

Título: La enseñanza del derecho comparado

Autor: Medina, Graciela

Publicado en: SJA 08/03/2017, 08/03/2017, 1 -

Cita: TR LALEY AR/DOC/4307/2016

Sumario: I. Introducción.— II. Por qué enseñar derecho comparado.— III. Para qué instruir en derecho comparado.— IV. Qué conocimiento impartir.— V. Cómo enseñar derecho comparado.— VI. Cuándo enseñar derecho comparado.— VII. Conclusiones

## I. INTRODUCCIÓN [\(1\)](#)

Los estudiantes de derecho deberán enfrentarse a una profusión de sistemas jurídicos al ejercer su profesión en el siglo XXI, y para dar respuestas a los problemas jurídicos que se les presenten les será insuficiente el sólo conocimiento del sistema jurídico nacional tanto como la mera diferenciación del sistema romano germánico con el common law.

El inexorable crecimiento del comercio internacional ha multiplicado la necesidad de no limitar el conocimiento del derecho comparado a la diferenciación entre el common law y el continental europeo, ya que, debido a las múltiples relaciones de bienes, servicios y cosas entre los países de Oriente y Occidente, cada vez más cuestiones requieren el entendimiento de la superposición del derecho estatal laico y el religioso, tanto en sociedades religiosas como en las que no lo son [\(2\)](#).

Por otra parte, muchos problemas jurídicos están alcanzando proporciones transnacionales e internacionales tales que deben ser tratados o bien dentro de un sistema jurídico regional, o bien en la amplia estructura del derecho internacional.

De ello se desprende que es imprescindible dotar a los estudiantes del conocimiento del método del derecho comparado.

Esta afirmación es muy sencilla de decir y muy difícil de poner en práctica por tres razones fundamentales. En primer lugar, porque son tantos los conocimientos que se les pretende dar a los alumnos de la carrera de Abogacía que dentro de la cantidad de horas cátedra destinadas a la preparación del abogado no queda realmente tiempo para introducir una materia obligatoria donde se enseñe derecho comparado. En segundo lugar, porque no existen muchos profesores especializados en esta área. Y en tercer lugar, porque si la enseñanza del derecho comparado se coloca como un curso de carácter optativo, muy pocos alumnos decidirían realizarlo porque consideran que de poco o nada les sirve su conocimiento, ya que lo perciben como irrelevante para sus vidas después de la facultad (o reemplazable por expertos legales extranjeros), en caso de ser necesario [\(3\)](#).

En el presente trabajo nos proponemos aclarar por qué creemos necesario enseñar derecho comparado, para qué pensamos que se debe instruir en derecho comparado, qué conocimiento impartir al enseñar derecho comparado y cuándo se debe ofrecer esta enseñanza.

## II. POR QUÉ ENSEÑAR DERECHO COMPARADO

Como cualquier proyecto educativo acaba concretándose en la aspiración de conseguir algunos efectos en los sujetos que se educan, cabe preguntarse entonces cuál es la aspiración que se tiene cuando se piensa en enseñar derecho comparado.

Consideramos que el motivo por el cual se debe enseñar derecho comparado es porque el abogado del siglo XXI está inserto en un mundo globalizado, con comunicaciones cada vez más rápidas y eficientes, con grandes desplazamientos de masas poblacionales de un extremo a otro del planeta.

En este contexto es indispensable incorporar en los estudios académicos de derecho la enseñanza e investigación del derecho comparado, tanto para que los juristas tengan herramientas para resolver los conflictos que la dinámica social les presenta, como para que los abogados se vean beneficiados con las soluciones que se dan en otro lugar del planeta a problemas que a ellos les aqueja porque las situaciones conflictivas son cada día más homogéneas [\(4\)](#).

En este sentido es innegable que hoy el abogado puede conocer los resultados de los fallos dictados en otros países casi al mismo tiempo que se dictan, como así también puede acceder a la legislación extranjera en el momento en que ésta cobra vigencia, pero esta velocidad comunicacional no le permitirá comprender acabadamente el contenido del fallo o el alcance de la ley si no se encuentra formado en el conocimiento de la estructura de la familia jurídica a la que pertenece el país en el que se dictó el fallo. Así, no es igual el valor de una sentencia en un país del common law, donde la fuente de derecho por excelencia es la jurisprudencia, que el valor de una decisión jurisprudencial en el sistema continental europeo, donde la fuente más importante de

derecho es la ley.

Por otra parte, en un mundo donde el comercio es cada vez más internacional es imprescindible que se busque uniformar las reglas jurídicas, lo que resulta imposible si no se tiene un acabado conocimiento del derecho comparado. En este orden de ideas no podemos dejar de mencionar los Principios de UNIDROIT para los Contratos Comerciales Internacionales [\(5\)](#), tan ampliamente conocidos en el derecho de los negocios, que jamás podrían haberse concretado si no hubiese mediado la labor de juristas con acabado conocimiento del derecho comparado y que tampoco pueden aplicarse debidamente sin tener una mínima noción del derecho comparado.

