

FINES, OBJETO Y MÉTODO DEL DERECHO COMPARADO

El empleo del término "derecho comparado" en la docencia y en la investigación, entraña una respuesta a tres cuestiones íntimamente relacionadas:

1. ¿Cuál es el propósito de la comparación?
2. ¿Qué es lo que se va a comparar?
3. ¿Cómo se va a realizar la comparación?

La respuesta coherente a estas interrogantes constituye una teoría acerca del derecho comparado, una serie de conclusiones sobre el tipo de tareas que los estudiosos del derecho comparado tienen que acometer.¹ Si hay un consenso —explícito o implícito— entre los especialistas acerca de una teoría sobre el derecho comparado, entonces puede decirse que se da la principal condición previa necesaria para una colaboración fecunda y una acumulación creciente de conocimientos.² Pero si falta semejante consenso entre los comparatistas, en-

¹ Aun cuando la expresión "teoría sobre el derecho comparado" pudiera ser más adecuada, la de "paradigma" es menos pesada y más precisa, puesto que es un término clave en el importante libro de Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions* (2ª ed. aumentada, 1970), cuyas ideas pueden considerarse, en términos generales, aplicables al tema discutido en este trabajo.

En su *Postdata-1969*, Kuhn subdivide la noción de "paradigma" en apartados menores, de los cuales el denominado "matriz conceptual" es el que más se aproxima al sentido adoptado por mí, pero para los fines de este artículo tales sutilezas resultan innecesarias. En consecuencia, se utilizará aquí el término "paradigma" para referirnos al conjunto de las actividades e ideas que subyacen y dan forma y dirección a las tareas de un grupo de científicos en un campo y momento determinados. Kuhn limita su discusión a los grupos científicos, pero el empleo que él mismo hace de ejemplos no-científicos (p. e., el progreso de la pintura hasta el abandono de la representación como meta buscada, ver p. 161) respalda la aplicación de sus ideas a otros campos. En todo caso, en este trabajo se propondrá un enfoque "científico" sobre el derecho comparado, por lo que parece adecuada la aplicación a éste de las ideas de Kuhn.

² Kuhn, *op. cit.*, caps. II y III, en donde habla de "ciencia normal", para referirse a la labor de aquellos que aceptan el paradigma científico y lo comprueban, buscan respuesta a las cuestiones que en el mismo se plantean, y agotan, en general, todas sus implicaciones, "... (U)na de las cosas que el grupo científico logra al adoptar un paradigma, es disponer de un criterio para seleccionar problemas que, mientras funcione el diseño elegido, ha de esperarse que reciban una solución. En gran medida, éstos son los únicos problemas que el grupo de investigadores admitirá como científicos o que recomendarán

tonces nos encontramos en la situación que el profesor McDougal describe como sigue: "Continúa prevaleciendo la mayor de las confusiones acerca de lo que se está comparando, sobre las metas de la comparación y en cuanto a las técnicas adecuadas para ella".³ En el presente estudio trataré de explicar esta confusión y de proponer una vía para salir de ella.⁴

"Derecho comparado" es un expresión que frecuentemente se aplica a muy diferentes tipos de actividades de aspiración científica. La falta de una adecuada distinción entre ellas constituye la fuente principal de la confusión de que se queja el profesor McDougal. En un intento por establecer esa distinción, podemos aplicar cuatro criterios: el primero se propone determinar si se trata propiamente de una comparación; los otros tres criterios son los ya mencionados —el propósito de la comparación, lo que se va a comparar y cómo se realizará la comparación.

Los fines. Resulta claro que hay ciertos tipos de actividades, a veces vagamente asociados al derecho comparado, que propiamente no tienen carácter comparativo. Un ejemplo evidente lo constituye la descripción de un sistema jurídico extranjero.⁵

acometer sus miembros. . . Una de las razones por las que la ciencia normal parece progresar tan rápidamente es que sus practicantes centran su interés en problemas que sólo su propia falta de ingenio podría impedirles resolver." Kuhn, p. 37. Para una caracterización de la ciencia normal como "solución de enigmas", ver, en general, el capítulo IV de su libro de referencia.

³ McDougal, "The Comparative Study of Law for Policy Purposes: Value Clarification as an Instrument of World Order", 1 *Am. J. Comp. L.* 24, 28-9 (1952). Aun cuando el pasaje citado de dicho artículo tiene ya una antigüedad de más de 20 años, pocos juscomparatistas piensan que las cosas hayan mejorado desde entonces.

⁴ Aquellos lectores que ya se encuentren familiarizados con las normas de investigación que prevalecen en el campo de las ciencias sociales, reconocerán que lo que se propone en este trabajo es la aplicación de ideas comunes a un campo —el derecho comparado— en el que hasta ahora han tenido tan sólo un reconocimiento marginal.

⁵ Por ejemplo, el libro de Cappelletti, Merryman y Perillo: *The Italian Legal System* (1967), es una obra sobre derecho extranjero, no de derecho comparado, aun cuando, como muchas otras obras sobre derecho extranjero, contenga un buen volumen de comparación implícita (y en parte explícita). La distinción entre derecho extranjero y derecho comparado es manifiesta y a menudo destacada en la bibliografía, pero frecuentemente ignorada. Resulta reconfortante saber que la indiferencia frente a esa distinción no es una falla exclusiva de los juristas: ". . . (E)n el estado actual de las ciencias sociales, hay investigaciones que pasan por ser comparativas, pero que en realidad no tienen tal carácter. Buena parte de la investigación de campo es llamada 'comparativa' por sociólogos, politólogos o economistas, aun cuando nada sea comparado en sus estudios. Lo mismo ocurre con el sedicente 'Gobierno comparado', pues a menudo una investigación política es denominada comparativa si, por ejemplo, el politólogo es norteamericano pero el tema de su trabajo es Francia o Rusia". Zelditch, "Intelligible Comparisons", en Vallier (editor) *Comparative Methods in Sociology*, 267, 270 (1971), a cuyo trabajo nos referiremos en lo sucesivo por "Zelditch".

Otro caso lo es el *symposium* típico.⁶ Estas tareas podrán suministrar una base para la comparación, pero en modo alguno es posible considerar que sean comparativas en sí mismas. Negarles este carácter sólo puede constituir una crítica en caso de que pretendan ostentarse como tales, independientemente de que puedan tener, desde luego, un valor considerable para toda una variedad de propósitos diversos.

El procedimiento comparativo puede intentarse para ilustrar una afirmación, en apoyo de una descripción o bien con propósitos explicativos. Así, podemos decir que la proposición que afirma:

1 "En algunos países europeos existen Cortes constitucionales pero en otros no" —en Italia, por ejemplo, pero no en Francia,

es comparativa tan sólo en un sentido ejemplificativo. Italia y Francia resultan comparadas aquí en términos de una característica común a ambos países (la presencia o ausencia de una Corte constitucional), pero el propósito de semejante comparación es únicamente el de proporcionar ejemplos concretos de una afirmación general.

En materia de derecho comparado, la descripción constituye la función más común. Es así que la mayoría de las descripciones de sistemas jurídicos extranjeros utilizan la comparación como una forma de hacer más clara una proposición descriptiva. Por ejemplo, tomemos el siguiente pasaje de una descripción de la ciencia jurídica dogmática europea:

"Aun cuando el mundo del *common law* ha visto ocasionalmente tendencias fugaces hacia el tipo de reflexión que caracteriza a la ciencia jurídica, en realidad nunca paró aquél mientes en ello. La ciencia jurídica es una obra de profesores —tiene un cierto olor a trasnochada— y nuestro sistema judicialista de derecho es básicamente impermeable a ella. Los jueces del *common law* son más bien solventadores de problemas que teóricos y el énfasis que el derecho continental de tradición romanista pone en el aspecto científico, en la construcción de un sistema, en el formalismo y en otras cosas, está orientado a la solución eficaz de esos problemas. También dicho sistema de derecho continental minimiza el papel del juez en el proceso de creación jurídica en favor del legislador y del científico del derecho. Tanto la jurisprudencia sociológica —que es todo lo contrario de abstracción, formalismo y purismo— como el realismo jurídico —que rechaza todo cientificismo y todo construccionismo sistemático— subrayan la dificultad y la importancia que tiene el centrar la atención en la función judicial.

⁶ Zelditch, 270-271, afirma al respecto "... (T)ales *symposia* ... han sido llamados comparativos, aun cuando nada en ellos resulte comparado. No se hace ninguna comparación entre los casos; lo cierto es que ninguna comparación se hace posible cuando cada comunicación al *symposium* se refiere a problemas diferentes, reúne datos valiéndose de distintos procedimientos y organiza sus resultados en función de conceptos diversos".

Ambas corrientes de pensamiento han florecido en el mundo del *common law* y particularmente en los Estados Unidos.”⁷

El propósito de este tipo de razonamiento es introducir más claridad en la descripción de un aspecto de una tradición jurídica extranjera por la vía de contrastarla con aspecto comparable de otra tradición jurídica que es familiar al lector.

Puede decirse que la comparación tiene un propósito explicativo si su finalidad es la de formular o demostrar una o más *proposiciones explicativas generales*.⁸ Una proposición es *general* cuando todos sus elementos son generales. Así, por ejemplo decir que:

2. “California es una jurisdicción de propiedad comunitaria”, no es una proposición general, pero la afirmación de que:

3. “Los sistemas jurídicos desarrollados contienen procedimientos de control de la legalidad de los actos administrativos”, sí constituye una proposición general. No todas las proposiciones generales son explicativas. De modo que la afirmación de que:

4. “Todas las sociedades tienen un sistema jurídico”, es una proposición general pero no explicativa. La proposición número 3 participa, sin embargo, de uno y de otro tipo. Sus términos son generales y establece una relación entre dos variables, que en este caso son “sistemas jurídicos desarrollados” y “procedimientos para el control de la legalidad”. Esta peculiaridad de expresar o de calificar las relaciones entre dos o más variables es lo que constituye la “explicación”.

