

La modernización de los estudios jurídicos comparativos (*)

Héctor Fix-Zamudio

I. INTRODUCCION

1. **C**ON MOTIVO DEL homenaje que se tributa muy merecidamente al destacado jurista estadounidense John Henry Merryman, consideramos conveniente señalar uno de los aspectos de su magnífica labor, es decir, el relativo a sus enseñanzas sobre los estudios jurídicos comparativos, que indudablemente han tenido una apreciable influencia en su actualización, como lo señala otro notable comparatista, el profesor Mauro Cappelletti (1).

2. Por supuesto que la labor de enseñanza y de investigación de John Henry Merryman no se reduce al campo, por otra parte inmenso, de los estudios jurídicos comparativos, sino que se extiende a varias áreas de la ciencia jurídica, incluyendo un sector escasamente analizado por la

(*) El presente trabajo fue especialmente preparado para el homenaje al profesor Merryman (*Comparative and Private International Law, essays in honor of John Henry Merryman on his seventieth birthday*. Edited by David S. Clark, Duncker & Humblot, Berlin 1990, pp. 25-47). Con ligeras variantes se publicó en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", núm. 64, enero-abril de 1989, de donde se ha tomado para su reproducción. Expresamos nuestro agradecimiento, tanto al profesor Héctor Fix-Zamudio como al profesor David S. Clark, quienes nos han autorizado para reproducirlo en nuestra revista.
(DOMINGO GARCIA BELAUNDE)

(1) "John Henry Merryman the Comparativist", "In Honor of John Henry Merryman", *Stanford Law Review*, vol. 39, núm. 5, 1987, pp. 1079-1086.

doctrina, como es el relativo a las relaciones entre el derecho y los productos culturales, particularmente los de carácter artístico, en el cual ha realizado aportaciones esenciales (2), que le han dado el reconocimiento de fundador de lo que podemos calificar como *derecho artístico* (3), materia de gran trascendencia en el derecho mexicano en el cual, hasta hace muy poco tiempo, se ha despertado la preocupación por el estudio de la protección jurídica de nuestro riquísimo patrimonio artístico, histórico y cultural, del cual es profundo conocedor el propio profesor Merryman (4).

3. Por otra parte, los juristas mexicanos tenemos una deuda con el profesor Merryman, en cuanto ha divulgado entre nosotros sus enseñanzas sobre los nuevos estudios de carácter comparativo, a través de dos estudios importantes, que aparecieron en su versión castellana en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, como resultado de su colaboración con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (5); y además, por la publicación, en nuestro país, de la traducción española de su fundamental monografía *The Civil Law Tradition*, (6) con el nombre de *La tradición jurídica romano canónica* (7), obra que ya puede considerarse clásica y que ha sido traducida al italiano (8) y al chino (9).

II. CONCEPTO Y NATURALEZA DEL LLAMADO "DERECHO COMPARADO"

5. Si bien se ha impuesto, al menos en los idiomas latinos, el

-
- (2) Cfr. Merryman, John Henry, "Thinking about the Elgin Marbles", *Michigan Law Review*, vol. 83, núm. 8, 1985, pp. 1881-1923; *id.*, "Two Ways of Thinking about Cultural Property", *American Journal of International Law*, Washington, vol. 80, núm. 4, octubre de 1986, pp. 831-853; Merryman, John Henry y Elsen, Albert A., *Law, Ethics and the Visual Arts. Cases and Materials*, 1978.
- (3) Cfr. Elsen, Albert E., "John Henry Merryman: Founding the Field of Art Law", "In Honor of John Henry Merryman", *cit. supra*, nota 1, pp. 1083-1096.
- (4) Cfr. Varios, *Arqueología y derecho*, México, UNAM, 1980.
- (5) Cfr. Merryman, John Henry, "Fines, objeto y método del derecho comparado" (trad. de Fausto E. Rodríguez García), y "Modernización de la ciencia jurídica comparada", ambos en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año IX, núms. 25-26, enero-agosto de 1976, pp. 65-92 y año XVI, núm. 46, enero-abril de 1983, pp. 67-85.
- (6) Stanford University Press, 1969 (2a. ed., 1985). Con el subtítulo de *An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*.
- (7) Trad. de Carlos Serra, México, FCE, 1971.
- (8) *La tradizione di Civil Law nell'analisi di un giurista di Common Law* (trad. de Ana de Vita), Milán Giuffrè, 1973.
- (9) Taiwán, 1978; Shangai, 1984.

nombre de "derecho comparado" (*diritto comparato, droit comparé, direito comparato*), así como también en inglés (*comparative law*), para designar el sector del conocimiento que estudia la comparación de los ordenamientos jurídicos, debemos estar conscientes de que esta denominación no es estrictamente correcta, sino que se acerca más a la realidad; la que utilizan los tratadistas alemanes: *Rechtsvergleichung* (literalmente, *comparación jurídica*) (10).

6. Por otra parte, la doctrina ha puesto de relieve que en nuestra época debe considerarse superada la controversia que en algún momento provocó agudos debates sobre si el derecho comparado debía considerarse como una disciplina científica o como un simple método de carácter jurídico (11), ya que ha predominado el criterio de los que se afilian a una concepción metodológica al ponerse de relieve que, en estricto sentido, debe hablarse de un "método jurídico comparativo", de "comparación jurídica" o, bien, de "estudio comparativo del derecho" (12).

7. En tal virtud, si bien utilizaremos el nombre de "derecho comparado" por ser el más generalizado, según se ha dicho, hacemos la aclaración de que estamos conscientes de su significación equívoca.

8. Por otra parte, coincidimos con el pensamiento de John Henry Merryman, en cuanto afirma que con la expresión del derecho comparado se comprenden varios aspectos disímbolos de la comparación jurídica. En primer lugar, como lo señala el distinguido comparatista estadounidense, existen tres tipos de derecho comparado: el *profesional*, el *humano* y el *científico*, que no siempre se distinguen correctamente (13); y, por la otra, con la misma denominación se realizan diversas actividades, entre ellas en forma especial, la descripción de ordenamientos o sistemas jurídicos extranjeros, que no se analizan con un criterio predominantemente comparativo (14).

(10) Cfr. Dölle, Haas, "Der Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht", *Buts et méthodes du droit comparé*, Padova-New York, Cedam-Oceana, 1973, pp. 123-171.

