

El Recurso al Derecho Comparado

Comparative Law as a Tool

Pablo Andrés Alarcón Peña ¹

INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO

Fecha de recepción: 25 de marzo de 2021.

Fecha de aceptación: 26 de julio de 2021.

¹ Ph.D. en Derecho con distinción académica por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador (UASB-E). Magíster en Derecho, mención Derecho Constitucional por la UASB-E. Diploma Superior en Derecho, mención Derecho Constitucional por la UASB-E. Abogado y Baccalaureus Artium por la Universidad San Francisco de Quito. Profesor de universidades nacionales e internacionales y autor de varias publicaciones académicas. Actualmente Director de la Escuela de Postgrado en Derecho de la Universidad Espíritu Santo y profesor a tiempo completo de la misma Escuela. E-mail: pabloalarconp@uees.edu.ec.

CITACIÓN: Alarcón Peña, P.A. (2021). El Recurso al Derecho Comparado Juees, 1 (1), 1-8.

Resumen

El derecho comparado ha sido una rama jurídica poco estudiada en el contexto regional y particularmente ecuatoriano. Partiendo de dicha hipótesis, este análisis procura un replanteamiento en la importancia, funciones y metas del derecho comparado en nuestras sociedades. A partir del análisis del modelo comparativo tradicional, se plantea la necesidad de contar con un método comparativo crítico para el caso ecuatoriano.

Palabras Clave:

Derecho comparado, trasplantes jurídicos, modelos comparativos, método comparativo, diálogo comparativo.

Abstract

Comparative law has been neglected in the regional and, particularly, in the Ecuadorian context. Based on this hypothesis, this research seeks to rethink the importance, functions and goals of Comparative Law in our societies. As the result of the traditional comparative model, this paper shows the need for an Ecuadorian comparative and critical method.

Keywords:

Comparative law, legal transplants, comparative models, comparative methods, critical method.

Introducción

El análisis del derecho comparado en el caso ecuatoriano ha sido abordado de manera superflua y en muchos casos su utilidad y metodología de estudio son desconocidas. Esta realidad puede ser comprobada al observar las mallas curriculares de pregrado y posgrado de las universidades nacionales, donde con escasas excepciones, el derecho comparado es una materia en la formación del jurista. Concomitante con este desconocimiento o menosprecio, en la práctica, la mera identificación y recepción acrítica de leyes foráneas ha recibido la denominación de “derecho comparado”. Esto da cuenta del desconocimiento en torno al verdadero significado, aporte y principalmente impactos que podría traer en el derecho nacional y su sociedad un ejercicio de traspolación legislativa mimética.

Este análisis procurará, en primer término, poner en evidencia el modelo comparativo que usualmente ha sido utilizado en el contexto ecuatoriano para la realización de ejercicios de derecho comparado. En consecuencia, se identificarán los beneficios y riesgos de la utilización de dicho modelo y se plantearán algunas ideas relacionadas a la necesidad de contar con un método comparativo crítico para el caso ecuatoriano.

El modelo comparativo tradicional: El derecho mundial clasificado en familias, sistemas y subsistemas jurídicos

El modelo comparativo tradicional,

también denominado por la *ius* teoría comparativa como modelo simple², se sustenta fundamentalmente en una metodología macro; es decir, una metodología que obedece a la innumerable cantidad de sistemas jurídicos reconocidos en el mundo. Se busca con ella la agrupación o clasificación de los distintos sistemas jurídicos mundiales y otros subsistemas jurídicos, dentro de una o varias familias jurídicas a partir del cumplimiento de rasgos comunes. En relación con lo señalado, Carlos Helver Barrera determina que “en el plano práctico resulta aconsejable realizar el análisis sobre sistemas jurídicos que posean una igualdad de normas y de instituciones, de igual forma resulta necesaria la analogía sustancial de principios informadores y de estructuras jurídicas, incluso la pertenencia a los llamados sistemas jurídicos o familias jurídicas”.³

