

IMPORTANCIA DEL DERECHO COMPARADO

El perfeccionamiento del derecho interno como uno de sus fines principales

Dr. Diego Baudrit Carrillo

Profesor Facultad de Derecho de la
Universidad de Costa Rica
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas
de la Universidad de Costa Rica

SUMARIO: I. El fenómeno de la adopción de "modelos". A. El concepto de "modelo". B. Análisis de los "modelos". II. El fenómeno de "substitución". A. Concepto de "substitución". B. Análisis de las "substituciones".

Hablar de Derecho Comparado es una especie de lugar común entre estudiosos del Derecho. Casi no hay estudio profundizado de cualquiera de nuestras materias que no cite textos o comentarios de sistemas jurídicos extranjeros, con cierta pretensión de "hacer derecho comparado". Por ahí se puede notar la necesidad del conocimiento de sistemas jurídicos extraños con el propósito de confrontarlos con el derecho nacional. Esa necesidad tiene un fin. Más aún, tiene varios fines, que son los que se señalan normalmente al derecho comparado.

El profesor René DAVID señala al menos tres grandes fines del derecho comparado: 1. Puede ser utilizado en las investigaciones que conciernen la historia, la filosofía o la teoría general del derecho; 2. es útil para conocer mejor nuestro derecho nacional y para mejorarlo; y 3. es útil para comprender los pueblos extranjeros y procurar un régimen mejor a las relaciones de la vida internacional.¹

Dentro de ese orden de ideas nos referimos específicamente al Derecho Comparado como método para el perfeccionamiento del derecho interno. Subrayamos el término "método", para hacer notar que la disciplina que es el objeto de nuestros comentarios no tiene la categoría de una ciencia. Se trata de un método de análisis, que no es valioso por sí solo, sino en función de los fines que se propone y del objeto que se analice.

El perfeccionamiento del derecho interno, a través del análisis que resulta del derecho comparado, puede lograrse principalmente teniendo en cuenta dos fenómenos que marcan una especie constante. Estos fenómenos son el de la adopción de "modelos" (I) y el de las "substituciones" (II).

I. El fenómeno de la formación de los sistemas jurídicos nacionales, que se encuentra en un estado de evolución constante nos enseña cómo los legisladores se dan a la tarea de adaptar instituciones de sistemas jurídicos extranjeros para solucionar problemas que surgen en su país. La expansión de las instituciones integradas en el Código civil francés de 1804 son el ejemplo clásico de esa actitud legislativa.²

Ese fenómeno no es, por sí solo, un elemento de perfeccionamiento del derecho interno. Por el contrario, podría resultar causa de problemas serios dentro de un sistema jurídico coherente, si se tratara de injertos arbitrarios.

Nos referimos al concepto de "modelos" (A) y luego al análisis de esas figuras (B).

1 "Les grands systèmes de droit contemporains", Précis Dalloz, 7^e ed., París, 1978, nos. 4, 5 y 6.

2 "L'influence du code civil dans le monde", (Travaux de la Semaine internationale de droit", París, 1950), 1954.

A. El concepto de "modelo"

Justificando la existencia de lo que él llama "la ley de imitación", el profesor RODIERE señala que "la existencia de un sistema de derecho que funciona en otra parte da confianza".³

En efecto, si un país siente la necesidad de regular una situación social que ha hecho conflicto, es natural que dirija su atención hacia los países en que ya se ha ensayado una solución y ha dado resultado.

En ese fenómeno notamos una característica esencial: el legislador, de manera consciente, procura adoptar reglas jurídicas que han tenido éxito en países extranjeros.

En la mayoría de los casos no se trata de un trasplante puro y simple: el legislador procura conciliar las reglas de derecho extranjero que incorpora al derecho interno con la realidad social existente en su país. De esa manera, en el ejemplo que señalamos anteriormente, la incorporación de las instituciones francesas de derecho civil a los países que recogieron las enseñanzas del Código Napoleón, no se trató de una copia pura y simple. El derecho civil francés pasó por tamices más o menos finos, que marcaron muchas diferencias con las instituciones originales.

La institución de derecho extranjero que se tiene presente para incorporarla, total o parcialmente, al derecho interno, es lo que se conoce como "modelo".

Nótese que hablamos de "institución" y no de "reglas" o "normas". En efecto, debe hacerse la diferencia entre el texto legislativo puro y simple (por ejemplo, tales y cuales artículos de una ley específica), y lo que es una institución de derecho.