Es importante distinguir entre proposiciones explicativas generales y afirmaciones prescriptivas. Por ejemplo, la proposición que dice:

5. “El que cause a otro un daño injustamente, deberá pagar una indemnización”,⁹

es prescriptiva y no explicativa. La diferencia es fundamental: es la diferencia que existe entre el “ser” y el “deber ser”. La proposición número 3, que es explicativa, establece una conclusión derivada por inducción de la observación empírica. La proposición número 5, que es prescriptiva, establece una consecuencia social deseable en caso de que se realicen ciertos hechos. La distinción parece obvia al menos al nivel del análisis, pero el no tenerla en cuenta constituye otra fuente de la confusión descrita por el profesor McDougal. La confusión aumenta a causa de la ambigüedad inherente al término “ley”. La ley

⁷ Merryman, *The Civil Law Tradition* 71 (1969). Cf. Zelditch p. 269-270.

⁸ En este punto el texto hace una interpretación, con algunas divergencias, de la discusión que Zelditch desarrolla a páginas 270-273 de su estudio.

⁹ Esta frase es una versión bastante fiel del artículo 1382 del Código Civil francés de 1804.

de Boyle (el volumen de un gas varía en razón inversa a la presión) es una afirmación explicativa. La proposición 5, que también es una "ley", es prescriptiva. Cuando se intenta hacer una generalización explicativa sobre las prescripciones legales, surge, además, el riesgo de una confusión semántica.

La observación empírica dirigida a la formulación o comprobación de proposiciones explicativas generales constituye la esencia del método científico.¹⁰ La observación empírica con otros fines p. e. para determinar si un reo cometió o no el hecho criminal que se le imputa) no satisface esta definición.¹¹ En general, la investigación de los hechos dirigida a resolver un caso, aun cuando se realice con instrumentos "científicos" y por "hombres de ciencia" es diferente a la observación empírica con fines explicativos generales. Contrariamente, las proposiciones explicativas generales que no están basadas o verificadas por la observación empírica (por ejemplo, algunos sistemas de creencias religiosas) son "no científicas".

Obviamente la clasificación de las proposiciones en científicas y no científicas no tiene un sentido despectivo; la actividad y la explicación científicas no son necesariamente ni mejores ni peores, ni más ni menos verdaderas que las de otro tipo. Sin embargo, es preferible abandonar cualquier referencia a la "ciencia" en este estudio, ya que pueden conservarse distinciones importantes utilizando otros términos.¹² Una de las finalidades del derecho comparado es la de establecer y verificar proposiciones explicativas generales con base en la

¹⁰ Esta fórmula parece bastante correcta para los fines del presente artículo, aun cuando para otros propósitos resulte demasiado limitada y simple. Para una discusión general del asunto, ver Cohen, "Scientific Method", 10 *Encyclopedia of the Social Sciences* 389 (1933); Morgenbesser, "Scientific Explanation", 14 *International Encyclopedia of the Social Sciences* 117 (1968); Nagel, *The Structure of Science* (1961).

¹¹ Así, Cohen, *op. cit.*, p. 390, afirma: "... (L)a ciencia constituye una técnica de fundamentación de opiniones en las mejores pruebas disponibles". Esta atractiva proposición es demasiado amplia, precisamente porque toma la "mera" búsqueda de hechos como ciencia. Esta búsqueda de hechos es una parte necesaria del procedimiento de la investigación científica y el rigor en la determinación de esos hechos constituye una característica de la mayor parte de dicha investigación, pero el sentido que en este trabajo se atribuye a la ciencia limita a ésta al empleo de los hechos ("observaciones empíricas") con fines de explicación general. La afirmación de Cohen sería más convincente si se le agregara la palabra "general", de la siguiente manera: "La ciencia constituye una técnica de fundamentación de opiniones generales en las mejores pruebas disponibles."

¹² La tendencia a denigrar lo "no-científico" y a ensalzar la "ciencia" es una razón para no introducir tales términos allí en donde no tengan ya una acepción común. Otra razón es que en esta forma resulta posible eliminar el debate, en gran parte estéril, sobre si una actividad de cierto tipo constituye o no "ciencia". Una razón final es que el empleo del término "ciencia" en el razonamiento jurídico conduce, inevitablemente, a asociar ideas relativas a cierta tradición del pensamiento jurídico que más adelante se describe en este trabajo con el título de "ciencia jurídica dogmática". Es por esto que se prefiere aquí utilizar el término "explicación".

observación empírica. Aquí utilizamos el término más conciso de "explicación" para referirnos a esta finalidad. La explicación se distingue de la descripción de un sistema jurídico, aun cuando éste sea extranjero, la cual no implica comparación. Para este último tipo de tarea resulta adecuado el término "derecho extranjero". La explicación se distingue también de la ilustración y de la descripción aun cuando éstas impliquen comparación.

Los juristas comparatistas generalmente discuten los fines del derecho comparado en un contexto muy diferente, hablando normalmente, para referirse a ellas, de "razones o fundamentos" del derecho comparado. Los cuatro tipos más comunes de fundamentación se refieren: 1) Al uso del derecho comparado como un medio de unificación internacional del derecho; 2) A la utilidad del derecho comparado para una mejor promulgación y administración del derecho nacional; 3) Al valor que tiene el estudio del derecho comparado como una forma de enriquecimiento y desprovincialización de la enseñanza jurídica; y 4) Al derecho comparado como un instrumento en la edificación de una ciencia jurídica.¹³ Tales "justificaciones" del derecho comparado, por una parte, y las "finalidades" del derecho comparado discutidas en este trabajo, por la otra, representan dos dimensiones de la misma realidad, y la "explicación" y la "edificación de una ciencia jurídica" constituyen el punto de intersección de ambas dimensiones. Las otras tres justificaciones están claramente desarrolladas por el derecho extranjero y la comparación ejemplificativa o descriptiva, aun cuando aquéllas se distinguen de éstas. En manera alguna constituye un re-

¹³ La exposición que hace Fuller de estos fundamentos, así como una extensa bibliografía al respecto, se encontrarán en la obra de Zweigert & Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf die Gebiete des Privatrechts*, capítulo 2 (1971). Esta excelente obra, en dos volúmenes, constituye la más reciente y autorizada discusión en su campo. Para otros debates sobre el mismo tópico, el lector puede consultar Lambert, "Fonction et méthode du Droit comparé", publicado en la obra *I International Congress of Comparative Law*, Paris, 1900, 26 (1905); Saleilles, "Conception et objet de la science du Droit comparé", *id.*, p. 167; Zitelmann, "Des différents rôles et de la portée à attribuer au Droit comparé", *id.*, p. 189; de la Grosserie, "Concept general et definition de la science de Droit comparé", *id.*, p. 198; Tarde, "Le Droit comparé et la Sociologie", *id.*, p. 437; *Introduction a l'Etude du Droit comparé*, *Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert*, título I (1938); Arminjon, Nolde, Wolff, *Traité de Droit Comparé*, primera parte (1950); Rodiere, *Introduction au Droit Comparé*, capítulos II y III (1967); David, *Traité Elementaire de Droit Civil Comparé*, título I (1950); Ancel, *Utilité et méthodes du Droit Comparé* (1971); Schnitzer, *Vergleichendes Rechtslehre*, primera parte (2ª ed., 1961); Grisoli, *Corso di diritto privato comparato*; introducción (1962); Sarfatti, *Introduzione allo studio del diritto comparato* (1933); de Solá Cañizares, *Iniciación al Derecho Comparado* (1954); Gutteridge, *Comparative Law* (1946); Schlesinger, *Comparative Law: Cases-Text-Materials* 1-37 (3ª ed., 1970); Gorla, *Diritto comparato*, XII *Enciclopedia del Diritto* 928 (1964); Rotondi (editor) *Bâts et méthodes du Droit comparé* (1973).

chazo de las justificaciones que tan comúnmente se encuentran en las discusiones del derecho comparado el hecho de utilizar, en lugar de ellas, las finalidades descritas en este estudio.

Cualquier investigación de la biblioteca demostrará que la mayor parte de la enseñanza y la investigación en el campo del derecho comparado, sea cual fuere su justificación, adopta la forma de una comparación descriptiva o ejemplificativa o la de derecho extranjero. Gran parte de ella probablemente continuará siendo así. La explicación no es más que una dentro de una variedad de finalidades valiosas que puede proponerse el derecho comparado, y no tiene nada de intrínsecamente superior a cualquiera de las otras. La finalidad explicativa es, sin embargo, tanto la más peculiarmente adecuada a la investigación académica como la más descuidada por parte de los estudiosos. El enfoque que desarrollamos en este artículo respecto del derecho comparado emplea la explicación como la finalidad principal del derecho comparado.¹⁴

El objeto. Aun cuando la comparación puede darse a cualquier nivel y en cualquier dimensión, se ha convenido en restringir el derecho comparado a las naciones o sociedades. Esta limitación es arbitraria pero conveniente, ya que los sistemas jurídicos tienden a ser tanto nacionales (o societarios) en su alcance como específicos de las naciones o sociedades a las que pertenecen. La decisión de emplear los sistemas jurídicos nacionales o societarios totales como las unidades básicas para la comparación (sin dejar de reconocer que también otras unidades podrían ser igualmente importantes como explicativas de los progresos del derecho comparado) resulta, por tanto, muy cómoda.¹⁵

¹⁴ La explicación, aun cuando no sea intrínsecamente superior al derecho comparado descriptivo o ilustrativo, se distingue en varias formas de éstos. Una de las diferencias más notorias es que la explicación puede suministrar una base para la predicción. Si se conoce con suficiente detalle la naturaleza de ciertas relaciones que se hayan dado entre dos o más variables en el pasado y existe una base razonable para suponer que tales relaciones persistan, es posible entonces predecir las consecuencias de cursos alternativos de acción con relación a una u otra de esas variables. Tal posibilidad de predecir, por una parte, satisface la aspiración comúnmente abrigada de penetrar el misterio del futuro, y, por otra parte, tiene una gran utilidad social. Por tanto, todo iuscomparatista que se satisfaga con la búsqueda de la predictibilidad se verá eventualmente atraído hacia la explicación.

Aun cuando este tipo de predictibilidad constituye una característica de la ciencia explicativa, existe otro tipo de ella que es la meta de gran parte del esfuerzo descriptivo. La descripción de materiales relevantes ayuda al jurista práctico a juzgar sobre el probable resultado de las alternativas disponibles para su cliente. Incluso una simple proposición del derecho extranjero aplicable a un problema es, prácticamente, una predicción sobre cómo se comportarán los individuos y las instituciones bajo ciertas circunstancias. Buena parte del derecho extranjero y comparado es de esta clase.