(11) Cfr. Ancel, Marc, "Quelques considérations sur les buts et les méthodes de la recherche juridique comparative", *Buts et méthodes...*, cit. *supra*, nota anterior.

(12) Cfr. Tripiccione, Alberto, *La comparazione giuridica*, Padova, Cedam, 1961.

(13) Cfr. Merryman, John Henry, "Modernización de la ciencia jurídica comparada", cit. *supra*, nota 5, pp. 67-68.

(14) Cfr. Merryman, John Henry, "Fines, objeto y método del derecho comparado", cit. *supra*, nota 5, pp. 65-68.

9. En nuestro concepto, no son incompatibles las ideas de disciplina científica y de método jurídico, ya que si bien es verdad que "el derecho comparado" es un instrumento del conocimiento de los ordenamientos jurídicos y, por tanto, un método jurídico (15), es necesaria su sistematización, ya que es un instrumento delicado que no puede utilizarse de manera indiscriminada y, con este objeto, se ha elaborado un conjunto de estudios sistemáticos que integran lo que podemos calificar como "*ciencia jurídica comparativa*", es decir, una disciplina que analiza el método jurídico comparativo y establece los lineamientos para su correcta aplicación al enorme campo del derecho (16).

10. Se trata, por tanto, de una *disciplina metodológica*, la que asume un *carácter funcional*, de acuerdo con la certera concepción del notable tratadista alemán Konrad Zweigert (17), función que, además, debe considerarse como de *naturaleza instrumental*, como correctamente lo sostiene el conocido jurista italiano Alessandro Pizzorusso (18). En este sentido, como disciplina metodológica, la comparación jurídica tiene similitud con otras del mismo carácter, como la historia y la filosofía del derecho, la lógica-jurídica, las técnicas de investigación jurídica, etcétera; las que han sido calificadas como *formativas*, a diferencia de las "informativas". Estas últimas constituidas por el estudio de las ramas específicas del ordenamiento jurídico (19), tomando en cuenta que algunos tratadistas estadounidenses denominan a las primeras, en cuanto a su enseñanza, como *perspective courses* (20).

11. Un aspecto en el cual se encuentra de acuerdo el profesor Merryman con la doctrina tradicional de la ciencia jurídica comparativa, es la relativa a los fines perseguidos con la citada comparación jurídica ya que, como lo afirma dicho autor, los comparatistas hablan, para refe-

(15) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "En torno a los problemas de la metodología del derecho", *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, 2a. ed., México, UNAM-Porrúa, 1984, pp. 27-30.

(16) Cfr. David, René, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 7a. ed., París, Dalloz, 1978.

(17) "Methodological Problems in Comparative Law", *Israel Law Review*, Jerusalem, vol. 7, núm. 4, octubre de 1972, pp. 465-474.

(18) *Curso de derecho comparado* (trad. de Juan Bigozzi), Barcelona, Ariel, 1987, pp. 79-84.

(19) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La docencia en las facultades de derecho", *Metodología* ..., cit. *supra*, nota 15, pp. 139-163.

(20) Cfr. Ault, Hugh J. y Glendon, Mary Ann, "The Importance of Comparative Law in Legal Education: United States. Goals and Methods of Legal Comparison", *Law in the United States of America in Social and Technological Revolution*, Bruselas, 1974, pp. 67-80.

irse a dichos fines, a las *razones o fundamentos* del derecho comparado (21).

12. Los objetivos, fines o fundamentos de la ciencia jurídica comparativa se han perfilado paulatinamente a partir de los grandes planteamientos que se formularon en el Primer Congreso Internacional de Derecho Comparado, efectuado en París en el año de 1900 (22). Entre ellos, destacan los siguientes:

13. *a) La obtención del verdadero nivel científico de los estudios jurídicos.* Como lo afirmó certeramente el insigne comparatista francés René David, la función esencial de derecho comparado es devolver al derecho el carácter universal de toda ciencia, pues entre todas las disciplinas científicas sólo el derecho ha creído falsamente que podría ser puramente nacional (23).

14. Este aspecto ha evolucionado paulatinamente, si se toma en consideración, como lo señala el mismo profesor Merryman, que con motivo de la Revolución francesa, en el derecho continental europeo se estableció una tendencia hacia la creación de sistemas jurídicos nacionales que fuesen el resultado de los ideales nacionales y de la unidad de la cultura nacional, lo que se tradujo en el establecimiento de doctrinas jurídicas, también de carácter nacional (24).

15. Se ha abierto paso, cada vez con mayor firmeza entre los juristas de las más diversas tendencias, la convicción de que no se puede alcanzar un verdadero nivel científico en los estudios jurídicos sin el empleo del *método comparativo* que se traduce en la aproximación paulatina de las diferentes tradiciones, familias y sistemas jurídicos, limando asperezas y procurando un mayor entendimiento entre los cultivadores de la ciencia jurídica (25).

16. *b) Mejor conocimiento del derecho nacional.* Es un aspecto

(21) "Fines, objeto y método del derecho comparado", cit. *supra*, nota 5.

(22) Cfr. Gutteridge, H.C., *Le droit comparé* (trad. dirigida por René David), París, 1953, pp. 38-39.

(23) Cfr. David, René, "Prólogo" a la edición francesa de su *Tratado de derecho civil comparado* (trad. de Javier Osset), Madrid, 1953, pp. 93-94.

(24) *Op. cit. supra*, nota 6, pp. 17-18.

(25) Cfr. Flix-Zamudio, Héctor, "Derecho comparado y derecho de amparo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año III, núm. 8, mayo-agosto de 1970, p. 346.

reiterado en forma constante por los comparatistas más distinguidos, los que han sostenido que resulta más difícil conocer y apreciar correctamente el derecho nacional sin el empleo del método comparativo (26).

17. Sin el auxilio de la comparación jurídica el jurista se acostumbra a considerar las soluciones de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia de su país como las únicas posibles, con lo que obtiene una concepción estrecha y limitada de su propio ordenamiento jurídico; y, si, por el contrario, acude al contraste de este mismo ordenamiento con otros diversos, puede ampliar sus horizontes culturales, comprender con mayor precisión el alcance de los problemas jurídicos y obtener una sensibilidad más aguda para resolverlos, perfeccionando los instrumentos que se le han proporcionado, al utilizar la experiencia y los conocimientos derivados de otros ordenamientos jurídicos (27).

