que más bien, como fenómeno real, como aspecto fundamental de la *cultura* de las sociedades humanas); el análisis comparativo es utilizado para elaborar, definir, diseñar ideas, filosofías político-sociales, ideologías (provee a las especulaciones teóricas de un fundamento empírico concreto —*empirical evidence*—, echa mano del análisis histórico-comparativo); el análisis comparado es una herramienta de búsqueda de *leyes naturales* en la evolución de la sociedad y del derecho (*adaequatio intellectus ad rem*, lo que se propone es seguir la verdad efectiva de la cosa, y no la imaginación); el análisis comparado es empleado para la investigación de las grandes tendencias evolutivas, que a menudo, pero no siempre, son convergentes (recuerda una de las fases del método comparativo, la cual consiste en la indagación de *trends* y de su razón de ser).
- b) *Finalidades prácticas*: el Derecho Comparado resulta un instrumento útil, incluso necesario, en la *práctica jurídica internacional*, esto es, en el ejercicio de la profesión de jurista en el nivel internacional; el Derecho Comparado sirve como instrumento de elaboración de proyectos de reforma jurídica; el Derecho Comparado es empleado para determinar y aplicar los *principios generales del derecho* a nivel transnacional (en este caso el Derecho Comparado no es ya mera comparación jurídica, *Rechtsvergleichung*, sino en cierto sentido real y verdadero derecho, *vergleichendes Recht*; en otras palabras, el método comparativo se convierte aquí en verdadera y propia *fuerza del derecho*); el Derecho Comparado es utilizado como instrumento de la armonización o unificación del derecho de varios países. Algunas *técnicas* de armonización son las convenciones internacionales, legislación uniforme o *model uniform codes*, leyes federales o comunitarias

abordarlo desde dos puntos de vista, uno de tipo histórico y pragmático, y otro de carácter teórico y doctrinal. *Cfr.*, Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, *Op., cit.*, pp. 80-81.

(transnacionales), recepción o *trasplante*. Existen tres *niveles* de armonización jurídica: un primer nivel es el que se limita a unificar las normas sobre la jurisdicción, de manera que se eviten los conflictos en materia de jurisdicción y/o competencia de los tribunales de uno u otro país; un segundo nivel es el de la armonización de las normas del derecho internacional privado, para prevenir conflictos concernientes a la pregunta de cuál sea el país cuyo derecho es aplicable; y un tercer nivel es el de la armonización del derecho sustantivo, de manera que, cualquiera que sea el tribunal competente o el país cuyo derecho debe aplicarse, el derecho mismo no presente diferencias.

- c) *Finalidad práctica y teórica* (al mismo tiempo y sin posibilidad de distinción): a través del análisis comparado o método *fenomenológico-comparativo* se pretende mejorar la comprensión recíproca de los pueblos y de las naciones. Un mejor conocimiento del *otro*, del *diverso*, de sus raíces culturales, históricas, sociales, puede llevar a una mayor apreciación de lo que hay de bello y fascinante en la *diversidad*, en el pluralismo de enfoques y de costumbres, y al mismo tiempo, ayudar a superar, o atenuar, lo que pueda haber de obstáculo a una cooperación entre los pueblos, cooperación que se vuelve cada vez más necesaria en un mundo cada vez más pequeño, por efecto de los avances científicos, tecnológicos, así como de la gran revolución de las *comunicaciones*.⁴⁷

En términos más concretos, Giuseppe de Vergottini considera que el *resultado* de la comparación jurídica consiste en “poner de manifiesto coincidencias, afinidades y diferencias”.⁴⁸ En esta comprensión, sentencia que es del todo improcedente, inaceptable y restrictivo agotar la comparación en la búsqueda de coincidencias y afinidades. En otras palabras, para que un trabajo sea auténticamente de carácter comparativo, lo que el comparatista debe hacer es identificar fundamentalmente las *diferencias* de los objetos que confronta, y no solamente sus rasgos coincidentes o análogos.

III. Nota final para el profesional del derecho y el derecho nacional

El Derecho Comparado, en tanto ciencia (autónoma) y en tanto método (auxiliar de disciplinas), no es más que un instrumento para la convivencia humana, tal vez el mejor, porque toma en cuenta al otro, su contexto, expe-

⁴⁷ Cfr., Cappelletti, Mauro, *Obras. La justicia constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, *Op. cit.*, pp. 368-380.