¹⁵ Es necesario hacer notar que la expresión "sistema jurídico" se utiliza aquí en virtud de que no se nos ocurre ninguna otra más adecuada. Su empleo no significa la aceptación de alguna noción rigurosa de "sistema", ni tampoco implica opinión alguna sobre que el sistema jurídico sea "sistemático".

La dificultad está en decidir qué aspectos de tales sistemas jurídicos se han de comparar. Adelantar la discusión de este problema es útil para considerar los diversos aspectos o componentes de dichos sistemas, los cuales podrían abarcar: 1) La cultura jurídica (actitudes básicas sobre el derecho, la naturaleza de la obligación jurídica, la forma y el estilo propios de un sistema jurídico, etc.);¹⁶ 2) Las instituciones jurídicas (tribunales, legislaturas, órganos administrativos, escuelas de derecho, etc.); 3) Los papeles desempeñados por los protagonistas ("actores") dentro del sistema jurídico (juez, abogado, notario, partido, etc.); 4) Las formas de actividad jurídica (regulación privada, litigios civiles, educación jurídica, etc.); 5) Las normas jurídicas secundarias y 6) Las normas jurídicas primarias. En el sentido que las utiliza el profesor Hart,¹⁷ las "normas jurídicas primarias" se refieren a las disposiciones que crean, regulan, modifican o extinguen las relaciones jurídicas; un código civil típico europeo está generalmente integrado por este tipo de normas. Las normas secundarias son "normas sobre normas". Éstas regulan la forma en que las normas primarias han de ser creadas, interpretadas y aplicadas.¹⁸ Utilizando estas categorías,¹⁹ una investigación de la bibliografía demuestra que el grueso de la obra realizada por los juristas comparatistas considera que el sexto componente —las normas primarias— constituye el objeto básico de la comparación.²⁰ Aun cuando

¹⁶ Sobre la noción de cultura jurídica, ver: Friedman, "Legal Culture and Social Development", 4 *Law & Soc. Rev.* 29 (1969); "On Legal Development", 24 *Rutgers L. R.* 11 (1969); Merryman, *Some Problems of Greek Shoreland Development* 45 y ss. (1965).

¹⁷ Hart, *The Concept of Law*, pp. 77 y ss. (1961).

¹⁸ Cf. la distinción que hace Hart con la que entre "normas jurídicas" y "reglas sobre el derecho" establecen Lasswell y McDougal, "Criteria for a Theory about Law", 44 *So. Cal. L. Rev.* p. 362 (1971).

¹⁹ La lista de los seis componentes empleados en este artículo representa tan sólo una forma en que puede dividirse un sistema jurídico. No hay razón alguna para rechazar, de antemano, otros posibles criterios de distinción. Esto amplía el margen de elección de los materiales a comparar.

²⁰ Ver los trabajos citados *supra*, núm. 13, para el efecto de ilustrar esta proposición. Es característico el siguiente pasaje de la obra de Gutteridge, citada en la mencionada nota 13, a pág. 72, en el cual se resumen los problemas que surgen en la comparación: "¿En dónde habrá que buscar las normas de derecho extranjero relevantes? ¿Qué valor habrá de atribuirse respectivamente a la ley, a la costumbre, a la jurisprudencia y a la doctrina? ¿Qué medidas pueden adoptarse para garantizar que la bibliografía jurídica disponible esté actualizada y no se vuelva obsoleta o engañosa? ¿Hay algunos rasgos específicos de los derechos extranjeros en consideración que, de no ser conocidos por el jurista inglés, pudieran desorientarlo?"

Constituiría una verdadera exageración pensar que todo derecho comparado se halla vinculado al estudio de normas. La mayor parte del mismo lo está, pero hay importantes excepciones. Algunos ejemplos: Abel, "A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society", publicado en 8 *Law & Soc. J.* No. 2 (1974); Cappelletti, "Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation: Comparative Constitutional, International,

existen algunas divergencias entre los estudiosos, éstas se refieren al grado de conocimiento que ellos exigen sobre algunos o todos los demás componentes destacados a fin de mejorar la comprensión y el manejo de las normas primarias.²¹

No existe una aparente necesidad teórica de restringir la comparación a las normas primarias. El hábito de hacerlo así sólo es comprensible en función de la historia del derecho comparado. Esta historia ha estado dominada por la teoría jurídica europea, y, hasta hace muy poco tiempo, casi exclusivamente centrada en torno de ella.²² Pero si nos apartamos por un momento de esa historia y

and Social Trends", 25 *Stanf. L. Rev.* 651 (1973); Damaska, "Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study" 121 *U. of Pa. L. Rev.* 506 (1973); Dawson, *The Oracles of Law* (1968); Karst, "Rights in Land Housing in an Informal Legal System: The Barrios of Caracas", 19 *Am. J. Comp. L.* 550 (1971); Li, "The Public Security Bureau and Political Legal Work in Hui-Yang, 1952-64", publicado en *The City in Communist China* (ed. Lewis), 1971; la serie de estudios surgidos del Proyecto de Ley Agraria de Laura Nader; S. Nagel, "Culture Patterns and Judicial Systems", 16 *Vand. L. Rev.* 147 (1962); Rheinstein, *Marriage, Stability, Divorce, and the Law* (1972); Schwartz y Miller, "Legal Evolution and Societal Complexity", 70 *Am. J. Sociol.* 159 (1964); Trubek, "Toward a Social Theory of Law and Development", 82 *Yale L. J.* 1 (1972).

²¹ La obra de Hall, *Comparative Law and Social Theory* (1963), es un ejemplo interesante de esta tendencia a relacionar todo con un impulso básico a comparar lo que dicho autor llama "derecho positivo", al cual define como "la conducta social que se expresa en normas que entrañan valores, cuya violación, que acarrea la instauración de un procedimiento judicial, causa perjuicios que son y deben ser satisfechos mediante la imposición de sanciones". Lo anterior está formulado en términos cuasi-sociológicos, con cierto respeto al realismo y alguna referencia a los procedimientos (pero sólo al procedimiento judicial), aunque en el fondo Hall piensa todavía que las normas primarias constituyen el objeto propio de la comparación. Esto se confirma con la proposición formulada por el autor en la página 100 de la obra en consulta: "Puesto que la norma jurídica tiene una importancia central en la estructura social, ella proporciona la guía principal...; esto significa que la confianza en las normas jurídicas es fundamental..." Heldrich, "Socialwissenschaftliche Aspekte der Rechtsvergleichung", 34 *Rebels Zeitschrift* 427 (1970), constituye un ejemplo reciente de una tendencia similar a constreñir la utilidad de los conocimientos sociológicos por la vía de considerar que las normas jurídicas primarias son el centro de la comparación.

Quizás el ejemplo reciente más importante de comparación normativa se encuentre en la obra de Schlesinger (editor general), *Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems*, 2 vols. (1968). Este interesante estudio comparativo, realizado bajo la dirección del profesor Schlesinger por un distinguido equipo internacional de juristas, tiene como uno de sus objetivos principales la identificación y elucidación de los "principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas". (Véase especialmente el volumen primero, páginas 7-12).

²² Para una detallada descripción del pensamiento jurídico italiano, el cual encarna en una forma más o menos típica los rasgos característicos de la teoría jurídica europea, véase Merryman, "The Italian Style", 18 *Stanf. L. Rev.* 39, 396, 583 (1965-6); Cappelletti, Merryman y Perillo, *The Italian Legal System: An Introduction*, caps. V, VI

consideramos las alternativas abiertas al derecho comparado, es probable que nos pronunciemos en contra de un enfoque exclusivamente orientado a la comparación de normas. Esto es, desde luego, válido para los Estados Unidos, con sus fuertes tradiciones de realismo jurídico y de escepticismo acerca de la importancia de las normas, pero sólo resulta poco probable en aquellas naciones de derecho continental de filiación romanista (*civil law*) en las que importantes pensadores han estado buscando, recientemente, liberarse de las limitaciones de una gastada tradición del conocimiento jurídico.²³

La principal dificultad que ofrece la comparación de normas primarias es que ella ha enfatizado demasiado un solo aspecto de un complejo sector de la sociedad, a la vez que ha ignorado casi totalmente los otros aspectos. Esa dificultad puede ser corregida ampliando nuestra visión para incluir las otras partes del sistema jurídico —específicamente, las instituciones jurídicas, los agentes jurídicos, los procesos de formación jurídica, la cultura jurídica y las normas jurídicas secundarias— y reduciendo nuestra fascinación por las normas primarias a una proporción más razonable.

Consideremos, por ejemplo, la norma jurídica primaria bien conocida —el artículo 1382 del Código Civil francés— que establece que quien cause a otro un daño injustamente tiene la obligación de pagar al afectado una reparación. Ahora, supongamos que X causa injustificadamente un daño a Y; de esto no se sigue necesariamente, a pesar de lo dispuesto por el citado artículo 1382, que Y haya de recibir una reparación; puede ser que X niegue su responsabilidad con base en una serie de razones, que ambas partes no se pongan de acuerdo en el monto del daño, etc. En tal caso, alguna acción jurídica habrá de ejecutarse a fin de que se produzca el resultado social pertinente. El sistema jurídico deberá ser puesto en movimiento en este caso por Y, mediante el ejercicio de la acción correspondiente en contra de X ante el tribunal francés competente. En su oportunidad, si el sistema jurídico funciona adecuadamente, se producirá una resolución judicial que determine que X debe pagar a Y una cierta cantidad de dinero como reparación. Si X no paga espontáneamente dicha cantidad, Y puede demandar nuevamente ante el órgano competente que se le embarguen a X bienes suficientes a cubrir el monto del daño y que los mismos sean rematados a fin de que la sentencia sea cumplimentada. Asimismo, si el sistema en cuestión

y VII (1967). Para una descripción del pensamiento jurídico alemán desde un punto de vista similar, véase: Schmidt, "The German Abstract Approach to Law", 9 *Scandinavian Studies in Law* 133 (1965).