18. *c) Perfeccionamiento del lenguaje jurídico.* Se está logrando, de manera paulatina, al obligar a los estudiosos del derecho a prestar atención al sentido exacto de los términos extranjeros que se descubren en el análisis de los diversos sistemas jurídicos, con lo cual se obtiene lentamente, pero sin retrocesos, la formación de un *lenguaje jurídico internacional* que todavía se encuentra en su primera etapa de configuración, pero que resulta indispensable si se toma en consideración que dicho lenguaje existe en otras disciplinas, pero que carece en la ciencia jurídica; lo que dificulta de manera considerable la comprensión y el conocimiento del derecho (28).

19. *d) Comprensión internacional del derecho.* En el mundo contemporáneo, en el cual existe una aproximación cada vez mayor en materia social, política y económica, no se justifica el aislamiento de los diversos ordenamientos jurídicos, que también reciben una influencia recíproca permanente.

20. Al respecto, el notable comparatista francés René David ha señalado con profundidad que es necesario un esfuerzo entre los juristas

(26) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *op. ult. cit.*, p. 345.

(27) Cfr. David, René, *op. cit. supra*, nota 23, pp. 78-111.

(28) Cfr. Kisch, Isaac, "Droit comparé et terminologie juridique", *Buts et méthodes du droit comparé*, cit. *supra*, nota 10, pp. 407-234; Ascarelli, Tullio, "Premessa allo studio del diritto comparato", *Studi di diritto comparato e in tema de interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1952, pp. 5 y ss.

para comprender el punto de vista ajeno y para exponer a otros nuestras ideas sobre el derecho propio, de manera que pueda obtenerse también en el campo de la ciencia jurídica lo que se ha logrado en otras esferas del conocimiento, es decir, una coexistencia pacífica y, si es posible, armoniosa, como un instrumento indispensable para mantener y lograr el progreso de nuestra civilización (29).

21. e) *Unificación o armonización de los ordenamientos jurídicos.* Ello ha constituido siempre una de las grandes aspiraciones de los estudios jurídico-comparativos, y se pensó en un principio, en forma ingenua y romántica, que podría llegar a ser universal (30), pero se fue reduciendo en sus pretensiones para arribar a la unificación o armonización de *carácter regional* (31), la que en forma paulatina ha logrado la formación de un verdadero *derecho comunitario*, desarrollando en forma más vigorosa en las comunidades europeas y, particularmente, a través de la importante labor de la Corte de las propias comunidades, con residencia en Luxemburgo (32), y que en forma incipiente se ha perfilado en América Latina, en el nivel más reducido respecto de los cinco países andinos unidos en el Acuerdo de Cartagena, y que han creado un tribunal comunitario con sede en Quito (33); y que también puede señalarse en el interior de los países federales con diversidad de legislaciones locales, en los cuales se observa una tendencia creciente, si no a la unificación, al menos en cuanto a la creación de leyes modelo (34).

(29) Cfr. David, René, *Les grandes systèmes de droit contemporains*, cit. *supra*, nota 16, pp. 9-10.

(30) Cfr. Rotondi, Mario, "Diritto comparato", *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1964, t. V, pp. 824-825.

(31) Cfr. Limpens, Jean, "La evolución de la unificación del derecho", *Revista de Derecho Comparado*, Barcelona, 1960, pp. 9-18; *id.*, "Relations entre l'unification au niveau régional et l'unification au niveau universel", *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, año 16, núm. 1, enero-marzo de 1964, pp. 13-31.

(32) Cfr. Lagrange, Maurice, "The Court of Justice as a Factor in European Integration", *The American Journal of Comparative Law*, Berkeley, California, vol. 15, núm. 4, 1966-1967, pp. 709-725.

(33) Cfr. Sábica, Luis Carlos, *Introducción al derecho comunitario andino*, Quito, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1985; Flix-Zamudio, Héctor y Cuadra, Héctor, "Problèmes actuels d'armonisation et de l'unification des droits nationaux en Amérique Latine", *Nordisk Tidsskrift for International Ret*, Copenhagen, sup. 1, núm. 41, 1971, pp. 1-5.

(34) Cfr. Grant, J. A. C., "El sistema federal de los Estados Unidos de Norteamérica" (trad. de Jorge Velazco), *Los sistemas federales en el continente americano*, México, UNAM-FCE, 1972, pp. 422-435.

22. *f) Conocimiento dinámico de los ordenamientos jurídicos*, tomando en consideración que sólo los juristas que utilizan el método comparativo poseen la sensibilidad y la comprensión indispensables para lograr, en el ejercicio de diversas profesiones jurídicas (judicatura, legislación, ministerio público, abogacía, docencia e investigación) (35), la adaptación oportuna y adecuada de su propio ordenamiento jurídico a los cambios constantes de la vida social, pues de lo contrario se corre el riesgo de contemplar un sistema estático, rígido y anquilosado que impide la función de promotora del progreso y de la evolución social que debe corresponder a la ciencia jurídica, especialmente en los países en vías de desarrollo, en los cuales la labor de los juristas debe servir de impulso y no de retroceso, como con frecuencia se les atribuye (36).

23. También resulta difícil establecer la *extensión*, es decir, el objeto del conocimiento de los estudios jurídico-comparativos sin tomar en cuenta los aspectos materiales de dicho conocimiento; pero reduciendo en un primer momento el planteamiento a los lineamientos *formales* de la propia comparación, podemos señalar que en la mayoría de los estudios jurídicos comparativos se abarcan, en sentido amplio, tres sectores esenciales:

24. *A) Exposición del derecho extranjero*, con el cual en ocasiones se confunde el análisis estrictamente comparativo, pero que en el concepto certero de John Henry Merryman tiene un sentido puramente explicativo. En todo caso, el análisis de los ordenamientos extranjeros es el antecedente necesario para la comparación jurídica, que no puede realizarse sin el análisis previo de dichos ordenamientos, con los que en la mayoría de los casos debe efectuarse la confrontación (con exclusión de los supuestos de la llamada "microcomparación", en la cual se contrastan sistemas jurídicos internos) (37).

25. *B) Análisis de los problemas metodológicos de la comparación jurídica* que, en nuestra opinión, puede considerarse como el objeto propio de la ciencia del derecho comparado en sentido estricto (ver *supra*, párrafo 10) (38).

(35) Cfr. Merryman, John Henry, "Modernización de la ciencia jurídica comparada", cit. *supra*, nota 5, pp. 69-70.