⁴⁸ Cfr., De Vergottini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, *Op. cit.*, p. 52.

riencias, problemas y, en su caso, soluciones. En otras palabras, desde un enfoque crítico, el método comparado, al examinar los diversos derechos con la finalidad de identificar sus semejanzas y diferencias, nos proporciona una concepción más humana de la Ciencia del Derecho.

En esta concepción humanista del fenómeno jurídico, consideramos oportuno traer a colación unas últimas —en realidad también primeras— enseñanzas proferidas por destacados iuscomparatistas en torno a la Ciencia del Derecho Comparado.

- a) Tullio Ascarelli, jurista y académico italiano en diversas universidades (italianas, inglesas, francesas y brasileñas), en su *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, nos propone salir del estado de confort nacional para adentrarnos a nuevas experiencias extranjeras, con el objetivo de tener una comprensión más amplia de los fenómenos jurídico-sociales, en el entendido que son diversos los casos, así como sus problemas y soluciones, por ello es necesario una actitud de tolerancia al momento de efectuar las confrontaciones entre las opciones.

[R]omper lo cerrado del sistema jurídico propio [...] significa alargar el horizonte propio y la propia experiencia y, por tanto, enriquecerse espiritualmente dándose cuenta de los propios límites en un espíritu de modestia que, a su vez, comporta tolerancia y libertad.⁴⁹

- b) Nuria González Martín, profesora de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, en su libro *Sistemas jurídicos contemporáneos*, resalta la importancia del análisis crítico del derecho nacional a partir de los horizontes o cúmulos de conocimientos adquiridos por el comparatista gracias a sus experiencias externas, provenientes de otros derechos, como los nacionales, regionales o universales; todos los cuales son focos que iluminan su ardua tarea en la confrontación de instituciones jurídicas, entendida esta actividad como la búsqueda o creación de la mejor solución posible a los problemas análogos.

Cuando abrimos nuestros horizontes, jurídicamente hablando, y observamos diferentes realidades, diferentes ordenamientos jurídicos, nos hacemos eco, casi inmediatamente, de otras proyecciones que pueden contribuir a ver con más claridad, con más nitidez, la perspectiva, el contenido de nuestro ordenamiento interno; estas perspectivas nos

⁴⁹ Ascarelli, Tullio, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milán, Guiffré, 1952, p. 43, citado por Pegoraro, Lucio y Angelo Rinella, *Introducción al derecho público comparado*, *Op. cit.*, p. 38.

permiten ver, de manera crítica, los posibles puntos oscuros y lagunas de nuestro sistema jurídico estatal, de nuestro ordenamiento jurídico mexicano.⁵⁰

- c) Pierre Legrand, ilustre comparativista francés, en su *Le droit comparé*, destaca con claridad el –verdadero– oficio del comparativista, juzgar. Este acto, en principio orientado a la función jurisdiccional, en su concepción, es también tarea del profesional dedicado a las cuestiones de análisis de semejanzas y diferencias de figuras jurídicas. Así pues, el acto de comparar es juzgar, como el juez que hace uso de su razonamiento judicial para solucionar un problema de la realidad, el comparatista debe hacer lo propio, identificando los objetos a comparar, los problemas y sus posibles soluciones, evaluando estas últimas de manera crítico-racional, apreciando el contexto, el tiempo, los sujetos, así como las consecuencias que se pudieran ocasionar.

Aunque el oficio del comparatista no es juzgar, comparar es siempre juzgar. Esto hace el comparatista que elige las problemáticas y las cuestiones directrices de la investigación y que elabora una definición del campo de análisis, que decide, en fin, cuáles son los objetos que constituirán el material de la comparación [...]. Desde ese momento el comparatista construye, problematiza y proyecta su subjetividad sobre el objeto de sus estudios. Esto significa que el discurso comparativo no nace de la descripción, en el sentido de lo que es afirmativo [...]. Él nace de la interpretación, es decir, de un tipo de saber fundado sobre un conocimiento indirecto real que escapa de la razón, un saber conjetural fuertemente aferrado en lo concreto.⁵¹

- d) Lucio Pegoraro y Angelo Rinella, catedráticos de Derecho Público Comparado en el Departamento de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Bolonia y en el Departamento de Derecho de la Universidad de Roma LUMSA, respectivamente, en su *Introducción al derecho público comparado*, advierten sobre la auténtica actividad del profesional de la comparación jurídica, la cual no debe ser un copia y pega de las respuestas ofrecidas por los ordenamientos jurídicos extranjeros, sino todo lo contrario, el operador debe tener conciencia de su elección, es decir, de lo que trasplantará al orden jurídico de su país, actividad que solo puede tener éxito si el objeto seleccionado ha sido sometido a un examen real de comparación. De igual forma,

⁵⁰ González Martín, Nuria, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, Op. cit., p.17.