²³ El autor de este trabajo ha discutido en otra parte esta tradición, con mayor detalle, bajo el rubro "Ciencia jurídica continental". Véase Merryman, *The Civil Law Tradition*, cap. X y *passim*, así como los trabajos citados en la nota anterior; véase también Merryman (reseña bibliográfica de Cappelletti), *Giustizia e Società*, 21 *Am. J. Comp. L.* 339 (1973).

funciona como es debido (y si X tiene bienes dentro de la jurisdicción del tribunal del caso que puedan ser embargados y rematados con dicho propósito), Y deberá recibir el importe de la reparación del daño.

La norma jurídica primaria establecida en el artículo 1382 (aunque casi cualquier otro precepto del Código Civil francés podría servir también como ejemplo) depende, para su operancia, de la intervención de las partes en la disputa, de abogados, de jueces y del organismo judicial, de normas de procedimientos y de una inteligencia normal acerca de los diversos papeles que cada uno de estos elementos ha de desempeñar, de los diversos pasos procesales que han de darse y del sentido que ha de atribuirse a las palabras y a los actos, a fin de que se traduzcan en consecuencias muy concretas. No sería demasiado exagerado afirmar que la norma jurídica primaria es el aspecto menos importante del ejemplo que acabamos de analizar.

Una nueva e importante dificultad, con que tropieza la comparación de las normas jurídicas primarias radica en el hecho de que éstas contienen algunas ambigüedades latentes que revisten particular interés cuando la finalidad que se busca la comparación es explicar más que describir una situación. El problema radica en que una norma jurídica primaria —por ejemplo, la que establece a cargo de los productores una responsabilidad civil frente a los consumidores, con motivo de los daños causados a éstos por defectos en las mercancías— supone tres tipos diversos de decisiones. Primero, es necesario que se produzca una resolución de autoridad que determine que los consumidores afectados deberán ser compensados por los productores de mercancías defectuosas. Este tipo de decisión puede considerarse como la solución dada a una cuestión de carácter "político social" en el sentido de que la sociedad marchará mejor si los consumidores afectados son indemnizados por los productores. Una política semejante puede, aunque no necesariamente, estar dirigida al sistema jurídico: es decir, que el hecho de que los productores deban indemnizar a los consumidores afectados constituye una cuestión distinta a la de si ha de ser utilizado el sistema jurídico para motivar u obligar a aquéllos a cubrir dicha indemnización.²⁴ Esta última cuestión, que pudiéramos denominar "de política jurídico-so-

²⁴ Es importante que la sociedad tenga normas jurídicas adecuadas sobre obligaciones; adecuadas en el sentido de que estén dirigidas a controlar el comportamiento social indeseable y a estimular a los individuos a realizar conductas útiles a la sociedad. La determinación sobre qué clase de comportamientos ha de fomentar y cuáles prohibir constituye un problema muy complicado y a menudo controvertido. Pero, por fascinante que este tipo de discusión pueda resultar a los ciudadanos, es algo que no atañe propiamente a las cuestiones jurídicas. Son cuestiones sociales, económicas y políticas. La distinción es claramente ilustrada en la siguiente afirmación de un economista, hecha en una conferencia de juristas reunida para discutir el tema de la responsabilidad de los industriales por los daños causados a los usuarios de sus productos:

"En el presente caso me lamento de la incapacidad de los legos para comprender

cial", sería resuelta en sentido negativo si se creyera que el costo social derivado de emplear el sistema jurídico para alcanzar el resultado considerado conveniente excediera al beneficio social que se obtendría de adoptar esa medida. Los controles legales sobre las actividades comerciales o industriales son generalmente combatidas por los partidarios de la libertad de comercio con apoyo en tales argumentaciones.

La norma en estudio constituye también la solución a una tercera cuestión: ¿Cómo utilizar el sistema jurídico para obtener el resultado buscado? ¿Habrá que ejecutar a los productores que no paguen la indemnización ante un pelotón de fusilamiento tras de ser enjuiciados y condenados? ¿Habrá que concederles una deducción o una exención en sus impuestos, por concepto de pago de indemnizaciones a los consumidores? O bien, como es el caso de la norma que estamos analizando, ¿habrá de utilizarse el aparato judicial civil existente para sustanciar y decidir los juicios entablados con motivo del ejercicio de las acciones por daños? Tales cuestiones, relativas a la forma en que habrá de utilizarse el sistema jurídico, pueden denominarse cuestiones de "política jurídica", y su solución debiera basarse idealmente sobre razonamientos acerca de las relativas ventajas de cada una de las alternativas legales disponibles. Gran parte de la

realmente lo que son las cuestiones jurídicas. Entiendo que éstas se refieren a la responsabilidad de las empresas que elaboran las mercancías y hacen posible que éstas lleguen a manos de los usuarios... Creo que no ha sido expedida ninguna nueva ley sobre la materia sino que los tribunales han estado decidiendo los casos en los años recientes en una forma en que no lo habían hecho con anterioridad, de tal manera que el derecho ha venido transformándose y los tribunales lo están cambiando. Ahora puedo ver con toda claridad que hay aquí una importante cuestión social. A veces los individuos sufren pérdidas o daños como consecuencia del funcionamiento de objetos que han comprado. Y a menudo resulta un asunto de profunda significación humana decidir quién y en qué medida debe soportar el gravamen en tales casos, así como la elaboración de una política que funde esas decisiones.

Considero que este es un problema social más que jurídico, en virtud de que afecta a las relaciones sociales, aun cuando la solución a este problema pueda encontrarse en la ley. Hay aquí una cuestión o problema económico relacionado con aquel problema social y se trata del comportamiento económico implicado en las diferentes soluciones posibles al citado problema social. El profesor McKean insiste, y tiene razón, en que la solución al problema económico se refleja en la solución al problema social, porque debemos ciertamente tratar de resolver éste de la mejor manera posible, es decir, en una forma tal que todas las consecuencias, sobre todo las económicas, sean lo más favorables posibles. Esto me aclara bastante sobre cómo entra el economista en el escenario y cuáles son las cuestiones sociales y económicas implicadas. Pero lo que no logro percibir del todo es en dónde radica el problema jurídico."

Dorfman, "The Economics of Products Liability: A Reaction to McKean", 38 *U. Chi. L. Rev.* 92, 93 (1970).

discusión existente sobre los métodos jurídicos idóneos para reglamentar la indemnización por accidentes automovilísticos es de esta clase.

Parece bien claro que el valor de las normas jurídicas primarias con propósitos iuscomparatistas explicativos debiera descansar en sus aspectos de política jurídica y sociojurídica. Pero la fascinación que ejerce el aspecto político social es tan grande que la atención parece estar irresistiblemente polarizada por él, de tal manera que las cuestiones jurídicas y socio-jurídicas ni siquiera se plantean. El fenómeno puede ser claramente observado en casi cualquier debate legislativo contemporáneo. La discusión no es acerca de si tiene sentido utilizar el sistema jurídico o emplearlo en determinada forma, sino sobre qué punto de vista de política social ha de prevalecer. La mayor parte de las normas jurídicas primarias —particularmente, aunque no en forma exclusiva, las de origen legislativo— han sido adoptadas sin atender de modo importante a sus implicaciones político-jurídicas y socio-jurídicas. En consecuencia, la comparación de las normas primarias podrá enseñarnos algo sobre políticas sociales a adoptar, pero poco podemos esperar de ella en cuanto a información sobre los sistemas jurídicos.

Una dificultad adicional que ofrece la comparación a nivel de las normas primarias, es que una política social no siempre es incorporada al sistema jurídico a través de la adopción formal de las normas jurídicas primarias. Por el contrario, la necesidad social muchas veces resulta más eficazmente expresada en los intersticios de las formas jurídicas institucionales, en la manera en que los sujetos del derecho realmente perciben y desempeñan sus papeles sociales, y en la forma en que de hecho las instituciones son enfocadas y puestas en práctica. Sería exagerar la importancia de las normas jurídicas primarias el hecho de suponer que ellas constituyen algo más que una parte de la totalidad de la política social que el sistema jurídico está llamado a poner en práctica —o bien, pensar que efectivamente tales normas reflejan la política social sobre los problemas que pretenden regular.

Así pues, la comparación de las normas primarias tiene escaso valor explicativo. Tales normas no son más que un aspecto del sistema jurídico; su adopción ocurre generalmente sin poner una atención consciente en sus implicaciones político-jurídicas y socio-jurídicas; la política social se manifiesta frecuentemente en el sistema jurídico por otras vías. No es de sorprender que países que son social, política y económicamente bien diferentes entre sí puedan tener cuerpos de normas primarias prácticamente idénticos (compárense, por ejemplo, los códigos civil y penal de Etiopía con los de Francia y Suiza).²⁵ Existen, en consecuencia,

²⁵ El Código Civil etíope fue redactado por el profesor René David, de Francia, y el Código Penal por el profesor suizo Philippe Graven. Para la discusión sobre los orígenes de estos códigos, véase David, "A Civil Code for Ethiopia", 37 *Tulane L. Rev.* 187 (1963).

pocas razones para creer que pueda aprenderse mucho sobre el derecho y la sociedad a partir de una mera comparación de normas jurídicas primarias.

Puesto que las normas jurídicas primarias tienen un valor explicativo mínimo, en materia de derecho comparado, se hace necesario volver la vista a otro lado, dirigiéndola hacia otros aspectos del sistema jurídico. El enfoque adoptado en este trabajo considera la cultura jurídica, las normas jurídicas secundarias, las instituciones jurídicas, los sujetos del derecho y las formas de vida jurídicas como el objeto mismo de la comparación. Para mayor claridad y facilidad de la explicación, todos ellos son tomados conjuntamente como integrado lo que puede llamarse "el sistema jurídico", el cual es por tanto algo aparte y que no incluye las normas jurídicas primarias. Éstas son consideradas como una de las formas en que las necesidades sociales son incorporadas al sistema jurídico. Es así como el sistema jurídico se convierte en un mecanismo social —la "máquina del derecho"— que, en reacción a una exigencia social, produce una respuesta jurídica. Dicho mecanismo está integrado por instituciones jurídicas, sujetos de derecho y formas de vida jurídicas, y tanto su estructuración interna como su funcionamiento están controlados por la cultura jurídica y por las normas jurídicas secundarias.