(36) *Idem*, pp. 68-70.

(37) Cfr. Ansel, Marc, *op. cit. supra*, nota 11, p. 8.

(38) Cfr. Knapp, Viktor, *Science juridique*, París, UNESCO, 1972, pp. 73-82.

26. C) *Estudio de las disciplinas comparativas de carácter específico*, que comprende también el examen de *instituciones jurídicas particulares*, a través de la aplicación concreta del método comparativo como ocurre, por ejemplo, con los estudios de derecho privado comparado (39); derecho constitucional comparado (40); derecho socialista comparado (41); las sociedades por acciones en el derecho comparado (42); el proceso civil comparado (43); la justicia constitucional comparada (44), etcétera.

III. DERECHO COMPARADO Y DERECHO NACIONAL

27. El derecho nacional debe constituir el punto de partida de los estudios jurídico-comparativos, aun cuando es preciso distinguir claramente el ordenamiento jurídico nacional de los estudios jurídicos sobre el mismo, pues sólo en forma figurada podemos calificar estos últimos como "nacionales", ya que cuando se habla de "doctrina jurídica nacional" o de "ciencia jurídica nacional", en realidad, se pretende expresar que se trata de estudios realizados por los tratadistas de un país sobre su propio derecho, ya que no es posible sostener la existencia de una verdadera ciencia jurídica con un carácter exclusivamente local (45).

28. A primera vista podría considerarse paradójico que el derecho nacional sea considerado como la base para los estudios comparativos, tomando en cuenta que uno de los objetivos esenciales de la confrontación jurídica es precisamente la mejor comprensión del derecho propio (ver *supra*, párrafo 16). Sin embargo, así como el conocimiento de los

(39) Cfr. David, René, *op. cit. supra*, nota 23, pp. 3-35.

(40) Cfr. Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, 5a. ed., Milán, Giuffrè, 1984, pp. 3-33; Vergottini, Giuseppe de, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, Cedam, 1981.

(41) Cfr. Knapp, Viktor, *op. cit. supra*, nota 38, pp. 77-78.

(42) Cfr. Solá Cañizares, Felipe de, *Tratado de sociedades por acciones en el derecho comparado*, Buenos Aires, 1957, 3 vols.

(43) Cfr. Cappelletti, Mauro, *El proceso civil en el derecho comparado* (trad. de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, Ejea, 1973.

(44) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, UNAM, 1968; Favoreu, Louis (ed.), *Annuaire de Justice Internationale Constitutionnel Comparé*, 1985, París, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1987.

(45) Cfr. Yntema, Hessel E., "Los estudios comparativos de derecho a la luz de la unificación legislativa", *La Ley*, Buenos Aires, t. 29, enero-marzo de 1943, p. 545. Dicho autor afirmó que "Una ciencia nacional del derecho es tan descabellada -no obstante ser frecuente- como una ciencia nacional de biología, o algo similar"

ordenamientos extranjeros constituyen el *antecedente* de la confrontación, el ordenamiento nacional es la *base* de la misma comparación.

29. La afirmación anterior es sencilla desde el punto de vista formal, pero se complica de manera considerable cuando se pretende precisar el contenido *material* del ordenamiento jurídico que debe calificarse como "nacional".

30. En esta última dirección es que resultan trascendentes las aportaciones de los comparatistas contemporáneos, si tomamos en cuenta que en los inicios de los estudios comparativos en las primeras décadas de este siglo se consideraba como base de la confrontación únicamente la *legislación*, de acuerdo con las ideas de la revolución francesa que otorgó preeminencia al órgano parlamentario como "representante de la voluntad general" (46), al menos en la tradición jurídica continental europea (47), lo que dio lugar a un aspecto muy restringido de los estudios comparativos, a través de la corriente que se calificó como "legislación comparada" (48).

31. La evolución de los estudios jurídicos comparativos ha conducido hacia la extensión de este estrecho concepto del derecho nacional, para comprender, de manera paulatina dentro del ordenamiento local, a otros sectores normativos, especialmente la jurisprudencia judicial, que siempre ha consistido un elemento esencial en los sistemas que pertenecen a la tradición jurídica angloamericana o del *common law* (49).

32. En la actualidad, se ha ampliado de manera considerable tanto el contenido de lo que debe entenderse por derecho nacional como los factores que deben tomarse en consideración en la comparación jurídica. En efecto, por lo que respecta al ordenamiento jurídico éste no sólo debe comprender las normas legislativas y jurisprudenciales que conforman lo

(46) Cfr. Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social* (trad. Enrique de la Rosa), Buenos Aires, Los Libros del Mirasol, 1961, caps. VI, "De la Ley" y VII "Del legislador", pp. 177-182.

(47) Cfr. Merryman, John Henry, *op. cit. supra*, nota 6, p. 19-25.

(48) Esta es la primera etapa en la evolución del derecho comparado y se refleja en las primeras publicaciones jurídicas comparativas, como fueron el *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, que apareció en París a partir del año de 1869; el *Annuaire de Législation Etrangère*, también en París, en 1872, y el *Journal of Comparative Legislation*, cuya publicación se inició en Londres en el año de 1896.

(49) Cfr., entre otros, Neumayer, Karl H., "Law in Books, Law in Action et les méthodes du droit comparé", *Buts et méthodes du droit comparé*, *cit. supra*, nota 10, pp. 507-521.

que podemos calificar como "derecho sustancial" de carácter positivo, (50) sino también otras normas que regulan la *producción* de otras normas, las de *organización* y las de *procedimiento*, que conjuntamente con las sustanciales configuran lo que podríamos calificar el "ordenamiento jurídico" (51).

33. Son importantes las reflexiones de John Henry Merryman, quien se apoya en la distinción que el notable jusfilósofo inglés H. L. A. Hart, efectúa entre normas *primarias* y *secundarias* (52). Merryman señala que las primeras (que podrían identificarse con las normas sustanciales de carácter legislativo) tienen escaso valor explicativo, ya que no constituyen sino un aspecto parcial y estático del sistema jurídico nacional, y su adopción ocurre generalmente sin poner una atención consciente en sus implicaciones político y sociojurídicas, de manera que no pueden servir de base exclusiva a la comparación; ya que existen países que son social, política y económicamente muy diferentes y que, sin embargo, pueden tener cuerpos de normas primarias prácticamente idénticos (53).