Además, en nuestro país es normal que los profesores citen en sus clases resoluciones judiciales o legislación de otros países o de la Comunidad Económica Europea que para ser comprendida en su cabal dimensión requiere de un estudiante con nociones básicas de derecho comparado.

Por otra parte, es necesario poner destacar que el estudio del derecho comparado es un antídoto contra los nocivos efectos de estereotipos y dogmatismos; es una herramienta para la lucha contra el etnocentrismo y los totalitarismos culturales; es una vía para el progreso, el cambio y la superación y es una garantía de libertad [\(6\)](#).

Al incorporar los estudios de derecho comparado en las diversas universidades, le dan una mejor visión al jurista nacional proporcionándole herramientas para valorar y tener una mayor interacción con los demás sistemas jurídicos, ya que puede ampliar los horizontes culturales y jurídicos para comprender con mayor exactitud el alcance de los conflictos jurídicos y resolverlos con una mejor visualización al utilizar la experiencia y los conocimientos de otros sistemas jurídicos [\(7\)](#).

En otro orden de ideas, el planteamiento funcional del problema establece que el objeto de la comparación no se debe de limitar únicamente a la de normas jurídicas, sino a toda la cultura jurídica de los otros países a comparar. De acuerdo con René David, el comparatista, al utilizar las mismas fuentes que el jurista del orden extranjero, debe darle el mismo peso y valor. Con esto se evita llegar a conclusiones irreales sobre normas no aplicadas ni siquiera en el país de origen, pero la investigación se vuelve más compleja, ya que la norma jurídica se dirige hacia otras variables de estudio. Es conveniente señalar que en el orden constitucional que se ha elegido para la comparación, no se buscarán las mismas normas o institutos jurídicos del orden constitucional del cual parte el problema, sino que la comparación se ampliará a la búsqueda de equivalentes funcionales y de esta manera se pueden comparar tanto sistemas presidenciales con sistemas parlamentarios, o Estados federales con Estado unitarios, lo importante es que los problemas a solucionar tengan un planteamiento inicial funcional. En esta etapa cabe destacar que existen factores de riesgo, los cuales deben de ser tomados en cuenta por el comparatista en cada caso, ya que hay elementos funcionales propios de un sistema que si se trasladan a otro contexto resultan inoperantes e incluso disfuncionales.

Por último cabe señalar que para lograr formar a un profesional en derecho comparado se debe seleccionar correctamente los contenidos del currículum, pues es éste el instrumento inmediato que condiciona la actividad didáctica, y para ello hay que comenzar en determinar para qué se enseña derecho comparado [\(8\)](#).

### III. PARA QUÉ INSTRUIR EN DERECHO COMPARADO

Es imprescindible tener bien en claro para qué se enseña derecho comparado, ya que el contenido del programa curricular y la metodología de enseñanza dependerán de la función que se quiera dar.

#### a) Concepto de derecho comparado

Por otra parte, para poder entender la función y propósito del derecho comparado es importante definirlo y en orden a la conceptualización nos parece necesario parafrasear a René David, quien decía que "la expresión implica una actividad intelectual en la que el derecho es el objeto y la comparación el proceso" [\(9\)](#), "la función esencial del derecho comparado es devolver al derecho el carácter universal de toda ciencia, pues entre todas las disciplinas científicas, sólo el derecho ha creído falsamente que podía ser puramente nacional".

Por consiguiente, el derecho comparado es una disciplina que confronta las semejanzas y las diferencias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo con el propósito de comprender y mejorar el sistema jurídico de un Estado determinado. Consecuentemente, el estudio del derecho comparado es necesario, ya que permite apreciar los aciertos, diferencias, semejanzas y errores, con la finalidad de mejorar las instituciones y, por consecuencia, su sistema jurídico [\(10\)](#).

#### b) Funciones del derecho comparado

El derecho comparado tiene múltiples funciones, entre ellas podemos señalar:

##### 1.— Permite mejorar las instituciones de un país

Los ordenamientos jurídicos son distintos en cada país, por eso es importante conocerlos y analizarlos con la

finalidad de estudiarlos para poder apreciar las diferencias y similitudes, así como sus defectos, con el fin de comparar y perfeccionar las instituciones de un país y por consiguiente su sistema jurídico (11).

Pongamos un ejemplo para que el tema se comprenda mejor. En nuestro país desde el siglo pasado se legisló sobre el derecho de la competencia. Las primeras leyes siguieron el sistema americano con mayor cercanía al derecho penal. La comparación con otros sistemas llevó a que la legislación se cambiase y se siguiera el sistema continental europeo que se aleja del sistema penal y la sanción no es la privación de la libertad sino la sanción económica.

En este orden de ideas no puede olvidarse que Vélez fue un gran conocedor del derecho extranjero y que gracias a este conocimiento a partir del Código Civil argentino se mejoraron las instituciones argentinas que dejaron de ser las primitivas instituciones indianas y se convirtieron en un sistema moderno siguiendo los mejores ejemplos del derecho europeo.

La extraordinaria labor de Vélez Sarsfield, quien redactó por sí solo el Código Civil, se traduce en un Código que supo ensamblar el derecho vigente en el territorio argentino en esa época, con las innovaciones exigidas por un plan o proyecto de país con el que contaba su generación y una necesaria modernización de las instituciones vigentes.