² Véase al respecto Daniel Bonilla “Introducción. Teoría del Derecho y Trasplantes Jurídicos: La Estructura del debate”, en Bonilla, Maldonado, Daniel, (ed) Teoría del derecho y trasplantes jurídicos, Bogotá, Editorial Siglo del Hombre. Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar, 2009, pp. 15-17. [...] Por un lado, el modelo simple, en relación con los agentes, oscurece el hecho de que los trasplantes no son siempre, o no sólo, son promovidos por los gobiernos, que los generadores de este tipo de intercambio de bienes jurídicos no son siempre identificables y que los importadores de derecho no siempre son sistemas jurídicos “subdesarrollados” o dependientes. Este discurso –modelo simple– margina la discusión del hecho de que los sistemas jurídicos “desarrollados” son también constantes importadores de derecho. Finalmente, el modelo simple desconoce, en relación con el objeto transferido, que aquello que se importa o exporta no son siempre reglas de origen legislativo. Los “derechos” que viajan son, entre otros, diseños institucionales, formas de redacción de documentos jurídicos, ideologías, modelos teóricos descriptivos o normativos y métodos de enseñanza o estructuras curriculares.

³ BARRERA MARTÍNEZ, Carlos. Introducción al derecho comparado, las familias jurídicas, los sistemas jurídicos y los pluralismos jurídicos. 2a. ed. Bogotá: Fundación Universitaria Juan de Castellanos/Grupo Ibáñez, 2011, p. 27.

Esta metodología, según lo mencionado, surge fundamentalmente a partir de la complejidad que reviste realizar ejercicios comparativos particularizados entre los innumerables sistemas jurídicos mundiales. Por otro lado, a partir del establecimiento de rasgos comunes, se pretenden dos objetivos: el primero, mostrar la riqueza del derecho y la forma como este es concebido en distintos sistemas jurídicos mundiales, y el segundo, establecer *a priori*, un parámetro de compatibilidad aparentemente necesario previo a realizar un ejercicio comparativo. Es así como, el fin de esta metodología es la generación de un mapamundi, donde claramente se podría advertir a qué familia jurídica pertenece un sistema jurídico determinado.⁴

⁴ Véase al respecto el cuadro clasificatorio de la profesora Nuria González Marín, en “Sistemas jurídicos contemporáneos: Nociones introductorias y familia jurídica romano-germánica”. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/30/cnt/cnt27.pdf>>. Consulta: 10 de junio de 2014. 634-51.

⁵ Respecto a esta metodología, Christian Hertel justifica su pertinencia pero también establece algunos perjuicios que vendrían en el ejercicio comparativo: “Mediante su clasificación en grupos o familias jurídicas es posible describir de manera resumida ordenamientos jurídicos de distintos estados que comparten importantes características comunes. El resumen tipificador simplifica la comparación jurídica -y hace posible sobre todo, en primer lugar, ofrecer una rápida perspectiva de determinadas cuestiones sin perderse en tediosos detalles de cada uno de los países.- Es posible apreciar las peculiaridades de una familia jurídica, sin embargo sería difícil abordar las peculiaridades de unos 200 ordenamientos jurídicos en todo el mundo. Inevitablemente, al tratar de hacer un resumen global, algunas particularidades de los distintos ordenamientos jurídicos se pierden en el rasero generalizador. Dicho de otro modo; el resumen en familias jurídicas permite plantear con mayor rapidez las cuestiones adecuadas, si bien no siempre ofrece las respuestas adecuadas. Conocer las peculiaridades de una familia jurídica no sustituye el estudio del derecho en cuestión; sin embargo estamos advertidos de los riesgos que esto pudiera entrañar. Christian Hertel, *Sistemas y familias jurídicas del mundo*, 185. Disponible en <http://212.63.69.85/DataBase/2009/Notarius_2009_01_02_hertel_es.pdf>.

⁶ FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA, Pedro. *Estudios de derecho comparado*. 2a. ed. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1977, p. 58.