⁵¹ Legrand, Pierre, *Le droit comparé*, París, Puf, 1999, pp. 56-57, citado por Somma, Alessandro, *Introducción crítica al derecho comparado*, Op. cit., p. 6; *Introducción al derecho comparado*, Op. cit., p. 152.

para lograr dicho cometido, se debe tener presente que el derecho no es una disciplina aislada, y que por el contrario es necesario y fructífero echar mano de los aportes de otras ciencias no jurídicas, pero afines al fenómeno normativo.

El estudio del Derecho comparado enseña a valorar las similitudes en el respeto de las particularidades y a evitar aproximaciones superficiales, imitaciones improvisadas, o sometimientos a veces humillantes sobre las elecciones hechas por los ordenamientos considerados más prestigiosos. Es sensible a la historia, a la antropología, a la sociología, a la ciencia política, porque el Derecho forjado en cada país debe tomar en cuenta a todas estas disciplinas, y el comparatista debe también asumírselos.⁵²

- e) Paolo Biscaretti Di Ruffia, maestro de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Milán, en su *Introducción al derecho constitucional comparado*, alienta a los estudiosos a llevar a cabo investigaciones de corte comparativo, resaltando que éstas deben ser inspiradas por un vivo anhelo de solidaridad humana, considerando al método comparado como un instrumento de diálogo con el otro, un intercambio de posiciones en el que se busca asegurar, en la medida de lo posible, una coexistencia pacífica entre los Estados y las personas que lo conforman, siendo esto posible gracias al conocimiento y comprensión cabal de los problemas que afectan al ámbito de lo jurídico.

Los obstáculos [...] no deben disuadir a los estudiosos de realizar estas investigaciones, ya que precisamente por los resultados de sus esfuerzos para obtener un conocimiento más completo de carácter recíproco es posible llegar con frecuencia a una aproximación de posiciones, o al menos, a una mayor disposición al diálogo y a una comprensión mutua. Conocimiento y comprensión que, por otra parte, deben estimarse como los presupuestos necesarios que pueden determinar una coexistencia pacífica más fructífera entre los Estados del agitado mundo contemporáneo, lo que constituye ya una recompensa considerable para quien se dedique a estas investigaciones inspirado únicamente en un sincero espíritu de investigación científica, el que no debe considerarse ajeno a un vivo anhelo de solidaridad humana.⁵³

Esbozado lo anterior, como corolario resaltamos la idea principal de estas notas introductorias sobre el Derecho Comparado a partir de algunas

⁵² Pegoraro, Lucio y Angelo Rinella, *Introducción al derecho público comparado*, *Op. cit.*, pp. 10-11.

⁵³ Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, *Op. cit.*, p. 95.

voces de ilustres iuscomparatistas: *proporcionar al estudioso del derecho mexicano un conocimiento más amplio del Derecho Comparado, para que, a su turno, construya su particular sistema de pensamiento jurídico-comparado.*

Lo anterior resulta relevante, al menos, por dos razones:

- a) En el plano teórico: el Derecho Comparado es una disciplina jurídica que en nuestro país no es cultivada con un perfil científico por el profesional del derecho. Lo que se hace, por poner un par de ejemplos, es exponer en forma parcelada, paralela o aislada los diversos sistemas jurídicos (Common law, Civil law, etc.), por lo que no se abordan, desde un método comparado, las semejanzas y diferencias que presentan éstos; y, de igual forma, se confunde el estudio de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos o el estudio de los derechos extranjeros con el estudio específico de la disciplina jurídica comparada, esto es, no se abordan los temas de la definición, la función, el objeto, el método y la finalidad de la misma.
- b) En el plano práctico: el Derecho Comparado, por la razón anterior, es deficiente, o más bien nulo. Por ejemplo, en el ámbito legislativo, cuando se quiere incorporar al derecho nacional alguna categoría jurídica exitosa en el derecho extranjero, no se hace previamente un análisis iuscomparativo, se pasan por alto, generalmente, los contextos, tiempos, sujetos, derechos, experiencias, problemas, posibles soluciones y demás especificidades jurídico-culturales necesarios para un exitoso trasplante; y lo mismo ocurre en sede judicial, cuando se opera el mecanismo del diálogo judicial, desafortunadamente lo que usualmente se hace por parte de los jueces es copiar y pegar los razonamientos de fondo que sustentan una sentencia o jurisprudencia dictada por otro tribunal —generalmente extranjero— en la propia decisión judicial, presentándolos como argumentos de autoridad o, en el peor de los casos, como propios, cuestión que puede perjudicar a las partes en conflicto, sobre todo si no se efectuó previamente un análisis crítico-comparativo de los contextos, tiempos, sujetos, derechos, experiencias, problemas, posibles soluciones y demás especificidades jurídico-culturales que soportan los motivos de las decisiones utilizadas, caso en el cual no se estaría ante un auténtico diálogo judicial que se pretendiera fértil, sino más bien ante una degradante simulación potencialmente infértil.

Por esas mínimas razones, pensando en el futuro del Derecho y su realización efectiva, creemos que sería deseable incorporar de manera obligatoria los estudios de Derecho Comparado en los planes de estudio de la licenciatura y posgrado de abogacía de las diversas facultades de derecho, pero también, según el perfil que se merecen, en las escuelas judiciales de

los poderes judiciales y demás dependencias —legislatura, administración pública, fiscalía, ombudsman, etc.— del país.

Si esto se logra, es claro que se contaría con una herramienta invaluable para nuestros Aestudiantes y profesionales del derecho, quienes podrían aprender y practicar el Derecho tomando en cuenta las especificidades jurídico-culturales del otro, al mismo tiempo que del propio.

En definitiva, la idea de presentar estas enseñanzas iuscomparativistas es que sirvan como motivos de reflexión crítica interna y externa de nuestro derecho nacional. Orden doméstico que, como sabemos, coexiste con otros órdenes y ordenamientos jurídicos, no necesariamente idénticos, pero sí similares o distintos. Situación que resulta más relevante para el comparatista, en virtud de que podrá encontrar o idear soluciones más plausibles para un problema común. Por último, por el enfoque humanista del Derecho Comparado (nosotros y los otros), creemos que estas investigaciones, al final de cuentas, tienen como eje central el conocimiento y mejoramiento más profundo del Derecho en general, pero también de manera particular la protección más óptima de los derechos del ser humano, considerado en su individualidad y colectividad social.

IV. Referencias

a) Bibliográficas

- Ajani, Gian María y Michele Graziadei, *Derecho comparado y teoría jurídica*, Santiago de Chile, Olejnik, 2017.
- Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, 3ª. reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- Cappelletti, Mauro, *Obras. La justicia constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa, 2007.
- David, René y Camille Jauffret-Spinozi, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, México, UNAM/IIJ, 2010.
- De Vergottini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, trad. de Claudia Herrera, México, UNAM/Segretariato Europeo per le Pubblicazioni Scientifiche, 2004.
- Figueroa Mejía, Giovanni A, *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, México, Porrúa/IMDPC, 2011.
- _____, "La justicia constitucional local en México. Análisis y propuestas de mejora" en Bagni, Silvia (Coord.), *Justicia constitucional comparada*, México, Porrúa/IMDPC, 2014, pp. 371-406.
- _____, *Influencia de la doctrina en las decisiones de la Suprema Corte de Justicia Mexicana. Análisis de las sentencias de amparo en revisión, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad (2001-2014)*, México, Porrúa/IMDPC, 2017.
- Fix-Zamudio, Héctor, "Tendencias actuales del derecho comparado", en Serna de la Garza, José María (Coord.), *Metodología del derecho comparado*, México, UNAM, 2005, pp. 23-28.
- Fix-Zamudio, Héctor y Salvador Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 1ª. ed., 1999, 9ª. ed., México, Porrúa, 2017.
- Frankenberg, Günter y Marie-Claire Ponthoreau, *Crítica del derecho (público) comparado*, Madrid, Marcial Pons, 2021.
- Gessner, Volkmar, *El otro derecho comparado. Ensayos sobre cultura y seguridad jurídicas en la era de la globalización*, trad. Héctor Fix-Fierro, México, UNAM/IIJ, 2013.
- González Martín, Nuria, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, UNAM/IIJ/Nostra Ediciones, 2010.
- Hernández Ruiz, Marcos Geraldo, "Breve estudio de microcomparación entre el proceso contencioso interamericano y el juicio para la protección de los derechos humanos oaxaqueño", en *Jus Semper Loquitur*, No. 14, 2015, pp. 38-77.
- Hirschl, Ran, *Asuntos comparativos. El renacimiento del derecho constitucional comparado*, trad. de Luz Helena Beltrán Gómez, Bogotá, UEC, 2019.
- Míguez Núñez, Rodrigo, "Comparar: conversaciones con Rodolfo Sacco", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 17, 2011, pp. 193-226.
- Monateri, Pier Giuseppe, *Los límites de la interpretación jurídica y el derecho comparado*, Lima, Ara Editores, 2009.
- Morán, Gloria M., "El derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico", en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, No. 6, 2002, pp. 501-529.
- Muñoz, Edgardo, *Un gran viaje. Manual de derecho comparado*, 2ª ed., México, Tirant lo Blanch, 2018.
- Pegoraro, Lucio, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, México, Porrúa/IMDPC, 2006.
- _____, *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*, México, FUNDAP, 2011.
- Pegoraro, Lucio (Coord.), *Glosario de derecho público comparado*, México, Porrúa/IMDPC, 2012.
- Pegoraro, Lucio y Angelo Rinella, *Introducción al derecho público comparado*, Lima, Palestra/UNAM/IIJ, 2006.