Resultaría artificial y engañoso insistir en una distinción rigurosa y absoluta entre las normas jurídicas primarias y el sistema jurídico. Las primeras suponen la existencia del sistema jurídico y a menudo son producidas por éste. Buena parte del funcionamiento del sistema se relaciona con la observancia, interpretación y aplicación de las normas jurídicas primarias. Un sistema jurídico que no tuviera normas qué aplicar, o unas normas jurídicas primarias que no pertenecieran a un sistema jurídico que las aplicara, serían separadamente nociones imperfectas. En toda sociedad es posible deducir algo acerca del sistema jurídico a partir de un análisis de las normas primarias y *viceversa*.

Sin embargo, es importante reconocer que lo que tiene de "jurídica" una norma primaria es que ella presupone, o evoca, lo que en este estudio hemos llamado el sistema jurídico, que es el que realiza la obra jurídica para la sociedad, el que consume los recursos, el que determina cómo y en qué medida la disposición contenida en la norma jurídica primaria será traducida en consecuencias o hechos sociales. La norma jurídica primaria consiste básicamente en la formulación de un resultado social deseable. El sistema jurídico es el mecanismo para alcanzar ese resultado. Cuando estudiamos las normas jurídicas primarias, lo que estamos estudiando es lo que la sociedad reclama o necesita. Claro que el mero planteamiento de una exigencia ya afecta, en alguna medida, al comportamiento social (aun cuando sepamos muy poco acerca de la naturaleza e intensidad de ese efecto); pero si estamos interesados en saber algo sobre el derecho y la sociedad, tendremos que dirigir nuestra atención a lo que hemos llamado en este trabajo el sistema jurídico. Lo cierto es que no llegaremos muy lejos en ese

propósito de conocer a través de un mero estudio de las normas primarias del derecho.

El sistema jurídico no es más que un elemento constitutivo (un subsistema) de un sistema social. Si los sistemas sociales diferentes se distinguen efectivamente en aspectos importantes, resulta razonable suponer que tienen que existir diferencias correlativas entre sus subsistemas jurídicos. Hay pruebas empíricas muy amplias de que las sociedades difieren entre sí. Si un determinado sistema social cambia considerablemente con el transcurso del tiempo, hemos de esperar que algún cambio correlativo se habrá de operar en su sistema jurídico. La mayoría, si no es que la totalidad, de los sistemas sociales, cambian en forma sensible con el tiempo. En consecuencia, no es de sorprender que los sistemas jurídicos de los países *A* y *B* (o de un determinado país en diferentes épocas) sean diferentes. Por el contrario, lo asombroso sería que no ocurriera así. De manera que es válido suponer que sociedades diferentes entre sí tengan sistemas jurídicos de muy distintas proporciones, características y configuraciones internas, así como que tales diferencias estén funcionalmente relacionadas con las diferencias existentes entre sus sistemas sociales. La observación y explicación de tales relaciones constituye un campo importante de la actividad académica.

El método. La explicación implica necesariamente la comparación.²⁶ Esto se desprende de la imposibilidad de extraer generalizaciones válidas a partir de un solo caso; no existe una base empírica para elegir una de las posibles explicaciones de ese caso sobre algún otro. Así como para trazar una línea se necesitan cuando menos dos puntos, así también se requiere de dos casos para formar la base empírica de una generalización. La comparación de casos reduce el universo aceptable de explicaciones mediante la eliminación de aquellos que no explican nada sobre cada uno de los casos. Tal comparación sólo es posible si los casos son comparables y los resultados susceptibles de interpretación.²⁷ Aun observándose estas reglas, no necesariamente se ha de obtener una explicación válida.²⁸ "No existe un procedimiento automático que garantice a cualquier profano la obtención de inferencias correctas tan sólo con acatar las reglas del razonamiento".²⁹

²⁶ "Toda investigación explicativa generalizadora supone algo de comparación, y casi todo diseño de investigación conocido en sociología es, por tanto, comparativo, sea experimental, de encuesta o marco-sociológico". Zelditch, 271.

²⁷ Zelditch discute la comparabilidad en las páginas 273-288 y la interpretabilidad en las páginas 289-305. La comparabilidad requiere que haya una variable común a cada caso y que esa variable tenga el mismo sentido para cada uno. La interpretabilidad implica, a su vez, una "regla de acuerdo", "una regla de diferencia" y una "regla de una variable". Éstas, y otras reglas subsidiarias relativas, son plenamente explicadas por Zelditch y no necesitan aquí de una mayor discusión.

²⁸ Las razones son explicadas por Zelditch, en las páginas 300-305 de su obra.

²⁹ *Id.*, p. 269.

Una descripción de los tribunales italianos constituye un conjunto de observaciones empíricas acerca de un sistema jurídico extranjero. Si a esta descripción se "suman y yuxtaponen"³⁰ otras descripciones similares relativas a los tribunales de Alemania y de Costa Rica, la comparación ya se hace posible. Y esta se cumplirá si se eligen una o más variables y cada una de las descripciones es examinada a la luz de aquéllas. Supongamos, por ejemplo, que se elige la variable relativa a la existencia o falta de un tribunal constitucional; en tal caso, observamos que:

6 "Italia y Alemania tienen Cortes constitucionales, pero Costa Rica no".

Esta es una proposición comparativa, pero por sí misma nos dice muy poco. No es ni general ni explicativa. No nos enseña nada sobre el por qué de la similitud y diferencia en dicho respecto entre estos países, ni nos sugiere nada sobre la importancia que una y otra pudieran tener.

A fin de avanzar desde la limitada comparación empírica expresada en la proposición 6 hasta una explicación, se hace necesario, en primer término, relacionar la existencia o carencia de Cortes constitucionales con una o más de las otras variables. Hay toda una serie de posibilidades obvias. Es así que podemos suponer que existen Cortes constitucionales en (es decir, están correlacionadas con) algunos o en todos los siguientes tipos de países: *a*) en los países ricos, *b*) en los países de gran extensión, *c*) en los países que anteriormente fueron fascistas, *d*) en los países que fueron enemigos de los Estados Unidos y de sus aliados durante la Segunda Guerra Mundial, *e*) en los países de habla española, *f*) en los países que tienen una forma de gobierno ministerial, etc. Cada una de estas correlaciones posibles puede resultar confirmada o rechazada por la observación empírica posterior. En el caso a estudio no sería insensato, para establecer una correlación de este tipo, señalar que:

7. "Sólo en países con formas de gobierno ministerial existen Cortes constitucionales".

Y aquí podríamos preguntarnos dos cuestiones básicas: ¿Y eso qué? y ¿por qué? La pregunta "¿y eso qué?" puede reformularse como sigue: ¿Tiene algún interés esta correlación? La respuesta dependerá en gran parte, a su vez,

³⁰ Schlesinger, *op. cit.*, *supra*, nota 21, vol. I, p. 2:

"La diferencia entre yuxtaposición y verdadera comparación es crucial para todos aquellos que estudian los fenómenos jurídicos observados en más de un sistema jurídico. Cuando un estudio es dirigido al estilo, a las fuentes, a los métodos o, en términos generales, al enfoque de diversos sistemas jurídicos, las similitudes y diferencias son a menudo tan obvias para el ojo bien entrenado, que la mera yuxtaposición se convierte en una comparación implícita; en realidad, la mera descripción de un enfoque extranjero puede a veces implicar una comparación con ciertos elementos del propio sistema jurídico del lector. Pero... aun después de que las soluciones ofrecidas por los diversos sistemas sean nítidamente yuxtapuestas, su comparación requiere todavía de un paso adicional."

del investigador. Existen tal vez entusiastas para quienes todas las correlaciones resultan interesantes, porque, de ser llevadas a sus últimas consecuencias, aumentan el conocimiento. La mayoría de nosotros, sin embargo, haríamos las siguientes distinciones: Una observación parecerá susceptible de sustentar una hipótesis socorrida, o garantizará una vía para salir de un callejón sin salida, u ofrecerá la oportunidad de poner a prueba un método refinado de investigación, o bien, simplemente "parecerá interesante". La explicación es la meta, pero no hay reglas para decidir qué observaciones hacer, qué tipo de relaciones buscar, qué vías potenciales de explicación seguir. A todos los niveles prevalecen el gusto y la imaginación.

Si la proposición 7 nos parece lo suficientemente interesante, entonces la búsqueda de la explicación puede continuar. Esta es la tentativa de responder a la pregunta sobre el "por qué". Para encontrar los criterios de explicación arriba expuestos, se hace necesario que la explicación sea general y que exprese una relación entre dos o más variables. Las "explicaciones" que destacan la singularidad o individualidad de los casos no constituyen por tanto el propósito; tales explicaciones proporcionan medios útiles para la comprobación y esclarecimiento de las explicaciones generales, pero si se trata de sacar de ellas una conclusión lógica, rechazan toda posibilidad de generalización. La creencia³¹ en la

³¹ "Creencia" es el término adecuado:

"... El paradigma historicista se compone, entre otras cosas, de holismo, de particularismo y de subjetivismo todo lo cual lleva a la conclusión de que la comparación no es posible, las leyes no son posibles y el conocimiento general del comportamiento humano resulta igualmente imposible. Por tanto, toda investigación tiene carácter histórico: su propósito es apreciar y comprender cada tradición histórica en sí misma y en sus propios términos. Aquí termina la investigación y, en efecto, los historiadores no admiten la posibilidad de ir más allá. No hay el deseo de generalizar y la abstracción constituye *ipso facto* una violación a los fines y propósitos de la investigación.

"Lo que la auto-contradicción revela en el holismo es, por tanto, no una falacia lógica sino un choque entre paradigmas. Y los choques de paradigmas no se resuelven con una apelación a los hechos ni a la razón. Ninguna apelación a los hechos es posible porque los paradigmas contemplan la relevancia de aquéllos de modo diferente, así como la importancia de los hechos que son relevantes. Ninguna apelación a la razón se hace tampoco posible en virtud de que los propósitos y los principios de que parten los paradigmas son diferentes. Y ningún razonamiento es posible si no existe un acuerdo desde el principio sobre presupuestos comunes. Cuando los paradigmas entran en conflicto, la consecuencia normal es una lucha en la que se genera mucho calor pero muy poca luz.

"No existe la posibilidad de refutar al historicismo en sus propios fundamentos. Todo lo que puede hacerse es demostrar que *si* se acepta como meta de la ciencia social la explicación de los hechos, entonces se vuelve necesaria la generalización. Y *si* se acepta la generalización como meta de la investigación, entonces aquélla ha de ser abstracta. Por tanto, *si* nos sometemos a un paradigma científico social de

posibilidad de una generalización explicativa constituye un prerequisite indispensable del tipo de comparación jurídica que en este trabajo se propugna.