Este modelo comparado, sustentado en una metodología macro, entiende que el derecho comparado es una disciplina cuyo fin es establecer, sin mayor problema, una clasificación mundial de los sistemas jurídicos dentro de una u otra familia jurídica. En el caso del derecho ecuatoriano, por ejemplo, este se encuentra encasillado, acorde con este modelo, dentro de la familia romano-germánica. Más adelante se analizará si esta clasificación es adecuada y, de ser así, qué efectos traería consigo esta realidad.⁵

Referente a su estructura, se trata de un modelo comparativo construido de manera escalonada, triádica y jerarquizada, donde se establecen diferencias categóricas entre los conceptos de familias jurídicas, sistemas jurídicos y subsistemas jurídicos. En cuanto a la primera clasificación, la familia jurídica, esta ha sido definida por Pedro Fernández de Córdova como: “el conjunto más amplio de derechos nacidos de un tronco único y por lo mismo poseedores de rasgos caracterizantes que les son comunes, en función de sus orientaciones e influencias”.⁶

Entre esta gama de familias jurídicas, el mismo autor referido, coincidiendo con ius teóricos transnacionales como René David, advierte la existencia originaria de seis familias jurídicas, dos de ellas, en su criterio, extintas en el mundo contemporáneo; se refiere a las familias hindú y china. Las cuatro familias restantes, algunas conocidas de mejor manera por el contexto geográfico, se dividen en tres occidentales y una

oriental, esta última también denominada, por la doctrina comparatista, como “religiosa”. Las tres familias jurídicas *occidentales* son: a) familia romano germánica; b) familia socialista; c) familia del *common law*. Por otro lado, de la familia jurídica *oriental*, cuestionada desde el Occidente por su aparente carácter “no jurídico”, la familia islámica.⁷ Cada una de estas familias jurídicas cuenta con rasgos sólidos que marcan la influencia de una serie de sistemas y sub sistemas jurídicos mundiales.

Siguiendo con la clasificación tríadica

⁷ Cfr. Nuria González Marín, “Sistemas jurídicos contemporáneos”, 631; Fernández de Córdova Álvarez, Estudios de derecho comparado, 59; José Guillermo Vallarta Plata, Introducción al estudio del derecho constitucional comparado, 2a. ed. (México DF: Porrúa, 2002), 9. Respecto a la clasificación en familias jurídicas, Christian Hertel, gerente del Instituto Notarial Alemán, sostiene que “no existe una clasificación en familias jurídicas correcta, ni tampoco una clasificación reconocida con carácter general. Un ordenamiento jurídico puede pertenecer, por ejemplo, en derecho civil a una familia jurídica y en derecho administrativo a otra distinta. Incluso el derecho de sociedades puede estar ya clasificado de manera distinta al derecho civil general. Christian Hertel, Sistemas y familias jurídicas del mundo, 186. http://212.63.69.85/DataBase/2009/Notarius_2009_01_02_hertel_es.pdf. Consulta: Visitado el 16 de noviembre de 2016. No obstante de ello, la clasificación entre familias y sistemas jurídicos ha sido acogida por varios ius teóricos comparativos. Al respecto véase Konrad Zweigert y Hein Kotz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3a. ed. 1996, así como David y G. Grassman, Introducción a los grandes Rechtssysteme der Gegenwart, 3a. ed., Alemania, 1988. Zweigert y Kotz distinguen seis familias jurídicas, a saber 1. el romano, 2. el germánico, 3. el anglo-americano, 4. familia jurídica nórdico, 5. El Derecho en el Lejano Oriente (China y Japón) y 6. los derechos religiosos (Islam, Hindú), Consideran que la familia jurídica “socialista” que todavía figuraba en 2ª edición, ha desaparecido prácticamente de la superficie de la tierra. David y Grassman, por su parte, distinguen seis familias jurídicas (o familias jurídicas), a saber 1. la familia del derecho romano germánico (con un subgrupo occidental, otro en Centroeuropa y otro nórdico). 2. los ordenamientos jurídicos socialistas, 3. el derecho consuetudinario (Common Law) (Inglaterra y EUA), 4. los ordenamientos jurídicos del Lejano Oriente, 5. los de religión (Islámica, Hinduista, Judaísmo) y 6. los de tradición tribal (derecho de costumbres).

⁸ PEGORARO, Lucio y RINELLA, Angelo. Introducción al derecho público comparado. 1ª. Ed. Lima: Palestra, 2006, p. 51.