Nosotros entendemos el término institución en el sentido que enseña el Decano CARBONNIER: se trata de varias reglas de derecho que persiguen, todas, un mismo fin,⁴ de manera que resulta un conjunto de derechos y deberes que presenta un carácter permanente organizado para asegurar intereses más bien colectivos.⁵

El modelo, entonces, no debe ser una regla de derecho aislada. Como modelo debe tomarse un conjunto organizado de reglas, es decir, una regulación que presente características de coherencia. Además, ese conjunto organizado y armónico de normas debe tener vocación de permanencia.

Así, podemos hablar propiamente de modelos cuando afirmamos que el legislador costarricense tuvo como tal la regulación del recurso de

casación civil español cuando creó ese medio de impugnación extraordinario en nuestro derecho procesal,⁶ o cuando decimos que nuestro sistema oral del procedimiento penal se fundó en la legislación argentina de la provincia de Córdoba.

El recurso de casación y la oralidad son dos instituciones jurídicas. Son expresadas en un conjunto de reglas, más o menos armónica y organizada, con carácter de permanencia.

Por el contrario, sería impropio hablar de modelo cuando nos referimos a reglas jurídicas fragmentarias que no constituyen una institución.

Esa concepción de modelo hace resaltar que se trata del resultado de un quehacer legislativo. En efecto, una institución se expresa normalmente en textos legislativos: el recurso de casación se encuentra definido en ciertos artículos de la ley del enjuiciamiento civil, así como la oralidad en el proceso penal la encontramos fijada en determinados numerales de una ley de ese procedimiento.

Ese resultado legislativo final que son los artículos de una ley, si bien expresa el contenido de una institución jurídica y como tal debe considerarse un modelo concreto, no puede ser incorporado sin reservas al derecho nacional que se pretende mejorar. Es necesaria una labor que es, precisamente, uno de los hitos del método comparativo: el análisis del modelo.

B. Análisis de los "modelos"

Establecido, pues, el modelo, debe procederse a su análisis con el fin de que su incorporación al derecho interno sea coherente y armónica.

Ante todo debe tenerse una actitud de comparatista para efectuar ese análisis. Debe tenerse presente que para un análisis de esta categoría hay que hacer abstracción de toda clase de prejuicios, sobre todo de aquellos originados en una formación jurídica dada.

La actitud del comparatista debe ser lo más abierta posible. No cabe en esta perspectiva pensar en sistemas jurídicos superiores y sistemas jurídicos inferiores. Se debe pensar en sistemas jurídicos, simplemente, que pueden proponer soluciones diversas a problemas comunes. El comparatista busca desentrañar el contenido de los diferentes sistemas jurídicos, para lo cual debe tener una actitud científica pura, en la que no caben opiniones obtenidas de segunda mano ni fundadas en otras fuentes que el examen objetivo de los sistemas de derecho.⁸

6 BEJARANO (Oscar), "La casación civil", Rev. Col. Ab., Tomo XVII, Nos. 1 y 2, San José, 1961, p. su ss.

7 Aquí describimos la metodología que aprendimos del Pr. Alfred RIEG, en los cursos de Derecho Comparado que impartió en la Universidad III de Estrasburgo, años 1977-78 y 1978-79.

8 Véase fundamentalmente a DAVID (René), "Tratado de derecho civil comparado" (trad. de Javier Osset), Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1953, p. 13. ANGEL (Marc), "Les buts et les méthodes de la recherche juridique compara-

3 RODIERE (René), *Introduction au droit comparé*, Précis Dalloz, París, 1979, N° 6.

4 CARBONNIER (Jean), "Droit civil. 1. Introduction. Les personnes", 12 ed. P.U.F., Coll. Thémis, París, 1979, N° 1.

5 WEILL (Alex), y TERRE (François), "Droit civil. Introduction générale", 4ª ed. Précis Dalloz, París, 1979, N° 71.

La objetividad del análisis exige fundamentalmente un conocimiento exacto de los términos de la comparación.⁹ No sólo debe conocerse el texto vigente de las disposiciones que integran la institución que sirve de modelo —lo que constituye el dato esencial, pero no el único del análisis—, sino que debe tenerse presente cómo está integrada esa institución al sistema jurídico de donde sale.