Para lograr esos objetivos, Vélez Sarsfield tuvo especial empeño en conocer el derecho comparado, y muchísimas de las soluciones de su Código están inspiradas en leyes vigentes en esa época, así como en las obras de doctrina en boga.

Así, la doctrina especializada suele señalar al Código Civil francés de 1804 como la fuente principal del Código Civil argentino. Se señala que de los 2282 artículos que tenía el Código Napoleón, la mitad fue reproducida en el Código de Vélez Sarsfield, de los cuales 445 están copiados literalmente.

La otra fuente principal fue el Esboço, Anteproyecto de Código Civil para el Brasil, obra de Augusto Teixeira de Freitas, que inspiró a Vélez Sarsfield especialmente en el Libro de las Personas.

Otros códigos y proyectos aparecen también como fuente de numerosos preceptos; así, el Código austríaco de 1811; el Landrecht prusiano; el Código de Baviera; el Código Civil italiano de 1865; el Código de Luisiana; el Código holandés; los Códigos sardo, toscano y de Parma; el proyecto de Código Civil de Nueva York; el proyecto de Código Civil para España de García Goyena; el Código Civil chileno preparado por Andrés Bello; el Proyecto de Código Civil para Uruguay de Eduardo Acevedo (12).

El Código Civil argentino es una prueba indiscutible de cómo el conocimiento del derecho comparado puede mejorar las instituciones vigentes en un país determinado sin necesidad de copiar exactamente la fuente de derecho, como hizo Bolivia, que directamente copió el Código francés sin compararlo ni adecuarlo a su idiosincrasia.

El Código Civil y Comercial unificado, que entra en vigor en el año 2015, además de estas fuentes incorpora nociones propias de la cultura latinoamericana, así como una serie de criterios que se consideran comunes a la región (13).

## 2.— Mejora el conocimiento del derecho nacional

A decir verdad, muchas de las disposiciones legales de un país tienen su fuente en la de otro, o bien han inspirado las legislaciones de otros países, al paso que las leyes, las resoluciones de los tribunales y las opiniones de los grandes juristas extranjeros permiten comprender mejor el marco jurídico nacional. En este sentido, siguiendo con el ejemplo antes dado, difícilmente se tenga un adecuado conocimiento del derecho de la competencia argentino si no se realiza una comparación entre el sistema de EE.UU. y el de la Comunidad Económica Europea.

Por otra parte, no es excepcional que los fallos de jueces argentinos invoquen el derecho comparado, especialmente invocando las disposiciones de derechos extranjeros que han servido de fuente a las normas nacionales. En tales casos, los tribunales de la Argentina recurren con frecuencia a la cita de normas, autores y fallos de los países cuyas legislaciones han inspirado al legislador nacional. Esto se advierte con notable evidencia en la interpretación de la Ley de Sociedades, inspirada en la legislación italiana, que es por lo tanto fuente de consulta para los autores y de argumentación corroborante para los tribunales.

Algunas instituciones han sido desarrolladas por la jurisprudencia en función de experiencias provenientes del derecho comparado. Se pueden señalar dos ejemplos relevantes: la doctrina del disregard of legal entity, inspirada en la jurisprudencia de EE.UU. y en las enseñanzas de Serick; y la extensión de la quiebra, inspirada directamente en la legislación francesa.

Por otra parte, la más importante reforma del Código Civil, producida en 1968, que retocó un 10% del

articulado y con ello cambió el espíritu del Código, incorporó instituciones y reglas particulares, tomando en consideración la experiencia de otros países. De esta manera, se incorporaron la prodigalidad, la lesión, la imprevisión, el abuso del derecho, la emancipación dativa. Poco tiempo después se incorporó una previsión expresa sobre el derecho a la intimidad, inspirada en la reforma al art. 9º del Código Napoleón, y en el anteproyecto de Código Civil para Bolivia del ilustre jurista y hombre público español don Ángel Ossorio y Gallardo, quien viviera largos años en Buenos Aires (14).

Por su parte, el Código Civil y Comercial unificado recoge las enseñanzas del conocimiento de los tratados de derechos humanos y la aplicación por la Corte de Derechos Humanos de San José de Costa Rica.

En este sentido, el Código Civil y Comercial tiene una nueva forma de receptor el derecho comparado, sobre todo en materia de los tratados de derechos humanos. Ello se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales; los derechos de incidencia colectiva; la tutela del niño; de las personas con capacidades diferentes; de la mujer, de los consumidores; de los bienes ambientales, y muchos otros aspectos (15). En todas estas áreas, el Código recepta las convenciones suscriptas por el país y constitucionalizadas por la Constitución de 1994 y demuestra que sus redactores tenían un claro conocimiento del derecho comparado de los derechos humanos.