REFERENCIAS

- _____, *Derecho constitucional comparado. La ciencia y el método*, Tomo I, trad. de Sabrina Ragone, Buenos Aires, Astrea, 2016.
- Pegoraro, Lucio y Giovanni A. Figueroa Mejía (Coords.), *Profesores y jueces. Influjos de la doctrina en la jurisprudencia constitucional de Iberoamérica*, México, SCJN/CEC, 2016.
- Pizzorusso, Alessandro, *Curso de derecho comparado*, Santiago de Chile, Olejnik, 2020.
- Prado Maillard, J. L., "Derecho constitucional comparado", en Pegoraro, Lucio (coord.), *Glosario de derecho público comparado*, México, Porrúa/IMDPC, 2012, pp. 96-98.
- Rolla, Giancarlo e Irene Spigno, *Elementos de derecho constitucional comparado para América Latina*, México, Tirant lo Blanch, 2020 (en prensa).
- Sacco, Rodolfo, *El derecho mudo. Neurociencias, conocimiento tácito y valores compartidos*, trad. de César E. Moreno More, Lima, Communitas, 2016.
- Salvador Martínez, María, "Derecho constitucional comparado en el contexto de la integración supranacional y la globalización", en UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 21, 2008, pp. 375-395.
- Sarfatti, Mario, *Introducción al estudio del derecho comparado*, trad. del Instituto de Derecho Comparado de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, México, UNAM, 1945.
- Scarciglia, Roberto, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Madrid, Dykinson, 2011.
- _____, *Métodos y comparación jurídica*, Madrid, Dykinson, 2018.
- _____, "Método comparado", en Pegoraro, Lucio (coord.), *Glosario de derecho público comparado*, Porrúa/IMDPC, México, 2012, p. 283.
- Somma, Alessandro, *Introducción crítica al derecho comparado*, Lima, Ara Editores, 2006.
- _____, *Introducción al derecho comparado*, trad. de Esteban Conde Naranjo, Madrid, UCIIIIM, 2015.
- Spigno, Irene, *Discorsi d'odio. Modelli giurisprudenziali a confronto*, Giuffrè Editore, 2018.
- _____, "El uso judicial del derecho comparado en materia de derechos humanos", conferencia presentada en el taller *Juzgar con perspectiva de derechos humanos*, realizado por el Poder Judicial del Estado de Coahuila de Zaragoza, primera edición, julio-diciembre de 2020.
- Tamayo y Salmorán, Rolando, "Teoría jurídica y "derecho comparado". Una aproximación y un deslinde", en *Isonomía*, No. 27.
- Tusseau, G., "Tertium comparationis", en Pegoraro, Lucio (coord.), *Glosario de derecho público comparado*, México, Porrúa/IMDPC, 2012.