34. Como certeramente lo ha sostenido el propio Merryman, a fin de poder lograr la verdadera comparación entre diversos sistemas u ordenamientos jurídicos, además de las normas primarias (que en la tradición jurídica continental europea o romano-canónica, tienen un carácter predominantemente legislativo) deben comprenderse las normas jurídicas secundarias, a las que nos hemos referido en el párrafo anterior, y además otros factores tales como la cultura jurídica, las instituciones jurídicas, los sujetos de derecho y las formas de la vida jurídica (54).

35. Precisamente, por considerarse que la base esencial de la comparación se apoya en los derechos nacionales, el procedimiento que se ha seguido en los diversos congresos internacionales de derecho organizados por la Asociación Internacional de Derecho Comparado (este último formado en Londres en el año de 1948) y que se han efectuado ininterrumpida y periódicamente a partir de esa época en diversos lugares, el último, es decir, el XII, en Sydney, Australia, 1986.

(50) Cfr. Pizzorusso, Alessandro, *op. cit. supra*, nota 18, pp. 11-20.

(51) Cfr. Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, 2a. ed., Fitenzo, 1961, pp. 26 y ss.

(52) *The Concept of Law*, New York-London, Oxford University Press, 1961, pp. 77-96.

(53) "Fines, objeto y método del derecho comparado", *cit. supra*, nota 5, pp. 77-78.

(54) *Idem*, p. 78.

36. En todos estos Congresos se discuten ponencias sobre diversas materias o instituciones jurídicas que se redactan a partir de informes nacionales, los que son analizados por el relator general como base para la comparación, y son estas ponencias generales las que se publican por las comisiones organizadoras de los citados congresos internacionales, en tanto que las nacionales son editadas en la mayor parte de los casos por los comités nacionales de derecho comparado.

37. Esta técnica se ha seguido en otras reuniones jurídicas internacionales de carácter comparativo, y para no mencionar sino algunos ejemplos podemos citar, entre otros, el Coloquio realizado en la ciudad de Florencia, los días 5 a 9 de septiembre de 1971, sobre el tema *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation. Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*, bajo los auspicios de la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas y el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Florencia (55).

38. Una técnica similar, aun cuando no idéntica, se siguió en otra importante reunión comparativa, es decir, el Coloquio reunido en Aix-en-Provence, los días 19 a 21 de febrero de 1981, para discutir el tema de los Tribunales Constitucionales Europeos y su labor protectora de los derechos humanos. En esta reunión se examinaron varias ponencias nacionales en relación con diversos aspectos de los tribunales constitucionales de Francia, República Federal de Alemania, Italia y Austria, así como algunos informes regionales sobre la Corte de las Comunidades Europeas (56).

IV. DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO

39. La doctrina no se ha puesto de acuerdo sobre si el derecho extranjero debe considerarse como un aspecto del contenido de la ciencia jurídica comparativa (57), lo que depende del concepto estricto o amplio que se tenga sobre el método comparativo, pero existe consenso sobre la imprescindible necesidad de lograr la comprensión de los ordenamientos y

(55) Cfr. Cappelletti, Mauro y Tallon, Denis (eds.), *Fundamental Guaranties of the Parties in Civil Litigation. Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*, Milán-Dobbs Ferry, New York, Giuffrè-Occana, 1973.

(56) Cfr. Favoreu, Louis (ed.), *Cours constitutionnelles européens et droits fondamentaux*, París, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1982.

(57) Cfr. Ancel, Marc, *op. cit. supra*, nota 11, pp. 8-13.

sistemas jurídicos extranjeros, ya que constituyen el otro extremo de la confrontación, respecto del derecho nacional.

40. Por otra parte, como lo ha afirmado John Henry Merryman, es confusa la diferencia entre el "derecho comparado" y el "derecho extranjero", ya que si bien es verdad que el análisis del derecho extranjero es esencialmente descriptivo y el derecho comparado requiere de dos o más sistemas jurídicos, o bien algunos de sus aspectos, resulta muy difícil describir cualquier cosa, sin el uso explícito o implícito de la comparación (58).

41. Al respecto, puede afirmarse que si el conocimiento del derecho nacional para efectos comparativos resulta difícil, ya que, como se ha afirmado con anterioridad, no es suficiente examinar los aspectos estrictamente jurídicos sino que es necesario tomar en cuenta otros factores del contexto social en el cual opera y se desarrolla el ordenamiento respectivo (ver *supra*, párrafos 33-34), una concepción similar de sistemas jurídicos extranjeros resulta todavía más complicada, debido a los obstáculos derivados de la obtención de los materiales necesarios y de la diversidad del vocabulario jurídico, así como su falta de la vivencia que se posee del derecho propio y que es difícil sustituir cuando se analiza un ordenamiento jurídico a distancia (59).

42. Si bien los problemas son menores cuando la comparación se efectúa en el interior de una de las grandes tradiciones, familias o sistemas jurídicos, como el continental europeo, el angloamericano, o el socialista, ninguno de los cuales, por otra parte, es monolítico, y especialmente cuando se trata de ordenamientos que pertenecen a países que poseen muchos puntos de contacto en su historia, tradición y desarrollo social y económico (como, por ejemplo, los latinoamericanos); pero los problemas se acrecientan cuando el derecho extranjero que se pretende conocer para efectuar el contraste, pertenece a una tradición diferente (lo que se califica de *macrocomparación*), que exige una laboriosidad proporcional al alejamiento del orden jurídico extranjero respecto del nacional, como ocurriría para seguir el mismo ejemplo, entre el derecho latinoamericano y los ordenamientos orientales, tales como los de la India o de los países árabes musulmanes, etcétera (60).

(58) "Modernización de la ciencia jurídica comparada", cit. *supra*, nota 5, pp. 68-69.

(59) Cfr. Merryman, John Henry, *op. cit. supra*, nota 6, pp. 142-150.

(60) Cfr. Knapp, Viktor, "Quelques problèmes méthodologiques dans la science du droit comparé", *Buts et méthodes du droit comparé*, cit. *supra*, nota 10, pp. 427-441.