⁹ BARRERA MARTÍNEZ, Op. Cit., p. 47.

propia de esta metodología, se tiene a los “sistemas jurídicos”, entendidos por la doctrina comparatista como aquellos sistemas jurídicos prestigiosos que, por su ámbito de influencia dentro de la familia jurídica, merecen ser analizados de manera pormenorizada y particularizada. Lucio Pegoraro y Ángel Rinella señalan que: “[...] por sistema jurídico se entiende el conjunto de las reglas de derecho aplicables a los sujetos de un determinado grupo social que, generalmente, aunque no necesariamente, está organizado en forma de Estado”.⁸ Su prestigio los hace merecedores de un grado de autonomía sin embargo siguen arraigados a las raíces del tronco común denominado familia jurídica. Por tanto, cada familia jurídica cuenta con sistemas jurídicos predominantes que han marcado una influencia notable en el derecho de muchos países en el mundo. Carlos Helver Barrera Martínez determina que: “Con el propósito de facilitar el estudio de los sistemas jurídicos se han pretendido organizar en familias jurídicas, dependiendo de sus orígenes históricos, su naturaleza jurídica, su estructura y su operatividad jurídica; resultando tantas clasificaciones [...]”.⁹

En el caso de la familia romano-germánica, por ejemplo, también conocida como *civil law*, sus sistemas representativos han sido los sistemas francés, alemán y, originalmente, los sistemas nórdicos o escandinavos. Por otro lado, la familia socialista tendría en su momento como principal sistema representativo a la extinta Unión de Repúblicas Socialistas Soviética, URSS; sistema jurídico que marcaría un grado de

influencia notable con respecto a otros países. El *common law* por su parte, encuentra en Gran Bretaña al sistema más representativo de esta familia jurídica, mismo que ha ejercido un fuerte grado de influencia en el derecho asumido por innumerables países alrededor del mundo. Asimismo, la familia islámica tiene como dos de sus sistemas representativos a Irán y a los Emiratos Árabes, quienes a su vez generarían influencia a otras naciones a lo largo de aproximadamente quince siglos.¹⁰

Finalmente, en el último escalón de esta clasificación, propia de la metodología del modelo tradicional, surgen los subsistemas jurídicos, entendidos como ramificaciones de los sistemas jurídicos. Fernández de Córdova precisa “El ‘sistema’, puede dar lugar a la presencia de ‘subsistemas’ exactamente como ocurre en las ramificaciones que se presentan en las familias, donde la fecundidad y el medio han permitido su eficaz reproducción”.¹¹ A diferencia de los grandes o prestigiosos sistemas jurídicos, este modelo no demuestra mayor preocupación en el estudio o identificación de subsistemas jurídicos. Se limita a resaltar que, dentro del modelo comparativo, dichos países asumen una obligación de recepción de instituciones u objetos producidos por el gran sistema jurídico representante de su familia jurídica. Se tratan, en definitiva, de vástagos que deben asumir y mantener los rasgos propios de su familia jurídica.

Por consiguiente, bajo este razonamiento, el subsistema no se encuentra en la doctrina comparativa. Acorde con este modelo, mediante un análisis pormenorizado, o al menos a través de la identificación de estos países y de los particularismos que podrían presentar sus sistemas jurídicos, resultaría lógico que si se receptan miméticamente todos los objetos que envía el gran sistema jurídico, sería suficiente estudiar al sistema jurídico emisor.

Como se puede apreciar, esta metodología se preocupa por agrupar a los sistemas jurídicos de los innumerables países y, paralelamente, marca una jerarquización entre ellos. Esto genera un efecto categórico en los ejercicios comparativos, particularmente en las funciones que cumple el derecho comparado. No se debe olvidar que, al hablar de derecho comparado, se asume que debe existir un diálogo, un ejercicio de correspondencia, aspecto que no se advierte en este modelo, principalmente, desde la concepción de los denominados subsistemas jurídicos, vástagos o meras ramificaciones. Siendo así, si se asume que existen países encasillados dentro de la clasificación de subsistemas jurídicos, y otros dentro de la clasificación de sistemas. Bajo esta teorización, se podrían formular algunas interrogantes: ¿esta metodología permite que los tradicionalmente denominados subsistemas jurídicos realicen derecho comparado?, o, por el contrario, ¿están destinados a un ejercicio de mera recepción mimética de objetos o instituciones jurídicas traídas del sistema emisor?