### 3.— Enriquece el intercambio internacional

El conocimiento de los diferentes sistemas del mundo aporta una mayor variedad de soluciones de las que podrá concebir a lo largo de una vida el jurista más ilustrado en su propio sistema. El derecho comparado enriquece e intensifica la posibilidad de soluciones a los conflictos en el dinámico intercambio internacional de temas jurídicos. El derecho comparado diluye los prejuicios de malinchismo jurídico y nos sirve para penetrar en las diferentes sociedades y culturas del mundo, y de esta manera se contribuye a enriquecer el entendimiento entre los países, para poder visualizar el espíritu jurídico para determinar qué vale la pena conservar y quitar, qué funciona y qué no. La gran mayoría de los legisladores han coincidido en que no es posible forjar leyes adecuadas sin la intervención del derecho comparado.

En doctrina se afirma que "Enrique VIII creó en 1547 cátedras reales de Derecho Romano en las Universidades de Cambridge y Oxford. Al hacer esto trataba de preparar a los diplomáticos que habrían de negociar con los diplomáticos de los países de Europa continental, por conocer sus modos de concebir el derecho" (16).

La República Argentina ha estado siempre atenta al derecho uniforme, particularmente en el ámbito del derecho comercial y del transporte. En esta orientación nuestro derecho cambiario es reflejo de la ley uniforme de Ginebra y el transporte aéreo, terrestre y marítimo tienen en consideración las múltiples convenciones existentes.

La Argentina también ha ratificado la Convención de Viena sobre Compraventa de Mercaderías (ley 22.765) y la ha receptado en el Código Civil y Comercial.

### 4.— Permite la unificación de las legislaciones por áreas

En Europa existe desde hace años la intención de lograr una legislación uniforme o codificada del derecho de las obligaciones y de los contratos. Tarea que, según se sostiene, viene exigida por las necesidades del "mercado único"; en otras palabras, "mercado único" requiere para su funcionamiento una "única ley" en materia de contratos, pues las soluciones que provee el derecho internacional privado son ineficientes.

En concreto nos referimos, en primer lugar, al anteproyecto de Código Europeo de los Contratos, elaborado por un grupo de trabajo que nació de la inspiración de la Academia de Iusprivatistas Europeos.

También al proyecto de la Comisión Landó, conocido como Principios del Derecho Europeo de los Contratos, cuya versión final fue conocida en julio de 1998. Finalmente, cabe citar el trabajo del profesor de Oxford Harvey McGregor, quien, por encargo de la Law Commission, presentó en 1971 un proyecto de Contract Code (17). En ambos casos, la obra se ha logrado por un acabado conocimiento del derecho comparado.

## IV. QUÉ CONOCIMIENTO IMPARTIR

Creemos que lo primero que se debe aclarar es que enseñar derecho comparado no equivale a enseñar derecho extranjero y que al impartir la asignatura se debe partir de enseñar que es un sistema jurídico, para luego explicar las principales familias jurídicas. Ello porque debido el gran número de sistemas jurídicos que existen en el mundo es difícil estudiar y comparar a cada uno de ellos, razón por la cual el derecho comparado los organiza en grupos o familias, donde toma en cuenta sus afinidades y sus elementos comunes, dejando a un lado la característica de sus particularidades con la finalidad de destacar sus coincidencias, sus analogías más notables, lo que permite clasificarlos en familias jurídicas (18).

Es necesario insistir, para evitar confusiones comunes, que el estudio de uno o varios derechos extranjeros no es derecho comparado porque no hay comparación. El conocimiento del derecho extranjero es el antecedente lógico del derecho comparado, pues no se puede comparar lo que no se conoce. Puede haber estudios del derecho extranjero sin derecho comparado pero no puede haber derecho comparado sin el estudio previo de los derechos comparados. Estudiar el derecho de un país es aprender a conocer, a través de las normas jurídicas a que está sometido, sus usos y costumbres, su actitud ante ciertos problemas y la manera de cómo sus habitantes resuelven los problemas.

a) Las familias jurídicas

En realidad, los miembros de una familia se vinculan entre sí en cuanto que todos ellos descienden de los mismos antecesores. De igual manera ocurre con los sistemas jurídicos, donde no se encuentran dos iguales, sin embargo esto no es obstáculo para que puedan ser agrupados en familias tomando en cuenta sus semejanzas, sus características en común.

Por añadidura, una familia jurídica es un conjunto de sistemas jurídicos que tienen coincidencia en determinadas características, no hay que olvidar que el término "sistema jurídico" se refiere al derecho nacional de un Estado, mientras que el vocablo "familia" nos remite al conjunto de sistemas jurídicos que rebasan las fronteras de un país.

Creemos que son múltiples las formas de dividir las familias jurídicas (19), pero con el objeto de optar por un sistema de clasificación nos parece más eficaz seguir la clasificación de René David en cuatro grandes familias, con un último agregado de familias híbrida o mixta.

- 1) Familia romano-germánica.
- 2) Familia del common law.
- 3) Familia de los derechos socialistas.
- 4) Familia de sistemas filosóficos o religiosos.
- 5) Familia híbrida o mixta.

En la Argentina, de estas cuatro familias jurídicas son más conocidas las dos primeras, porque en nuestro medio se estudian más la familia jurídica romano-germánica y la familia jurídica del common law.