43. Se podría objetar, al respecto, que si existen tantos impedimentos para la comprensión del derecho extranjero resulta impráctico insistir en la utilización del método jurídico comparativo, pero los obstáculos pueden superarse a través de las técnicas contemporáneas, como las que hemos señalado, que emplean la colaboración de informes nacionales (ver *supra*, párrafos 35–38), y adquiere todavía más fuerza cuando en la investigación intervienen especialistas de diversas ciencias sociales, pero coordinados por juristas, como en la monumental obra promovida por el profesor Mauro Cappelletti sobre *Accès to Justice*, en la cual además de los informes nacionales redactados por estudiosos del derecho, se incluyeron estudios sobre diversos ordenamientos e instituciones jurídicos efectuados por sociólogos, economistas y antropólogos (61).

44. Por otra parte, el estudio de los ordenamientos jurídicos extranjeros con fines comparativos no debe estimarse como una actividad simplemente especulativa, sino, por el contrario, implica un análisis para la correcta aplicación de las disposiciones normativas de nuestra época, en cuanto se advierte una creciente influencia y penetración recíprocas entre los ordenamientos, tanto de una misma tradición o familia jurídicas, como inclusive entre estas últimas, de tal manera que la distancia que los separa es cada vez menor; pues, inclusive, se tiende a la armonización de carácter regional a través de la formación de ordenamientos comunitarios (ver *supra*, párrafo 21) (62).

45. Esta aproximación entre diversas tradiciones o familias jurídicas se advierte inclusive respecto de aquéllas que nos parecen alejadas, como son los ordenamientos o sistemas que pertenecen a los países angloamericanos (*common law*) y los continentales europeos (*civil law*), entre los cuales, no obstante sus diferencias, existen varios aspectos de convergencia y de acercamiento (63).

(61) Cfr. Cappelletti, Mauro, "Acceso a la giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica", *Il Foro*, Roma, vol. XII, 1979, p. 2.

(62) Cfr., entre otros Juenger, Friederich K., "The Role of Comparative Law in Regional Organizations", *Law in the United States and Technological Revolution*, cit. *supra*, nota 20, pp. 49–65.

(63) Cfr. Merryman, John Henry, "On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law", *New Perspectives for a Common Law of Europe, Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Leyden-Stuttgart-Bruxelles-Firenze, Sijthoff-Klett-Cotta-Bruyant-Le Monnier, 1978, pp. 195–233.

V. NACIONALISMO JURIDICO Y EXTRANJERIZACION DEL DERECHO

46. Estos dos aspectos, que podemos considerar como desviaciones del empleo del método jurídico comparativo, son importantes en la doctrina mexicana (además de sus repercusiones en la ciencia del derecho comparado), en virtud de que hasta hace poco tiempo entre los tratadistas nacionales se formó un sector con un fuerte sentido nacionalista, como reacción a la influencia del ordenamiento norteamericano en el campo del derecho público y de los sistemas jurídicos español y francés en la esfera de instituciones del derecho privado civil y mercantil (64). Este movimiento se desarrolló en virtud de la renovación que significó la expedición de la Constitución Federal de 1917, que fue la primera en introducir disposiciones tutelares de los grupos sociales marginados (campesinos y obreros) (65), lo que determinó una corriente jurídica socializadora, con perfiles propios (66), que todavía perdura en algunos tratadistas, que no son partidarios de los estudios comparativos, especialmente en algunos sectores que se consideran como una creación predominantemente nacional, entre ellas, el derecho de amparo (67).

47. Se puede afirmar que el nacionalismo jurídico se traduce en la desviación metodológica que implica la apreciación de un sistema normativo en forma aislada y sin tomar en cuenta la evolución de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia de otros ordenamientos o sistemas jurídicos con los cuales se encuentra relacionado; en tanto que puede hablarse, en sentido inverso, de extranjerización, cuando se aplican en forma automática y sin el debido discernimiento, los lineamientos de sistemas jurídicos extranjeros, respecto de los cuales el ordenamiento nacional queda en una situación de dependencia excesiva debido a la ausencia de soluciones adecuadas al régimen propio, ya que como lo

(64) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Derecho comparado y la ciencia jurídica en México", *Memoria de El Colegio Nacional*, 1974, México, 1975, pp. 244-251.

(65) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "El Estado social de derecho y la Constitución mexicana", *La Constitución mexicana. Rectoría del Estado y economía mixta*, México, UNAM-Porrúa, 1985, pp. 77-120.

(66) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor y Hurtado Márquez, Eugenio, "La ciencia del derecho en el último siglo: México", en Rotondi, M. (ed.), *La scienza del diritto nell'ultimo secolo*, Padova, Cedam, 1976, pp. 470-474.

(67) Cfr., particularmente, Burgoa Orihuela, Ignacio, *El juicio de amparo*, 21a. ed., México, Porrúa, 1984, pp. 21-23.

señaló con agudeza el comparatista Hessel E. Yntema, es mucho más fácil imitar un modelo extranjero, que inventar uno nuevo (68).

48. No se trata, como se dijo anteriormente, del desconocimiento de otros sistemas jurídicos, sino de su utilización inadecuada, por defecto o por exceso; pues, como lo sostuvo brillantemente John Henry Merryman, desde un determinado ángulo, el derecho es un proceso definido históricamente por medio del cual ciertos problemas sociales son descubiertos, formulados y resueltos (69); pero contemplado desde otro punto de vista, todo ordenamiento se ha formado a través de la influencia de otros sistemas jurídicos con los cuales se encuentra en contacto en forma permanente, de tal manera que los principios esenciales del derecho desbordan las fronteras políticas (70).

49. Descubrimos un movimiento constante de fuerzas contrarias que en una cierta época tienden a concentrarse en el derecho nacional, y, en otras se aproxima a los ordenamientos extranjeros, en un constante flujo y reflujo, que tal vez pudieran explicar el predominio del positivismo jurídico en determinados periodos o, en otros, el resurgimiento de las diversas tendencias del derecho natural (71).

VI. LA ENSEÑANZA TRADICIONAL Y LA CONTEMPORANEA DEL DERECHO COMPARADO

50. Uno de los aspectos esenciales en la evolución de los estudios jurídicos comparativos se refiere a su enseñanza, pues si bien la confrontación puede efectuarse al apreciar dos o más sistemas u ordenamientos jurídicos, sólo puede ser fructífera si se conocen las técnicas de la propia comparación, las que se han perfeccionado de manera paulatina, a partir de los estudios de legislación comparada, a los cuales nos hemos referido con anterioridad (ver *supra*, párrafo 30).

(68) "Comparative Law and Humanism", *The American Journal of Comparative Law*, Ann Arbor, Michigan, vol. VII, núm. 4, otoño de 1958, p. 498.