¹⁰ FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA, Op. Cit., p. 65-140.

¹¹ *Ibid.*, p. 58.

Más aún, ¿podría calificarse esta actividad como derecho comparado? ¿Cuáles son los efectos respecto a la dimensión sociológica o rasgos originarios o particulares de los subsistemas jurídicos? ¿Cuentan los subsistemas jurídicos con rasgos propios o su derecho es producto de un ejercicio de recepción acrítica de instituciones u objetos generados o contruidos en otro sistema jurídico? ¿El derecho comparado puede limitar sus fines al establecimiento de un mapamundi? Son interrogantes que lastimosamente no se atienden desde la dimensión del modelo tradicional.

A través de la metodología del modelo comparativo tradicional se realiza un análisis de tipo vertical que marca un objeto de comparación identificable, una actividad receptiva desde los subsistemas jurídicos y una recepción acrítica de instituciones jurídicas foráneas. En el diálogo que se genera entre los sistemas no participan los subsistemas jurídicos: se desconocen particularismos de estos y la preocupación se concentra en encasillarlos dentro de una familia jurídica con todas las consecuencias que devienen de ello frente a los ejercicios

comparativos. Cabe precisar que el reconocimiento que hace este modelo de la clasificación de sistemas híbridos no denota su autonomía, tan solo la influencia predominante de dos o más familias jurídicas dentro de un contexto geográfico determinado.¹² Se identifican, en definitiva, dos caminos de trasplante entre los sistemas y los subsistemas jurídicos: la producción y la recepción.

Conclusiones

Tras el análisis realizado se puede concluir que el derecho comparado no se reduce a la inserción mimética de leyes, tampoco implica un ejercicio exclusivo de legislación comparada. El derecho comparado presenta modelos y metodologías para alcanzar sus verdaderas metas y propósitos.¹³ Se ha cumplido con analizar de manera crítica el primer modelo comparativo y, producto de ello, desde el punto de vista teórico, se comprueba que este modelo contribuye a la identificación del objeto del trasplante, pero no resulta suficiente si se pretende un diálogo entre todos en igualdad de condiciones.

El análisis del derecho comparado desde las familias jurídicas debe ser considerado como una parte del estudio del derecho comparado, siendo imprescindible contar con una metodología distinta a efectos de incursionar en su segunda etapa, la comparación. El jurista no puede seguir asumiendo que el fin del derecho comparado sea identificar a su ordenamiento jurídico con uno o varios sistemas representativos de su familia

¹² Para el concepto de sistemas mixtos y un estudio de caso, véase Reinhard Zimmermann, Daniel Visser y Keneth Reid, edit., *Mixed legal systems in comparative perspective: Property and obligations in Scotland and South Africa* (Oxford University Press, 2003); Jacques du Plessis, "Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems", en Reimann y Zimmermann, edit., *The Oxford Handbook*.

¹³ Véase al respecto Konrad Zweigert y Hein Kötz, *Introducción al derecho comparado*, trad. por Arturo Aparicio Vásquez (México DF: Oxford University Press, 2002), 16-7. Otro enfoque sobre esta cuestión en Peter de Cruz, *Comparative Law in a Changing World*, 3a. ed. (Londres: Routledge-Cavendish, 2007). Sobre la cuestión de la "intencionalidad" de las comparaciones, véase Frankenberg, Günter (2014) "The Innocence of Method-Unveiled: Comparison as an Ethical and Political Act", 9 *Journal of Comparative Law*.

jurídica originaria, todo lo contrario, el derecho comparado se constituye en el mecanismo para identificar justamente las diferencias o desviaciones que dan cuenta de un derecho en constante evolución. En un mundo globalizado la dinámica del derecho es una situación incuestionable, hecho que denota la necesidad de buscar otras formas de comparación y, particularmente, un método en el que todos puedan dialogar comparativamente a efectos de alcanzar una de las metas principales del derecho comparado: el conocimiento.¹⁴