Cabe recordar que los sistemas jurídicos que pertenecen a la familia romano-germánica tienen como fuente principal la ley, es decir, tienen como característica la primacía de la ley sobre otras fuentes del derecho, lo que no ocurre con los sistemas jurídicos que pertenecen a la familia del common law, ya que en estos sistemas jurídicos la fuente principal del derecho es la jurisprudencia.

Es necesario enseñar que existen diferencias entre los sistemas jurídicos de una misma familia, como por ejemplo el derecho de los Estados Unidos y el derecho inglés, que si bien pertenecen ambos a la familia jurídica del common law, no tienen exactamente las mismas características. Por lo cual es necesario tener en cuenta, entre otras diferencias, que los Estados Unidos tienen un sistema constitucional y un régimen federal y en el área contractual existen los denominados *restatements* (20), y que ninguna de estas características se da en el derecho inglés, que carece de Constitución, no tiene un sistema federal y no posee de *restatements*.

Con referencia a la familia socialista, cabe destacar que ésta tiene origen en Rusia en 1917, a partir de la Revolución bolchevique, y se crea una nueva tradición jurídica. Anterior a este sistema el derecho ruso era de tradición neorromanista (21).

Con el colapso del sistema socialista, la existencia de esta familia es cuestionada, es difícil sostener si esta familia jurídica esté muerta y enterrada. Una característica de esta familia, es que los ciudadanos abandonan todo resquicio burgués. Las funciones legales las realizan las células sociales. Por otra parte, la doctrina marxista enseña que para evitar la lucha de clases y la explotación del hombre por el hombre los medios de producción deben de ser socializados. En esta familia se crean diferentes tipos de propiedad: la propiedad estatal, la propiedad de las organizaciones sociales o propiedad socialista y la propiedad privada.

Los particulares en este régimen sólo son propietarios de aquellas cosas que necesitan para satisfacer sus necesidades básicas, materiales y culturales, como es el salario y los ahorros, así como el menaje de la casa, un automóvil y el uso de una parcela.

Con el colapso del sistema socialista soviético desaparece asimismo esta familia jurídica. Rusia, al igual que otros países de la ex Unión Soviética, se reintegra a la tradición neorromanista, en tanto que otras naciones se reubican en el sistema religioso musulmán y otras más se reincorporan a la familia mixta. La familia de los sistemas socialistas ha expirado, sin embargo, en esta obra todavía se estudia para comprender mejor las causas

que motivaron su desaparición.

Los países que formaban la ex República Socialista Soviética no pasaron de los sistemas comunistas a los sistemas continentales europeos puros o tradicionales, sino que adoptaron elementos o instrumentos que vinieron del régimen anglosajón, impuestos por el Fondo Monetario Internacional juntamente con los préstamos especiales que se les otorgó para la reconstrucción económica.

Ello lo explica muy bien el alemán Alessandro Somma, al decir que "las reformas promovidas (especialmente en el caso del Fondo Monetario Internacional) han sido las típicas de los países en los que se han practicado formas de capitalismo de tipo neoamericano o, en todo caso, acordes con la economía de mercado liberal. De esta manera, la plena reintegración de los países ex socialistas a la tradición jurídica occidental no se ha traducido en el regreso a un pasado caracterizado por su impronta romanística sino que, por el contrario, se ha producido reflejando el actual reequilibrio de las relaciones de fuerzas entre los dos polos de la tradición (los modelos de civil law y common law)" (22).

Una situación especial presenta la República Democrática Alemana, cuyo sistema fue completamente reformado por un sistema de reglas e instituciones jurídicas que fueron asumidos en bloque. De su implementación se han encargado juristas formados en las universidades occidentales y transferidos al Este, evitando así las continuidades provocadas, en otros países ex socialistas, por la imposibilidad material de substituir a toda la clase dirigente comprometida con el régimen caído en desgracia (23).

#### b) Derecho religioso o derecho islámico

Estos sistemas no constituyen una familia, sino que son conjuntos de normas que regulan en determinados países las relaciones humanas, sea en su totalidad, o bien en algunos de sus aspectos. No existe en semejantes sistemas interés alguno por los derechos individuales; en ellos el acento se coloca sobre las obligaciones que pesan sobre el hombre justo. El más importante de esos sistemas es el derecho musulmán.

#### c) Familia mixta o híbrida

Existen algunos sistemas jurídicos que por sus características resultan difíciles de clasificar dentro de una familia jurídica determinada, ya que en ellos están presentes elementos que pertenecen a dos o más sistemas distintos. Se hallan en este caso los sistemas que históricamente se han configurado en virtud de la amalgama de tradiciones legales pertenecientes a dos o más familias jurídicas. Citemos, a manera de ejemplo, el sistema legal de Quebec, en el que confluyen las influencias francesas y estadounidense, o el de Sudáfrica, que recoge las tradiciones holandesa e inglesa. Queda, pues, claro por qué se denomina a estos sistemas mixtos o híbridos. Otros ejemplos de países cuyo sistema jurídico es mixto serían India, Israel, Japón y Filipinas.