(69) *Op. cit. supra*, nota 6, pp. 149-150.

(70) *Cfr.* Vecchio, Giorgio del, "Le basi del diritto comparato e i principii generali del diritto", *Buts et méthodes du droit comparé*, cit. *supra*, nota 10, pp. 115-122; *id.*, "La unidad del espíritu humano como base de la comparación jurídica" (trad. de Julio Ayasta González), *Revista Jurídica del Perú*, Lima, año II, núm. 1, enero-abril de 1951, pp. 6-7.

(71) *Cfr.* García Máynez, Eduardo, *Positivismo jurídico, pluralismo sociológico y antinaturalismo*, México, UNAM, 1968.

51. Por ese motivo, ha existido una preocupación permanente por parte de los cultivadores de la comparación jurídica, a fin de que la misma se perfeccione o se introduzca en los planes y programas de estudios de las facultades de derecho, en las cuales existe todavía imprecisión a su encuadramiento; pues es frecuente que los cursos sobre "derecho comparado" se impartan esporádicamente o de manera irregular, sin una debida ordenación en cuanto a sus niveles (72).

52. Resulta, por tanto, explicable que en varias reuniones internacionales, especialmente en los congresos de derecho comparado, se promueva y se insista en la necesidad de generalizar en todas las facultades de derecho la enseñanza de la ciencia jurídica comparada, con independencia de los cursos especializados sobre los diversos ordenamientos o sistemas jurídicos. En vía de ejemplo, podemos señalar que en la Tercera Conferencia de la International Bar Association, reunida en Londres en julio de 1950 y que se realizó conjuntamente con la del Comité Internacional de Derecho Comparado, se aprobaron varias recomendaciones propuestas en la ponencia del profesor C. J. Hamson, de la Universidad de Cambridge, varias de ellas dirigidas a vigorizar la enseñanza de los métodos jurídicos comparativos (73).

53. Poco tiempo antes de dicha reunión, se había creado en la ciudad de Cambridge, Inglaterra, con motivo del evento efectuado los días 28 a 30 de diciembre de 1949, el citado Comité Internacional de Derecho Comparado, bajo los auspicios de la UNESCO, figurando como primer secretario general, el insigne comparatista francés René David. En los artículos 3o. y 5o. de los Estatutos del referido Comité, aprobados en la mencionada reunión de Londres, de julio de 1950, se dispuso que el propio Comité debe favorecer el conocimiento y la mutua comprensión entre las naciones y fomentar la difusión de la cultura, desarrollando el estudio de los derechos extranjeros y el empleo del método comparativo en las ciencias jurídicas, promoviendo en todos los países el desenvolvimiento de las instituciones dedicadas al estudio de los derechos

(72) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "L'importance du droit comparé dans l'enseignement juridique", *Rapports généraux au IX Congrès International de Droit Comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1977, pp. 146-155.

(73) Cfr. International Bar Association, *Third Conference Report, London, July, 1950*, The Hague, 1952, p. 167.

extranjeros y el derecho comparado, promoviendo su creación en aquéllos en los que no existan (74).

54. También podemos destacar que en el Tercer Congreso Internacional de Derecho Comparado, que se efectuó en la misma ciudad de Londres, durante los días 1o. a 7 de agosto del referido año de 1950, se abordó el tema del derecho comparado, pero de manera exclusiva desde el punto de vista de la unificación jurídica (75), si bien en la misma reunión se presentó un breve informe del conocido tratadista Hessel E. Yntema, sobre los estudios comparativos en los Estados Unidos, específicamente en la Universidad de Michigan (76).

55. El tema específico de la enseñanza del derecho comparado se abordó nuevamente en el Cuarto Congreso Internacional de Derecho Comparado, realizado en la ciudad de París, los días 1o. a 7 de agosto de 1954, habiéndose discutido el tema de *Los medios aptos para hacer del derecho comparado un elemento aprovechable de educación jurídica*. Entre las recomendaciones aprobadas se advierten algunas en las cuales se señala que los estudios jurídicos comparativos no deben reducirse al examen de las disposiciones legislativas, sino que deben tener una base histórica y comprender un examen sociológico y etnológico, por lo que las grandes universidades deberían organizar cursos especializados y conferencias sobre los principales sistemas jurídicos extranjeros, así como fomentar el intercambio de profesores y estudiantes (77).

56. En el calificado Primer Congreso Internacional de Derecho Comparado organizado por la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas, en Barcelona, España, los días 10 a 17 de septiembre de 1956, uno de los aspectos debatidos se refirió precisamente a la enseñanza del derecho comparado, de acuerdo con la ponencia elaborada por los com-

(74) Cfr. Hamson, C.J., "Droit comparé et l'enseignement du droit", *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, octubre-diciembre de 1950, pp. 671-681; "UNESCO et le droit comparé", *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, abril-junio, julio-septiembre de 1950, pp. 328-333, 526-530.

(75) Cfr. Istituto Italiano di Studi Legislativi, *Memoires de l'Academie Internationale de Droit Comparé*, Roma, 1953, ts. XCVIII-CXIX, p. III.

(76) "Comparative Legal Studies in the U.S. Research in Interamerican Law in the University of Michigan", *op. cit.* nota anterior, pp. 101-110.

(77) Cfr. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año VIII, núm. 23, mayo-agosto de 1955, p. 344.

paratistas Felipe Solá Cañizares y André Bertrand, en la cual se recomendó que el derecho comparado y el método comparativo deberían ser objeto de enseñanza, si es posible obligatoria, y en diversos niveles, en las facultades de derecho de los distintos países y que era preciso establecer cursos de iniciación al derecho nacional para los estudiantes extranjeros, en los países en que tales cursos no se hubiesen organizado (78).

57. En el Quinto Congreso Internacional de Derecho Comparado, realizado en la ciudad de Bruselas, Bélgica, los días 4 a 9 de agosto de 1958, se insistió una vez más en el tema *Estudio y enseñanza del derecho comparado y unificación* (79).

58. En los siguientes congresos internacionales de derecho comparado, es decir, el Sexto, Hamburgo, República Federal de Alemania, los días 30 de julio a 4 de agosto de 1962 (80), el séptimo, Upsala, Suecia, del 6 al 13 de agosto de 1966 (81); y el Octavo Pescara, Italia, del 29 de agosto al 5 de septiembre de 1970 (82), se conservó en los programas la materia relativa al *derecho comparado, sus métodos y la unificación del derecho*; pero el énfasis recayó en la unificación jurídica y la recepción de los derechos extranjeros, sin que se hubiese abordado de manera concreta la enseñanza del derecho comparado en sentido estricto.