Una vez iniciado el proceso de la explicación, se hacen necesarias nuevas observaciones empíricas. En efecto, la mayor parte de la investigación empírica es de este tipo: una idea interesante que surge en alguna forma y, luego opera la investigación en un esfuerzo por comprobarla, desarrollarla y aclararla. Los resultados son interpretados, una mayor investigación se hace necesaria y así continúa el proceso, hasta que se logra el nivel de explicación buscado, o hasta que las fuentes del investigador se agotan, o bien el interés en la investigación expira. La simbiosis entre los datos y la intelección, en el proceso de aclaración, es sutil y complejo, y el proceso es potencialmente interminable, puesto que cada explicación plantea nuevas cuestiones. La calidad de una explicación sólo parcialmente depende de la diligencia en la recolección de los datos; también constituye una función de la inteligencia y de la capacidad de discernimiento del investigador o intérprete de esos datos.

El método así descrito es el normalmente utilizado en las ciencias sociales. Este es compatible con la meta de la generalización explicativa y con los sistemas jurídicos, tal como los hemos definido aquí, esto es, como objeto de la comparación. Tomados en conjunto, esos sistemas suministran el fundamento de un enfoque coherente del derecho comparado que puede distinguirse de la mayoría de los trabajos realizados por los juristas comparatistas. Antes de describir más a fondo la naturaleza de este enfoque, sería útil delinear una tradición iuscomparatista que tiene una finalidad, un objeto y un método bien distintos.

La ciencia jurídica dogmática. Este enfoque podría llamarse "ciencia jurídica dogmática". Su finalidad es la descripción y la generalización. El objeto a comparar lo son las normas jurídicas —principalmente las normas primarias. El método de comparación constituye una abstracción lógica. La ciencia jurídica dogmática tiene una larga y honrosa historia. Al describir la obra de la ciencia jurídica, desde los Glosadores en adelante, Sohm nos dice: "Los estudios de estos hombres estuvieron dedicados no solamente a la investigación de las prescripciones positivas del Derecho romano, sino también, en un grado considerable, a la elaboración de aquellas concepciones generales mediante las cuales podemos entender no sólo el Derecho romano sino cualquier otro sistema jurídico. De la labor intelectual realizada durante varios siglos por los juristas sobre el derecho de las Pandectas, la jurisprudencia ha extraído una abundante colección de concepciones jurídicas que tienen un intrínseco valor científico. . . , independientemente de la forma particular que el derecho vigente pue-

generalización explicativa, *entonces* tendremos que rechazar por falso cualquier modelo de holismo."

da adoptar".³² Ideas similares respaldan buena parte de la ciencia jurídica europea del siglo XIX, en el que las necesidades del movimiento de codificación se combinaron con el prestigio de la ciencia y la excelencia de las tradiciones intelectuales y académicas alemanas para producir un enorme bagaje de ciencia normal dentro del modelo (*paradigm*) predominante. Una vasta crítica³³ ha debilitado desde entonces la influencia de la ciencia jurídica dogmática sobre la investigación jurídica europea, pero ninguna revolución científica ha ocurrido todavía en virtud de que ningún otro paradigma o modelo de pensamiento alternativo ha logrado captar la imaginación y la adhesión de la comunidad de los estudiosos del derecho.

La ciencia jurídica dogmática ha seguido (o conducido) a la influencia jurídica europea Latinoamérica, Europa oriental y partes de Asia y Africa, y se ha convertido en la nota típica del derecho continental de tradición romanista (*civil law*). En el mundo del *common law*, sin embargo, dicha corriente de pensamiento jurídico nunca ha logrado consolidar una posición fuerte. Incluso en el siglo XIX el interés por la codificación en Inglaterra y Norteamérica fue esporádico, y las tradiciones intelectuales y académicas fueron impermeables a la teoría jurídica. La educación jurídica era profesional y pragmática, y lo que se tenía por investigación jurídica adoptó una tónica similar. A pesar de eso, hubieron ciertas tendencias inequívocas a seguir el ejemplo europeo. Un caso evidente lo constituye la escuela analítica de jurisprudencia de los ingleses, surgida en la forma establecida por Austin tras de realizar sus estudios en Alemania. El mismo tipo de pensamiento abonó en parte la defensa del método de casos hecha por Langdell en Harvard. Más recientemente, los grandes tratados jurídicos norteamericanos y el *Restatement of the Law* incorporaron algunas de las mismas actitudes y presupuestos, aunque empleándolos en una forma mucho menos sistemática y rigurosa que en Europa. Puede ser que el *Restatement* haya marcado el punto más elevado de la influencia alcanzada por estas concepciones en los Estados Unidos, y, en general, la reacción de los realistas jurídicos al *Restatement* debe considerarse dirigida más bien contra tales concepciones que contra su aplicación en la obra misma. Aun cuando es cierto que Europa tuvo un modelo (*paradigm*) de investigación jurídica, éste fracasó en el mundo del *common law*, y ninguna otra alternativa académica ha prevalecido jamás. Como estudiosos del derecho, nos hallamos todavía en la era pre-paradigmática. Es a esto a lo que juristas del sistema de derecho continental se refieren cuando se quejan de que nuestro derecho no es científico.

³² Sohm, *The Institutes* 10 (traducción de Ledlie, 3ª ed., 1907) (citada en lo sucesivo por "Sohm").

³³ Uno de los críticos más famosos fue el jurista francés Gényn. Ver su obra *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif* (2ª ed., traducción al inglés, 1954), sobre todo pp. 83 y ss. Ver también los trabajos citados *supra*, nota 22.

La naturaleza de la ciencia jurídica dogmática ha sido bien definida por Sohm, de la siguiente manera: "... El derecho, surgido de la costumbre o de la ley, no es más que ... la materia prima, y nunca deja de ser imperfecto e incompleto. ... La función de la jurisprudencia es convertir el derecho imperfecto e incompleto que recibe de las manos de la costumbre y de la ley en un derecho que sea completo y libre de omisiones ... El cumplimiento de esta tarea reclama una doble actividad: las normas jurídicas deben primero ser descubiertas, y, una vez descubiertas, deben ser elaboradas y desarrolladas."³⁴ Se nos ha dicho que las normas jurídicas son determinadas mediante la "interpretación", un procedimiento que el autor describe brevemente,³⁵ como sigue:

"Una vez descubierta la regla de derecho, la jurisprudencia debe proceder inmediatamente a elaborar su contenido. Una norma jurídica puede ser interpretada desarrollando las consecuencias que lleva implícitas, o bien desenvolviendo los principios más amplios que son su presupuesto. Porque una norma de derecho puede llevar implícita una serie de normas jurídicas más específicas; puede constituir una premisa mayor que contenga una serie de premisas menores. O, por otra parte, la misma norma jurídica dada puede ser una consecuencia de normas más generales; puede constituir una premisa menor que presuponga algunas premisas mayores. El más importante de estos dos modos de proceder es el segundo, es decir, el método por el cual a partir de determinadas normas jurídicas descubrimos las premisas mayores que son su presupuesto. Porque al encontrar tales premisas mayores veremos que ellas encierran, como consecuencia lógica, una serie de diversas normas jurídicas no directamente contenidas en las fuentes de las que hemos obtenido nuestra primera norma. El derecho resulta así enriquecido, y enriquecido a través de un método puramente científico..."

"El procedimiento científico por el cual son descubiertos los principios no contenidos inmediatamente en las fuentes del derecho, puede ser comparado a los métodos analíticos de la química. Es en este sentido que Ihering ha hablado de una 'química jurídica'. La jurisprudencia analiza una relación jurídica que está regulada en sus elementos por una norma jurídica. Ella descubre que dentro del volumen total de las relaciones jurídicas que están surgiendo todos los días—inagotables y al parecer infinitas—existen ciertos elementos, comparativamente pocos en número, que están incesantemente reapareciendo sólo que en diferentes combinaciones..."

"Estos son, pues, los métodos a través de los cuales la jurisprudencia logra un conocimiento pleno de los materiales jurídicos, y, al colmar las lagunas que allí encuentra, moldean el todo en una unidad integral. El descubrimiento de los elementos recurrentes de cada relación jurídica lleva al descubrimiento de normas jurídicas que satisfacen los requisitos precisos de cada relación jurídica..."

³⁴ Sohm, p. 28.

³⁵ Sohm, pp. 28-30.

“La jurisprudencia cumple su función práctica efectuando un incremento material de nuestras normas jurídicas, revelando, por así decirlo, el *contenido* verdadero del derecho. Realiza su ideal, su función puramente científica —lo que pudiera llamarse su función artística—, por medio de la *forma* en que presenta estas normas jurídicas. Porque, así como ante la abundancia de materiales estamos dispuestos a buscar la concepción unificadora que se halla a la base de la totalidad, así también, ante la abundancia de normas jurídicas, instintivamente tratamos de encontrar la idea que las abarca a todas. Constituye la tarea ideal de la jurisprudencia satisfacer esta aspiración a la unidad que existe en la mente del hombre...”

“Toda concepción, una vez lograda, nos impulsa a remontarnos a otras más elevadas, y es así como el instinto ideal de la ciencia del derecho engendra la apetencia por un *sistema* jurídico, es decir, por una forma de representación en la que el cuerpo entero del derecho se presente ante nosotros como la evolución espontánea de una sola concepción, es decir, la concepción del *Derecho*: una vez logrado esto, el asunto caerá en el olvido y dará paso a la Idea triunfal.”³⁶

El fin buscado es, por lo tanto, una teoría *general* del derecho, o *allgemeine Rechtslehre*, integrada por principios jurídicos *generales* derivados de normas jurídicas específicas y dispuestas conjuntamente en una forma sistemática. Tales principios *generales* son válidos para el cuerpo de leyes del que se han derivado, de tal manera que podemos hablar de principios *generales* del derecho alemán o del derecho italiano. De aquí a la noción de que pueden derivarse principios más generalmente válidos de un examen y comparación de varios conjuntos de leyes, que conduzcan a una “teoría *general* del derecho” aún más general, no hay más que un breve paso. Esta es la meta del Derecho comparado según la ciencia jurídica dogmática. Ella constituye también la base de la referencia a “los principios *generales* del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” (el subrayado es nuestro) que se hace en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.³⁷ Uno de los propósitos del estudio sobre el “núcleo común de los sistemas jurídicos”, acometido por el profesor Schlesinger y sus colegas, es precisamente identificar y elucidar tales principios generales.³⁸

Caos y error. La gran aportación hecha por la ciencia jurídica dogmática consistió en haber suministrado un esquema aceptable —paradigma— de lo que debe ser la labor del investigador del derecho: proponiendo como finali-

³⁶ Sohm, pp. 30-33. Para una discusión más sofisticada, aunque menos entusiasta de la ciencia jurídica dogmática, véase Bobbio, *Teoria della scienza giuridica* (1950).