#### d) Más allá de las familias jurídicas

Además de la enseñanza de la clasificación de los ordenamientos se debe enseñar a valorar la pertenencia a una misma "civilización", identificativa de un mismo "estilo de vida", un mismo "contexto ético-teleológico" y un mismo "ambiente material". Y debe revelar el nexo entre el tipo de civilización y el derecho reconstruido en sus "elementos determinantes" (24).

Así, un país africano puede pertenecer en principio al sistema continental europeo o al common law, pero en la comparación no se puede ignorar la cultura donde se aplica, la existencia de tradiciones tribales y la valoración por la sociedad de las costumbres ancestrales.

### V. CÓMO ENSEÑAR DERECHO COMPARADO

La comparación puede referirse a ordenamientos contemplados en su conjunto (macro comparación) o a sectores o institutos concretos (micro comparación). La comparación consiste en una operación lógica que supone el estudio analítico de los ordenamientos e instituciones examinados, la consideración de los datos obtenidos, su contraste y una síntesis de la que emerge una valoración crítica que contiene el juicio comparativo. La primera regla impone la imperiosa necesidad de conocer el derecho extranjero. El jurista que quiera usar el método comparativo debe conocer y comprender los derechos que pretende manejar en el plano de la comparación. Las etapas del análisis comparativo (25).

En segundo lugar debe enseñarse el conocimiento de las soluciones efectivamente adoptadas por los derechos vigentes, no la individualización de las soluciones practicables a partir de las reglas y principios de esos derechos. Está aquí implícita la referencia a las diferencias entre un punto de vista interno y un punto de vista externo sobre el derecho, el primero típico del estudioso que se expresa en términos prescriptivos, reproduciendo el propósito de la fuente formal de producción de las reglas; el segundo, elegido en cambio por quien pretende valorar la eficacia de los preceptos: de todos los preceptos que presiden la distribución imperativa de bienes y valores, pertenezcan formalmente o no al sistema de fuentes (26).

El método de casos que normalmente es utilizado como forma de enseñanza en un país determinado, también puede ser utilizado como manera de enseñar el derecho comparado, sobre todo en los problemas internacionales y en las cuestiones de derechos humanos. Ello hace posible que en las universidades de todo el mundo se desarrollen los moot court sobre derechos humanos y sobre derecho internacional (27).

## VI. CUÁNDO ENSEÑAR DERECHO COMPARADO

El derecho comparado se debe enseñar tanto en el grado como en el posgrado. En el grado hay que incorporar la enseñanza de los grandes sistemas contemporáneos, como materia que forme parte del plan de estudio al inicio de la carrera, como se enseña en la Universidad Argentina de Derecho de la Empresa, en lugar de hacerlo al final de la carrera, como se enseña en la Universidad de Belgrano.

Consideramos que estas materias deben ser obligatorias y no optativas porque es imprescindible el método comparatista para el abogado del siglo XXI, ya que no se concibe un abogado que carezca de estas nociones elementales mínimas en un mundo globalizado. Aun cuando el estudiante vaya a ejercer sólo en el ámbito nacional, el conocimiento del derecho comparado lo ayudará a conocer mejor el problema y le otorgará herramientas más idóneas para contribuir a dar la solución, lo que en definitiva lo transformará en un operador jurídico más eficiente que cumplirá mejor su rol en la sociedad.

Por otra parte, se debe enseñar derecho comparado en el posgrado, pero allí su utilización puede orientarse a ámbitos más específicos de acuerdo a la investigación que se proponga realizar o a la especialización que quiera adquirir, pero siempre va a requerir los elementos básicos adquiridos en el curso introductorio a los grandes sistemas contemporáneos impartidos en la parte de grado o al inicio de la carrera de posgrado.

## VII. CONCLUSIONES

Resulta indiscutible la utilidad de la enseñanza del derecho comparado tanto en la carrera de grado como en la de posgrado. Su conocimiento no debe confundirse con el del derecho extranjero, ni debe limitarse a la distinción de los sistemas jurídicos por sus fuentes, sino que, por el contrario, debe comprender la enseñanza de la cultura donde se insertan los sistemas jurídicos que se comparan.

Ante una realidad dinámica, una cultura negocial transnacional y una homogeneización de los derechos humanos a través de las convenciones, se requiere formar tanto a prácticos del derecho y como a académicos con capacidades que trasciendan el derecho positivo nacional, y que contengan los principios y el método del derecho comparado.

Estamos convencidos de que el conocimiento del derecho comparado, además de permitir entender mejor la propia legislación y formular reformas que busquen una justicia efectiva, colaborará eficazmente a dar solución en el conflicto de leyes, en la interpretación de Tratados Internacionales, en el arbitraje y en la administración internacional. Es por ello que estimamos imprescindible su incorporación a la currícula de las universidades.