Para esa labor, el comparatista debe conocer profundamente los principios básicos de ese sistema jurídico:¹⁰ *la teoría de las fuentes del derecho*, para comprender el valor de las disposiciones que estudia, dentro del contexto general de las normas; *los métodos para interpretar el derecho*, que varían según la teoría de las fuentes; *la estructura general del derecho examinado*, atendiendo a las divisiones del derecho interno (el alcance de una disposición es diferente si se la ubica en el derecho público o en el derecho privado: por ejemplo, un jurista europeo se desconcertaría con la regulación de los seguros en Costa Rica si no supiera que esa regulación está casi enteramente constituida por normas de derecho público); *el funcionamiento* de ese derecho, es decir la aplicación práctica de la regla jurídica; y, en fin, *el medio social*, el medio en que las normas se aplican, puesto que no se puede entender el funcionamiento de un sistema jurídico sin referirlo a la sociedad de la que es su producto.¹¹

El análisis no solamente consistirá en destacar las semejanzas y las diferencias entre la institución extranjera y la del derecho interno. Para ello bastaría la simple yuxtaposición de los textos legales.

Se debe tratar, más bien, de conocer el *origen de la institución*, examinando las causas sociales que la motivaron, y los *efectos* que esa solución tuvo en el contexto social.¹²

En síntesis, el modelo debe ser conocido perfectamente para poder tomarlo como base para adoptar una institución de derecho extranjero en el derecho interno. Sólo así pueden evitarse los efectos nocivos del injerto de un cuerpo extraño,¹³ adaptándose la institución a las necesidades del

tive, en "Inchieste di diritto comparato", dir. por M. ROTONDI, CEDAM, Padua, 1973, vol. 2, p. 3 y ss.

ROTONDI (Mario), "Technique du droit dogmatique et droit comparé", idem, p. 557 y ss.

9 RODIERE, op. cit., N° 83.

10 DAVID, "Tratado...", op. cit., p. 13.

DAVID, "Les grands systèmes...", op. cit., N° 11.
RODIERE, op. cit., N° 84.

11 Véase al respecto RECASENS-SICHES (Luis), "Los métodos sociológicos en el derecho comparado"; en "Inchieste..." por M. Rotondi, op. cit.

12 Véanse las interesantes "Sugerencias metodológicas para la elaboración del código procesal civil de Costa Rica", del Pr. Víctor PEREZ VARGAS, Rev. Jud. N° 7, p. 51 y ss.

13 Como son los que para nosotros originó la adopción del recurso de casación en materia civil. Véase BAUDRIT CARRILLO (Diego), "Le pourvoi en cassation en droit costaricain et en droit français. Etude de droit judiciaire privé comparé", tesis, Estrasburgo, dic. 1980.

derecho interno, con prescindencia de las disposiciones que únicamente tendrían sentido en el derecho extranjero y con la incorporación de otras que la hagan coherente con las demás instituciones del derecho nacional.

El fenómeno de la adopción de modelos es conocido, por tratarse de un acto consciente del legislador que busca la perfección de las reglas jurídicas que decreta. Pero el legislador debe tener conciencia, también, de otro fenómeno diferente, para su labor de perfeccionamiento del derecho interno: la llamada "ley de las substituciones".

II. El fenómeno de las "substituciones"

La observación de los fenómenos jurídicos nos muestra cómo un sistema de derecho que se enfrenta a determinados problemas de hecho, llega a adoptar soluciones similares que las que proponen otros sistemas jurídicos, aún sin haber adoptado conscientemente un modelo dado. Esas soluciones son muchas veces similares en su estructura, en cuyo caso puede aplicarse a su análisis lo dicho con respecto a los modelos. Pero se da el caso, también, de que se llega a una solución similar adoptando una estructura distinta, utilizando para ello conceptos e instituciones jurídicas que no tenían originalmente ese objeto.

Consideramos que el jurista y el legislador deben tener conciencia de ese último fenómeno, con el fin de mejorar el derecho interno con disposiciones legales dirigidas concretamente a solucionar el problema.

Para esos propósitos nos detendremos un instante en el concepto de "substitución" (A), para proponer en segundo lugar un método de análisis apropiado de ese fenómeno (B).

A. Concepto de "substitución"

Señalamos anteriormente la importancia que tiene para el comparatista el conocimiento de la realidad social en que se desarrolla un sistema jurídico, para poder analizar objetivamente los derechos extranjeros en relación con el derecho interno.

Ese conocimiento de las diferentes realidades sociales le enseña al comparatista que hay ciertos problemas que son comunes a las sociedades, que en algunas ocasiones uno de esos problemas tiene una solución concreta dispuesta por un legislador, mientras que en otro sistema de derecho no existe tal solución concreta, y, en fin, que en este último sistema se llega por una suerte de camino tortuoso a una situación muy parecida a lo que llamamos "solución concreta".