³⁷ Art. 38, 1. c.

³⁸ Este estudio está reseñado extensamente, con una exposición en detalle de su aplicación al derecho de formación de los contratos, en Schlesinger, *op. cit.*, nota 21.

dad buscada, la determinación de un cuerpo coherente de principios generales del derecho; como objeto a estudiar, las normas primarias del derecho; y, como método a seguir, la abstracción lógica a partir de esas normas primarias.³⁹ Sin embargo, un análisis de la literatura iuscomparatista nos permite comprobar que el enfoque de la ciencia jurídica dogmática está hoy en día considerablemente desacreditado, en Europa y en todo el mundo de derecho continental de tradición romanista (*civil law*). La vitalidad que aún conserva emana principalmente de las referencias que en unos cuantos sistemas u ordenamientos jurídicos nacionales y en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se hace a los "principios generales del derecho".⁴⁰ Pero dicha corriente de pensamiento jurídico ya no capta el interés ni la adhesión de los estudiosos del derecho, sobre todo de los jóvenes. La investigación sobre el derecho extranjero y en materia de comparación descriptiva e ilustrativa continúa, pero el interés en el derecho comparado como vía para la construcción de la ciencia jurídica ha declinado notablemente desde fines del siglo pasado. Entre los estudiosos del mundo del *common law* la ciencia jurídica dogmática nunca obtuvo la adhesión que alcanzó en Europa. Empresas tales como la acometida por el profesor Schlesinger y sus colegas sobre el nudo común de los sistemas jurídicos, son sumamente raras.⁴¹ En el mejor de los casos, el paradigma de la ciencia jurídica dogmática ha dejado un buen número de estudiosos del derecho comparado sin una idea sobre la naturaleza de la ciencia iuscomparatista a la cual pudieran adherirse con entusiasmo y confianza. En tal situación, allí donde el paradigma entra "en crisis" (como en el mundo del derecho continental de raíz romanista o *civil law*) o bien, en donde no hay paradigma (como en el mundo del *common law*), se entroniza la confusión científica.

La situación es descrita por Kuhn con ejemplos históricos.⁴² Sin un ba-

³⁹ La ciencia jurídica dogmática tiene también otros méritos:

"El orden así impuesto sobre el sistema jurídico por la ciencia jurídica constituye un gran logro sistemático. Los juristas del derecho continental de filiación romanista (*civil lawyers*) están justificadamente orgullosos de su estructura y metodología jurídicas, así como de la muy legítima contribución hecha por ésta a la indudable, metódica y eficaz declaración, elaboración y administración del derecho. Cada etapa del proceso jurídico se ha beneficiado de esta jurisprudencia sistemática y la falta de algo equivalente a ella en el mundo del *common law* constituye una de las razones por las que los mencionados juristas continentales consideran a aquél como un sistema imperfecto y subdesarrollado."

Merryman, *The Civil Law Tradition* 68 (1969).

⁴⁰ Por ejemplo, en Italia, "Disposiciones jurídicas generales", Art. 12 (2).

⁴¹ A pesar de la alta calidad del estudio y del aplauso que ha recibido de algunos reseñadores, parece haber poca disposición a extenderlo a otros tópicos, tanto dentro del grupo del profesor Schlesinger y sus colaboradores como entre otros iuscomparatistas.

⁴² Kuhn, *op. cit.*, cap. II.

gaje coherente de ideas, conscientemente establecidas o simplemente admitidas, sobre la naturaleza y fines de la propia actividad científica, no hay nada que pueda orientar a esa actividad. Cuando los diversos estudiosos siguen distintos caminos que llevan a diferentes metas, la situación se parece a aquella que prevalecía en la ciencia de la Óptica anterior a Newton: "... Cualquiera que analice una investigación realizada en el campo de la óptica física antes de Newton, podrá concluir fácilmente que, aun cuando los investigadores prácticos fueran científicos, el resultado neto de su actividad era cualquier cosa menos ciencia."⁴³ La razón de esto era, y continúa siendo, que: "Cuando falta un paradigma o un proyecto de paradigma, todos los hechos que eventualmente pudieran tener algún interés para el desarrollo de una determinada ciencia, resultan ser, en principio, igualmente relevantes."⁴⁴

Así que, la situación que prevalece en una etapa pre-paradigmática puede llamarse "caótica". Cuando no hay una ortodoxia científica, predominante, todos los enfoques son igualmente válidos, así como igualmente dignos de respeto los datos y su teorización resultantes; pero como tales enfoques parten de diferentes puntos de vista y proceden en distintas direcciones, que conducen a diversas metas, no hay posibilidad alguna de que se produzca el acuerdo entre ellos, por lo que el proceso de la investigación resulta entonces, prácticamente, un tanto al azar. La adopción de un paradigma (modelo) por la comunidad de estudiosos, transforma ese proceso. La actividad científica se convierte, en tal caso, en un quehacer dirigido, el saber se vuelve acumulativo y el progreso resulta manifiesto.⁴⁵

La adopción del paradigma implica necesariamente una elección, puesto que otras alternativas son desechadas a fin de ser congruente con las exigencias científicas. Al abandonarse las otras alternativas y concentrarse en el propósito científico se tiene que renunciar a ciertas cosas, entre ellas a todas las posibilidades que ofrecería la adopción de algún otro paradigma. El paradigma elegido puede conducir a conclusiones que eventualmente deban ser rechazadas —podría conducir, en otras palabras, al error. Pudiera ser que las alternativas desechadas condujeran a mejores resultados. Así que la elección de un paradigma es, hasta cierto punto, una elección del error sobre el caos. En este respecto resulta alentador el siguiente aforismo de Francisco Bacon: "Es más fácil que la verdad surja del error que del caos".⁴⁶

El enfoque explicativo. El enfoque aquí propuesto representa una tentativa de referir el error a la confusión. Resta por ver si tal enfoque puede pro-

⁴³ *Id.*, p. 15.

⁴⁴ *Id.*, cap. III.

⁴⁵ *Id.*, cap. III.

⁴⁶ Bacon, *Novum Organum, VIII Works* (Spedding, Ellis & Heath, editores).

ducir resultados que eventualmente lleguen a captar el interés de algún grupo de estudiosos del derecho comparado. En ciertos aspectos parece que algunos investigadores ya lo siguen, particularmente algunos científicos de la sociedad interesados en el derecho, aunque sólo unos cuantos comparatistas hayan tomado esa línea. Dentro del contexto más amplio de la ciencia jurídica, no limitada al derecho comparado, el enfoque explicativo está íntimamente relacionado con un volumen más sustancial de trabajos que el profesor Cavers ha llamado la "investigación no tradicional".⁴⁷ Es concebible, sin embargo, que estos diversos intereses pudieran unirse para integrar una importante "escuela" de derecho comparado.

Como su nombre lo indica, el enfoque explicativo tiene como meta la "explicación" —entendiendo por tal la generalización explicativa basada en la observación empírica. El objeto o materia de la comparación lo son los "sistemas jurídicos" considerados como una totalidad —entendiendo por tales el complejo de las instituciones jurídicas, los sujetos y los procesos en el contexto de la cultura jurídica y las normas jurídicas secundarias, pero sin excluir las normas jurídicas primarias. El método que se propone es, en términos generales, el método de las ciencias sociales. El supuesto fundamental es el de que el sistema jurídico constituye parte integrante de la sociedad y que el cambio social producirá a menudo, si no es que siempre, un cambio correspondiente en el sistema jurídico.⁴⁸ El propósito inmediato del derecho comparado es describir y explicar las correlaciones interesantes que se dan entre ciertos tipos de cambio social y ciertas formas de cambio jurídico.

Dentro de los límites impuestos por este grupo de ideas relativamente sencillas hay lugar para una amplia gama de actividades de investigación. El plan que hemos adoptado en el SLADE (siglas relativas a una empresa de

⁴⁷ Cavers, " 'Non-Traditional' Research by Law Teachers: Returns from the Questionnaire of the Council on Law-Related Studies", 24 *J. Leg. Ed.* 534 (1972). Véase también Rehinder, "The Development and Present State of Fact Research in Law in the United States", 24 *J. Leg. Ed.* 567, y los trabajos citados en el mismo; Treves, *Giustizia e giudici nella società italiana* (1972); Legros (editor) *Sociologie de droit et de la justice* (1970). Cf. Riegert, "The Max Planck Association's Institutes for Research and Advanced Training in Foreign Law", 25 *J. Leg. Ed.* 312, 323 y ss. (1973).

⁴⁸ Gran parte de la ciencia jurídica ve la causalidad funcionando al revés; se supone que los cambios jurídicos originan cambios sociales. De ahí expresiones tales como "el cambio social a través del derecho" o "la ingeniería social por medio del derecho". Desde luego que debemos suponer que el sistema jurídico ejerce alguna influencia sobre el comportamiento social (aun cuando las pruebas en apoyo de esta hipótesis no son muy impresionantes); en este trabajo partimos tan sólo del supuesto de que la influencia más importante es la que ejerce la sociedad sobre el sistema jurídico —que el cambio social interviene más a menudo como variable independiente (causa) y el sistema jurídico como variable dependiente (efecto).

investigaciones que tiene su sede en Stanford)⁴⁹ ilustra algunas de estas posibilidades.⁵⁰

La SLADE incluye a seis países (Chile, Costa Rica, Italia, México, Perú y España) que pertenecen a la tradición del sistema de derecho continental de filiación romanista (civil law).⁵¹ En el momento de redactar este trabajo se estaban recogiendo o generando datos sobre cambios sociales y jurídicos ocurridos en cada país entre 1945 y 1970. Algunos de esos datos se han estado reuniendo sobre una base regional dentro de dichos países, a fin de obtener un criterio adicional para la comparación. Cuando es factible, los datos se re-

⁴⁹ SLADE (siglas que significan "Studies in Law and Development") constituye una de las numerosas empresas realizadas con fondos obtenidos de una donación hecha a Stanford en 1971, por la "Agency for International Development", para fomentar la enseñanza y la investigación en los campos del derecho y del desarrollo, con especial énfasis en Latinoamérica y la Europa mediterránea. El impulso a SLADE emana del específico interés en el desarrollo de los países, y se tiene la esperanza de que los resultados serán de particular utilidad para dichos países, sobre todo para los pertenecientes a la América Latina. SLADE está preparando un estudio que describe el pensamiento sobre "derecho y desarrollo". Sin embargo, como ensayo de un enfoque especial sobre el derecho comparado, SLADE tiene un valor y un interés que no se limita a los países en desarrollo.