(1) Bibliografía general: René, David, Los sistemas jurídicos contemporáneos, trad. de la 2ª ed. francesa por Pedro Bravo Gala, Aguilar, Madrid, 1968; Fix-Zamudio, H., Docencia e investigación jurídicas, Porrúa, México DF, 2001; Fix-Zamudio, Héctor, Tendencias actuales del derecho comparado, en línea: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1793/5.pdf> (consultado el 18/3/2016); García Máynez, Eduardo, Filosofía del Derecho, Porrúa, México DF, 1989, p. 189; González Marín, Nuria, "Reflexiones sobre la utilidad de la comparación y sus efectos en la codificación en derecho internacional privado", en línea: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1793/12.pdf> (consultado el 18/3/2016); Márquez Piñero, Rafael, El sistema jurídico de los Estados Unidos de América, en línea: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/206/4.pdf> (consultado el 14/3/2016); Marinea, Marta, Evolución de la familia jurídica romano-canónica, en línea: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1855/5.pdf> (consultado el 14/3/2016); Norman, Paul, Derecho comparado, versión electrónica, recuperado el 23/3/2016 de <http://translate.google.com.mx/translate?hl=es&sl=en&tl=es&u=http%3A%2F%2Fwww.nyulawglobal.org%2Fglobalex%2FComp>; Piero, A., Función y método del derecho comparado, versión electrónica, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/cont/41/art/art4.pdf> (consultado el 31/1/2016); Silverio Salguero, Jorge, El método funcional en la comparación constitucional, en línea: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1793/19.pdf> (consultado el 18/3/2016); Sirvent, C., Sistemas jurídicos contemporáneos, Porrúa, México DF, 2000; Sixto, L., Revista Jurídica. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 2010, recuperado el 31/1/2016, de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/123.5/cnt/cnt34.htm>; Vinizky, Ignacio, Reflexiones sobre modalidades de la enseñanza del derecho comparado, en línea: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/cont/6/dtr/dtr4.pdf> (consultado el 18/3/2016); Witkert J., Metodología jurídica, 2ª ed., McGraw-Hill, México DF, 2010, p. 41; Zweigert, K. - Kötz, H., Introducción al derecho comparado, trad. de Aparicio Vázquez, Oxford University, México DF, 2002,

[http://www.robertexto.com/archivo11/der\\_comparado.htm](http://www.robertexto.com/archivo11/der_comparado.htm).

(2) Wanman, Michel, "Enseñar derecho comparado, más allá de la dicotomía derecho civil/common law", Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho, año VI, nro. 11, 2008, Rubinzal-Culzoni, ps. 107 y ss.

(3) Waxman, Michael P., "The Comparative Legal Process throughout the Laws School Curriculum: A Modest Proposal for Culture and Competence in a Pluralistic Society", Marquette Law Review, vol. 74:391.

(4) Piénsese en el affaire "Chevron", donde una sentencia ecuatoriana trató de ser ejecutada en diversos países extranjeros. En el caso, los abogados de cada uno de estos países estaban atentos a la jurisprudencia dictada en los demás para citarla como antecedente o para tomar de sus razonamientos aquellos que les sean de utilidad. Lo mismo ocurrió en el affaire "Air liquide", en el cual las compañías proveedoras de oxígeno se cartelizaron en diversos países y la jurisprudencia de cada uno de ellos era esperada en los demás para citarla como antecedente.

(5) El Instituto para la Unificación del Derecho Privado —UNIDROIT— es una organización intergubernamental creada en el año 1926 bajo el auspicio de la Liga de Naciones, restablecida en 1940 sobre las bases de un tratado internacional, el Estatuto Orgánico de UNIDROIT. Su sede se encuentra en Roma. Se creó con el objetivo de promover la armonización y unificación del derecho privado a nivel internacional, teniendo como punto de partida la creciente liberalización del comercio y el proceso de integración económica. Los Principios de UNIDROIT para los Contratos Comerciales Internacionales representan una nueva aproximación al derecho de los negocios internacionales, y son un intento por remediar muchas de las deficiencias surgidas del derecho aplicable a tales negocios. No están concebidos como una forma de modelo de cláusulas contractuales para ningún tipo de convenio en particular, ni constituyen una forma de convención internacional de ley uniforme para los contratos internacionales, y como se verá más adelante, derivan su valor solamente de su fuerza persuasiva. Los Principios son un intento por enunciar reglas que son comunes a la mayoría de sistemas legales existentes y, al mismo tiempo, adoptar soluciones que mejor se adapten a las necesidades del tráfico internacional.

(6) Piero, A., Función y método del derecho comparado, versión electrónica (consultado el 9/10/2013), <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/cont/41/art/art4.pdf3>; íd., Función y método del derecho comparado, versión electrónica, recuperado 31/1/2010, de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/cont/41/art/art4.pdf>.

(7) Toscano Paniagua, María de Lourdes, "El estudio del derecho comparado en las currículas de las universidades", en <http://dieumsh.qfb.umich.mx/> (consultado el 10/10/2013).

(8) Stein, Robert A., "The Future of Legal Education", 75 Minn. L. Rev. 945, 958-59 (1991); ver, asimismo, Goebel, en 458-60.

(9) David, René, Los sistemas jurídicos contemporáneos, cit.

(10) Fix-Zamudio, Héctor, Tendencias actuales del derecho comparado, cit.

(11) Se señala que el primer comparatista fue Platón, quien comparó el derecho de las ciudades griegas a la luz de sus constituciones. Aristóteles comparó las Constituciones de 153 ciudades, aunque sólo se conoce la de Atenas.