Para precisar el fenómeno ofrecemos dos ejemplos de derecho costarricense, uno de derecho de familia y otro de derecho procesal civil:

a) En derecho de familia costarricense observamos que el problema del régimen patrimonial de los cónyuges tiene una regulación muy pobre, que tiene como características un régimen de derecho común (la separación

del patrimonio), y la ausencia de una reglamentación relativa a la administración y disposición de bienes adquiridos durante el matrimonio. De esa forma, un cónyuge puede disponer de los bienes adquiridos con el esfuerzo común, en perjuicio del otro. Para impedir esa situación, los matrimonios que tienen un caudal patrimonial importante, constituyen sociedades mercantiles, con lo cual las disposiciones de derecho comercial suplen la ausencia de reglas relativas a regímenes matrimoniales;

b) En el derecho procesal civil costarricense no hay oralidad. El litigante que quiere tener una comunicación directa con el juez, acostumbra pedirle una audiencia privada, en la que expone sus pretensiones y los fundamentos de hecho y de derecho correspondientes —con irrespeto total del principio del contradictorio—.

El profesor RODIERE denomina esos fenómenos¹⁴ "*ley de substitución*", y los explica así: "cuando una regla o una institución, que llega a ser necesaria por el pensamiento social o por el desarrollo económico, no es reconocida a título autónomo, este pensamiento o este desarrollo se expresa inevitablemente bajo forma encubierta de una o varias instituciones que son deformadas".¹⁵

Lo que deben evitar el jurista y el legislador es, precisamente, esa deformación de las instituciones, procurando la existencia de soluciones jurídicas propias, ya que "el empuje orgánico es más fuerte que la resistencia técnica".¹⁶ A la vez, debe procurarse que esas soluciones sean completas y coherentes con el resto del sistema jurídico.

Para lograr tales cometidos es necesario un análisis apropiado de la substitución.

B. *Análisis de las "substituciones"*

El método de análisis de las substituciones es, como el anterior, el de un comparatista. Difiere con respecto al análisis de modelos en que la substitución es un fenómeno de más difícil aprehensión que el otro.

Creemos que pueden distinguirse tres etapas: la identificación de la substitución, la explicación de la substitución y la eliminación de la substitución.

1. Para identificar una substitución debe tenerse un conocimiento integral del derecho interno y, además, deben tenerse presentes los principios generales de sistemas jurídicos extranjeros. De esa manera, cuando en un dominio determinado del Derecho se observa que una institución no está siendo utilizada para los fines que fue creada, puede

14 RODIERE, op. cit., N° 32.

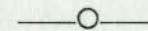
15 Idem, N° 31. Ver también DAVID, "Tratado...", op. cit., p. 22.

16 RODIERE, op. cit., N° 31.

sospecharse que hay una substitución. La comparación del derecho interno con uno extranjero, en ese dominio, podrá servir para aislar la zona de interferencia de la substitución. Un examen cuidadoso de la aplicación práctica de las reglas y de la interpretación jurisprudencial, tendrá como resultado la determinación del problema que pretende solucionarse con una institución que no es apropiada para ello.

2. Identificada la substitución, el jurista debe explicársela. Esto es, debe buscar la razón de su existencia: regulación legal insuficiente o defectuosa, instituciones jurídicas inapropiadas para llenar las necesidades sociales, ausencia total de reglas. Para esta labor es imprescindible el conocimiento y la comparación de derechos extranjeros que contengan disposiciones legales aplicables al asunto. Esta comparación debe hacerse en forma global y no aislada, para evitar los problemas derivados de la parcialidad del examen.

3. La substitución debe eliminarse. La mayor parte de las veces esto es labor del legislador. Debe tenerse presente, entonces, la teoría de los modelos, sobre todo para que no se presenten situaciones que hagan necesaria una nueva substitución.



El Derecho Comparado no es solamente una disciplina académica. Tiene una importancia fundamental para el perfeccionamiento del derecho interno. Es casi imposible pensar que el legislador y el juez puedan lograr el desarrollo de un derecho nacional con los únicos datos de su propio sistema jurídico.

El Derecho Comparado no tiene la pretensión de señalar únicamente las igualdades y las diferencias entre los sistemas jurídicos. Tiene, esencialmente, la pretensión de proponer un método de análisis práctico para llegar a resultados prácticos.

El jurista, el juez y el legislador que pretendan mejorar la doctrina, la jurisprudencia y las leyes nacionales, no podrán sustraerse de utilizar las técnicas del Derecho Comparado.

Estas técnicas demandan de quien las utilice una disciplina severa, puramente científica, que tenga como resultado una objetividad profunda del examen.