⁵⁰ Se encuentra en proceso de preparación, para su probable publicación como un volumen aparte dentro de una serie proyectada por SLADE, una explicación y descripción completas del diseño de investigación y del sistema de hipótesis que lo sustenta. La presente exposición es deliberadamente breve y está dirigida tan sólo a ilustrar el enfoque adoptado. Dicha exposición omite también toda referencia a otros dos estudios relacionados, que se encuentran simultáneamente en proceso de realización como parte de SLADE, y que se refieren, respectivamente, a los conflictos sobre la propiedad y el aprovechamiento de terrenos agrícolas y a los conflictos entre trabajadores y empresarios. Estos estudios sobre resolución de conflictos serán ampliamente reseñados en el proyectado volumen. El diseño de investigación fue inicialmente proyectado en Stanford, en 1917-1972, por un equipo de investigadores integrado por los profesores Edmundo Fuenzalida Fainovich (Chile), Carlos José Gutiérrez y Ricardo Harbottle (Costa Rica), doctores Luisa Leal Duk y Miguel Wionczek (México), José Juan Toharia (España), Lorenzo Zolezzi (Perú), Lawrence Friedman (Stanford), y el autor del presente trabajo. Los profesores Sabino Cassese y Stefano Rodota (Italia) se unieron al equipo en una etapa posterior y han contribuido substancialmente al perfeccionamiento y elaboración del diseño de investigación. Estos juristas procedentes de seis países se encuentran ahora realizando la investigación de campo en ejecución del mencionado diseño, cuya programación para tal efecto quedó hecha a fines de 1974.

⁵¹ El libro del autor de este trabajo, *The Civil Law Tradition* (1969), contiene una explicación del concepto de tradición jurídica y una descripción de algunos de los principios componentes de la tradición del derecho continental de filiación romanista (*civil law*). Limitando el estudio a los sistemas que se encuentran incorporados a una tradición jurídica, se reduce considerablemente el número de las variables (características), pero también se limita el grado de generalidad de la explicación resultante. La selección que se ha hecho en este trabajo obedece en parte a los intereses y experiencia específicos del autor.

cogen sobre una base anual, de modo que, en el caso ideal, se obtengan veintiséis "tramos" temporales (períodos) dentro de cada conjunto de datos relativos a cada país bajo estudio. Buena parte del esfuerzo está orientado por el propósito de conservar conceptos y datos paralelos, a fin de garantizar la comparabilidad de los resultados. La meta es lograr un grupo de seis estudios nacionales, cada uno de los cuales contenga comparaciones internas conforme a los citados criterios temporal y regional y un panorama nacional que también utilice las magnitudes regional y temporal.

Los datos que se están reuniendo caen dentro de dos grandes categorías: sociales e indicadores jurídicos. El propósito de los indicadores es proporcionar una forma de describir con cierta precisión (es decir, de medir) el cambio.⁵² Los indicadores sociales incluyen mediciones tales como: tamaño, estructura y distribución por edades de la población; densidad de población, migración y urbanización; estructura económica, producción y distribución del ingreso; niveles de educación; tamaño y distribución entre los tipos de empleo de la población trabajadora; beneficios sociales (vejez, enfermedad, desempleo); etc. En general, los indicadores sociales utilizan mediciones aceptadas y aprovechan datos ya reunidos sistemáticamente y publicados por otros.

En múltiples casos, los indicadores jurídicos tienen que ser reunidos o generados, e incluyen medidas sobre hechos tales como: número, organización, distribución y presupuestos (financieros) de las instituciones jurídicas (tribunales, cuerpos legislativos, organismos administrativos, facultades de derecho, etc.); volumen, tipo y duración de los procedimientos (judiciales, legislativos, administrativos, ordenaciones privadas, etc.); número, orígenes y compensación económica de los diversos protagonistas o agentes jurídicos (abogados, notarios, jueces, funcionarios administrativos, personal legislativo, etc.). Los cambios en la cultura jurídica y en el carácter de las normas secundarias son abordados a través del análisis de contenido de las publicaciones jurídicas contemporáneas.⁵³

De estos tipos de indicadores sociales y jurídicos, pueden desprenderse una serie de hipótesis de alcance medio: que el volumen de litigios aumenta con el

⁵² Tal como el texto lo señala, el énfasis está enfocado al cambio. Éste es, en parte, una respuesta a la creencia de que las mediciones absolutas (por ejemplo el número de notarios; el promedio de duración del procedimiento civil) suministran una menor información que las mediciones o índices de crecimiento de alguna variable (por ejemplo, el cambio en el número de notarios; el cambio en el promedio de duración del procedimiento civil).

⁵³ En el momento de escribir este trabajo, aún nos encontrábamos en la etapa de perfeccionamiento de la parte del diseño de investigación relativa a la cultura jurídica y a las normas jurídicas secundarias. Creemos haber encontrado la vía para obtener una información comparada confiable, pero el ensayo y perfeccionamiento del proyectado diseño aún están pendientes.

crecimiento de la población (en realidad la hipótesis establece que el monto de los litigios aumenta exponencialmente con el crecimiento de la población); que la litigiosidad disminuye con el incremento de la productividad económica; que el respeto al sistema jurídico⁵⁴ disminuye con la urbanización de la población; y algunas otras.⁵⁵ Por otra parte, existe la probabilidad de que los datos reunidos revelen o sugieran una serie de correlaciones imprevistas y que algunas de ellas sean lo suficientemente interesantes para estimular nuevas investigaciones.⁵⁶

Conclusión. Algunos lectores habrán observado que en este artículo no se discuten cuestiones metodológicas en el campo de las ciencias sociales,⁵⁷ ni inferencias y generalizaciones estadísticas,⁵⁸ ni una multitud de problemas más específicos pero no menos difíciles del tipo de los que normalmente aparecen cuando la "ciencia social" es sacada de su ámbito propio. El autor ha eludido aquí este tipo de cuestiones, en primer lugar, porque como el profesor Kalven nos ha dicho: "una poca de metodología es algo peligroso"⁵⁹ y no hay tiempo ni espacio para grandes desarrollos metodológicos en este trabajo. En segundo lugar, porque la metodología resulta, por el momento, de importancia secundaria. El propósito principal es describir una forma de proceder en materia de derecho comparado y una discusión metodológica sería nos dejaría a mitad del camino.⁶⁰ Finalmente, porque parece importante hacer lo posible por limitar una tendencia perturbadora entre los juristas a tomar como su objetivo real la metodología científico-social y a pensar que los científicos de la sociedad son gente que elude el trabajo serio para embarcarse en cuestiones empíricas triviales.

⁵⁴ El término "fidelidad" se utiliza aquí en un sentido similar al sugerido, aunque dentro de un contexto totalmente diferente, por el profesor Hirschman en su libro *Exit, Voice and Loyalty* (1970).

⁵⁵ Estas hipótesis, junto con otros aspectos del diseño de investigación, serán objeto de una descripción más completa en el proyectado volumen que se menciona, *supra*, nota 50.

⁵⁶ SLADE representa una empresa planeada para cinco años. El primer año (1971-2) estuvo dedicado a la formulación del diseño de investigación, y el segundo y el tercero a la recolección de los datos. Los últimos dos años están reservados a la elaboración de los resultados de la investigación de campo y a la preparación de estudios basados en ellos.

⁵⁷ Una excelente discusión de estos problemas puede encontrarse en el libro de Nagel, *op. cit.*, *supra*, nota 10, cap. 13.

⁵⁸ Véase la discusión en Nagel, cap. 14.

⁵⁹ Kalven, "The Quest for the Middle Range: Empirical Inquiry and Legal Policy", en la obra de Hazard (editor), *Law in a Changing America* (1968). Todo el artículo de referencia constituye una lectura esencial para un jurista que se interese por la investigación empírica.

⁶⁰ Para quienes tengan un especial interés por la metodología, sería recomendable empezar a meditar sobre la obra de Nagel, *op. cit.*, y luego seguir con el libro de Kerlinger, *Foundations of Behavioral Research* (1964).

La explicación, no la metodología, constituye el objetivo real, y aquélla es una tarea seria. Sin embargo, la explicación reclama una información sobre datos empíricos. Si el investigador encuentra ya reunido el tipo de información que necesita, tendrá una suerte poco común. Pero si no es así, tratará de encontrar alguien que la obtenga para él. En el caso límite (*in extremis*), llevado por el afán de la explicación, él mismo tendrá que reunir los datos. La explicación requiere también que los datos obtenidos sean generalizables y que el procedimiento de la generalización sea completo. Tales requisitos plantean problemas metodológicos inestables e intelectualmente fascinantes, en virtud del peculiar contenido y de los orígenes relativamente recientes de la ciencia social empírica, lo cual explica la gran preocupación de las ciencias sociales por las cuestiones metodológicas. En el fondo, sin embargo, tal interés es meramente instrumental y está dirigido a hacer posible la explicación.

La explicación de los cambios jurídicos y sociales constituye una gran empresa científica, equivalente en su alcance al tipo de investigación fundamental y de construcción teórica que florece en otros campos del saber. El tipo de investigación iuscomparatista que se reseña en este trabajo constituye una forma importante de promover esa empresa.

John Henry MERRYMAN,
de la Universidad de Stanford (E.U.A.)

Traducción del original en inglés
por Fausto E. RODRÍGUEZ.