(12) La cultura jurídica de Vélez Sarsfield no se agotaba en el conocimiento de las leyes o proyectos; era un gran conocedor de la doctrina, por lo que constantemente aparecen citados los comentarios de los juristas franceses de la época, en particular y con gran frecuencia Aubry y Rau, Demolombe, Troplong, Zachariae, Durantón, Marcadé, Merlin, Mourlon, Laurent. Otro autor de significativa influencia es Savigny, y también Maynz. Claro es que como telón de fondo de todo el Código, en particular en el plano de los derechos patrimoniales, está el derecho romano que Vélez Sarsfield conocía intensamente. El derecho romano se exterioriza tanto a través de los textos justinianos, como de las VII Partidas de don Alfonso el Sabio, que nunca fueron texto legislativo en la Península ibérica y sí lo fueron en América; es más, en lo que es hoy la República Argentina, las Partidas fueron el cuerpo legal sobre el cual se fundaba el ejercicio práctico de la abogacía; de allí que fueran fuente principalísima aunque a veces no aparezcan citadas en las notas puestas por Vélez Sarsfield al Código Civil.

(13) Fundamentos del Código Civil y Comercial argentino de 2015.

(14) "El comparatista no tiene por misión el transformarse en un importador de cargamentos jurídicos. Después de haber sacado del estudio de ciertos derechos extranjeros un provecho cultural, debe ponerse en guardia, al contrario, contra la fácil tentación de tomar el derecho de los demás, tal como lo encuentra hecho, en vez de crearlo por sí mismo".

(15) Fundamentos del Código Civil y Comercial argentino de 2015.

(16) Curso Taller de Derecho Comparado, <https://www.google.com.ar/webhp?tabp>.

(17) Esa obra fue publicada recién en 1994 en inglés y en español en 1996 gracias al esfuerzo de De la Cuesta Sáenz y Vattier Fuenzalida. Si bien tenemos claro que ese Contract Code nunca fue derecho positivo en las islas británicas, lo cierto es que según la intención del autor contiene una recopilación desde el punto de vista del

common law, basada fundamentalmente en la jurisprudencia. Sirve para comprender muchos aspectos del derecho anglosajón en su versión británica, así como los restatements of contracts han sido útiles para entender y aprehender el derecho de EE.UU.

(18) Sirvent, C., *Sistemas jurídicos contemporáneos*, cit., p. 8; Vinizky, Ignacio, *Reflexiones sobre modalidades de la enseñanza del derecho comparado...*, cit.

(19) Por ejemplo, los hermanos Mazeaud precisan que generalmente se clasifican los diferentes derechos en siete sistemas fundamentales, que son los siguientes: francés, germánico, anglosajón, soviético, escandinavo, islámico e indio. Refieren sobre tales sistemas jurídicos que el sistema francés comprende los países que han adoptado su Código Civil o que se han inspirado en sus disposiciones. Sobre el sistema germánico, que agrupa a los países que se han inspirado en el Código Civil alemán de 1900. Sobre el sistema anglosajón, que comprende principalmente Inglaterra y los Estados Unidos, que tienen en cuenta la jurisprudencia. Sobre el sistema soviético, al cual están adheridas las repúblicas soviéticas, que es un derecho de tendencia socialista.

(20) Los restatements of the law son un conjunto de tratados sobre temas jurídicos que tratan de informar a los jueces y abogados acerca de los principios generales del derecho común. Hubo tres series de restatements hasta la fecha, todos ellos publicados por el Instituto de Derecho Americano, una organización de juristas y profesionales fundada en 1923. Son esencialmente codificaciones de la jurisprudencia, que son derecho común que se desarrollan gradualmente con el tiempo, debido al principio de hacer stare decisis. A pesar de la regularización de la ley, no son autoridad vinculante en sí mismas, son muy convincentes, ya que se formulan durante varios años con una amplia contribución de los profesores de derecho, abogados en ejercicio, y los jueces. Tienen el propósito de reflejar el consenso de la comunidad jurídica estadounidense en cuanto a qué es la ley, y, en algunos casos, lo que debería ser. Como Harvard Law School describe las repeticiones de la ley.

(21) Sirvent, C., *Sistemas jurídicos contemporáneos*, cit., ps. 8/9.

(22) Somma, Alejandro, *Introducción al derecho comparado*, trad. de Esteban Conde Naranjo, publicación de la Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 120.

(23) Somma, Alejandro, *Introducción al derecho comparado*, cit., p. 119.

(24) Somma, Alejandro, *Introducción al derecho comparado*, cit., p. 90.

(25) Solá Cañizares, Felipe, *Iniciación al derecho comparado*, Imprenta Vda. de Daniel Cochs, Barcelona, 1954, p. 111.

(26) Somma, Alejandro, *Introducción al derecho comparado*, cit., p. 150.

(27) Grote, Rainer, "Comparative Law, and Civil Law Teaching through the Case Method in the Civil Law Traditional", en *Metodología del Derecho Comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1793/7.pdf> (consultado el 24/3/2016).