El conocimiento solo se podrá alcanzar en la medida que se asuma que el derecho comparado no es sinónimo de legislación comparada, o de un proceso meramente receptivo. En el caso de los sistemas jurídicos latinoamericanos es necesario asumir una postura crítica que permita cuestionar el objeto de la comparación y, de ser necesario, cambiarlo o adecuarlo a sus circunstancias particulares. Si se mantiene la lógica de un ejercicio comparativo mimético receptivo, aquello seguirá contribuyendo a desvanecer los particularismos de los sistemas tradicionalmente calificados de recepción y la asunción de prácticas foráneas que no necesariamente responden a sus sociedades.

¹⁴ Véase Carlos Helver Barrera Martínez, *Introducción al derecho comparado, las familias jurídicas, los sistemas jurídicos y los pluralismos jurídicos*, p. 22. También al respecto véase *Jurisprudence*, 35 *Harvard Law Review*, 838-58; y Escarra, Jean (1933) 'The Aims of Comparative Law', 7 *Temple Law Quarterly*, 296-310. Para la defensa de una meta en particular, véase André Tunc, "La contribution possible des études juridiques comparatives à une meilleure compréhension entre nations", en Konrad Zweigert y Hans-Jürgen Puttfarcken, *Rechtsvergleichung* (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978).

Por todo lo señalado, es necesario que el jurista visibilice y analice otros modelos comparativos que den cuenta de un rol distinto de los trasplantes jurídicos o ejercicios de derecho comparado, en particular desde los contextos de los subsistemas jurídicos. Los trasplantes jurídicos son fundamentales en la consolidación del conocimiento y la transformación del derecho. Por ello, en el derecho, al igual que en los trasplantes en el campo de la medicina, que requieren ser evaluados permanentemente antes, durante y después del ejercicio comparativo, en caso de no realizar dicha evaluación, se corre el grave riesgo de colapsar al sistema jurídico donde se inserta el objeto del trasplante.

Estos parámetros de evaluación no son parte de la metodología propia del modelo tradicional, razón por la cual se reafirma la necesidad de recurrir a otros modelos de comparación. Resulta inadmisibile que sean los propios subsistemas jurídicos, desde la denominación del modelo tradicional, quienes recurran a esta metodología para la realización de la totalidad de los ejercicios de comparación. Esto no sólo consolida aquel ejercicio de mimesis sino que incluso deviene en un proceso de auto imposición. Los trasplantes jurídicos deben ser reflejo de su sociedad, en consecuencia, su evaluación sociológica es imprescindible.

Referencias

BARRERA MARTÍNEZ, Carlos. *Introducción al derecho comparado, las familias jurídicas, los sistemas jurídicos y los pluralismos jurídicos*. 2a. ed. Bogotá: Fundación Universitaria Juan de

Castellanos/Grupo Ibáñez, 2011.

FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA, Pedro. Estudios de derecho comparado. 2a. ed. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1977.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria. Sistemas jurídicos contemporáneos: Nociones introductorias y familia jurídica romano-germánica. 1a ed. México: Nostra Ediciones, 2010, p. 621-672. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/30/cnt/cnt27.pdf>

HERTEL, Christian. Sistemas y familias jurídicas del mundo. Notarius Internacional, 2009, vol. 12, p. 185-200. http://212.63.69.85/DataBase/2009/Notarius_2009_01_02_hertel_es.pdf

PEGORARO, Lucio y RINELLA, Angelo. Introducción al derecho público comparado. 1a. ed. Lima: Palestra, 2006.

VALLARTA, José. Introducción al estudio del derecho constitucional comparado. 2a. ed. México: Porrúa, 2002.

ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein. Introducción al derecho comparado. 3a. ed., trad. de Arturo Aparicio Vázquez. México: Oxford University Press, 2002.

HOGG, M. y LUBBE, G. Mixed Legal Systems in Comparative Perspective: Property and Obligations in Scotland and South Africa, 2005.