59. Se pueden mencionar otras dos reuniones académicas en las cuales se discutió en forma específica la enseñanza jurídica comparativa, y, al respecto, se puede destacar que en el VII Coloquio Internacional de Derecho Comparado, organizado por el Centro Canadiense de Derecho Comparado en la ciudad de Ottawa, durante los días 27 a 29 de agosto de 1969, uno de los temas examinados fue precisamente *El derecho comparado y sus enseñanzas en la sociedad moderna* (83).

(78) Cfr. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año X, núm. 28, enero-abril de 1957, pp. 350-351.

(79) Cfr. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año XI, núm. 33, septiembre-diciembre de 1958, p. 245.

(80) Cfr. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año XIV, núm. 40, enero-abril de 1961, p. 266.

(81) Cfr. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año XVII, núm. 50, mayo-agosto de 1964, pp. 534-536.

(82) Cfr. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año II; núm. 4, enero-abril de 1969, p. 268 y año III, núm. 9, septiembre-diciembre de 1970, pp. 797-810.

(83) Cfr. Centre Canadien de Droit Comparé, *Travaux du septième Colloque International de Droit Comparé*, Ottawa, Ontario, Canadá, 1970.

60. En la Conferencia efectuada en la ciudad de Nueva York, los días 29 a 30 de enero de 1971, bajo los auspicios de la Parker School of Foreigns and Comparative Law, se discutieron de manera exclusiva los aspectos relativos a la enseñanza del derecho comparado (84).

61. Sin embargo, la reunión en la cual se hicieron aportaciones importantes al tema de la enseñanza de la ciencia jurídica comparada fue en el IX Congreso Internacional de Derecho Comparado, efectuado en la ciudad de Teherán, Irán, los días 27 de septiembre a 4 de octubre de 1974, ya que uno de los temas importantes debatidos en ese evento fue el relativo a la *Importancia del derecho comparado en la enseñanza jurídica*. En esa reunión se puso de relieve a través de los numerosos informes generales que se consignaron, en la ponencia general encomendada al que esto escribe, que no obstante los esfuerzos realizados, todavía en esa oportunidad no podían considerarse satisfactorios los avances realizados en el campo de la docencia comparativa; pues con excepción de Francia, país en el cual el derecho comparado tiene una importante tradición, en los demás ordenamientos, inclusive los altamente desarrollados como los de Italia y la República Federal de Alemania, los cursos sobre la ciencia jurídica comparativa tienen carácter optativo tanto a nivel de licenciatura como en posgrado (85).

62. Por supuesto que la situación es todavía más desfavorable en las escuelas de derecho latinoamericanas, a pesar de las diversas recomendaciones que se han hecho en las conferencias latinoamericanas de facultades de derecho, organizadas por la Unión de Universidades de América Latina (86), si bien en México se observa recientemente una limitada mejoría en esta situación, como lo examinaremos más adelante (ver *infra*, párrafos 73-82).

63. Una de las causas que, a nuestro modo de ver, han restringido de manera considerable la implantación de cursos obligatorios sobre el método jurídico comparativo, en sus diversos niveles, se advierte en la ausencia de material didáctico adecuado y moderno, lo que ha producido dos inconvenientes: en primer lugar, una restricción en el análisis, que se

(84) Cfr. Cohen, Jerome A. y otros, "The Teaching of Comparative Law", *The American Journal of Comparative Law*, Berkeley, California, vol. 19, núm. 4, 1971.

(85) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit. supra*, nota 72, pp. 144-146.

(86) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit. supra*, nota 19, pp. 147-149.

limita al estudio predominante de disposiciones legislativas nacionales y extranjeras (normas primarias en la concepción de Merryman; *supra*, párrafo 33), y, por la otra, la resistencia de los alumnos para llevar esos cursos comparativos, a los que consideran como exóticos y les atribuyen dificultades para su aprendizaje.

64. Una gran labor encaminada a la enseñanza es la efectuada por el ilustre comparatista René David, en su magnífico libro *Les grands systèmes de droit contemporains* (7a. ed., París, Dalloz, 1978), que ha sido traducido a varios idiomas y adaptado para la docencia en diversos países. La citada obra ha sido publicada en sus versiones inglesa (87), alemana (88), italiana (89) y española (90).

65. También constituyen un gran apoyo en los cursos jurídicos comparativos, la labor realizada por las grandes revistas de derecho comparado, algunas de gran tradición, como la *Revue Internationale de Droit Comparé*, que aparece trimestralmente desde 1949, y que es la continuación del clásico *Bulletin de la Société de Législation Comparé* (1869–1948); *International and Comparative Law Quarterly* (a partir de 1952) y continuación de otra publicación clásica, *Journal of Comparative Legislation* (1896–1951); *American Journal of Comparative Law* (a partir de 1952); *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (desde 1927); *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (también a partir de 1927); y en español, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (desde 1968), que constituye la continuación del *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México* (fundado en 1948 y que terminó en 1967) (91).

66. Pero, aun con toda esta información, todavía falta material suficiente y accesible que sirva de apoyo a los alumnos que pretendan seguir cursos sobre derecho comparado, en los diversos niveles de enseñanza.

(87) Cfr. David, René y Brierley, J.E.C., *Major Legal Systems in the World to-day*, 2a. ed., 1977.

(88) Cfr. David, R. y Grasmann, H., *Einführung in die grossen Rechtssysteme der Gegenwart*, Berlín, 1966.

(89) Cfr. David, R., *I. grandi sistemi giuridici contemporanei*, 1967.

(90) Cfr. David, René, *Los grandes sistemas de derecho del mundo contemporáneo*, Barcelona, Aguilar, 1968.

(91) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Brèves réflexions sur l'objet et la nature des revues de droit comparé" (trad. Monique Lions), *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, año 27, núm. 1, enero-marzo de 1975, pp. 85–96.

VII. LA INFLUENCIA DE LAS IDEAS MODERNIZADORAS DE JOHN HENRY MERRYMAN

67. Como lo ha señalado agudamente el también conocido comparatista Mauro Cappelletti, profundo conocedor de la obra de Merryman, los planteamientos del destacado jurista estadounidense han trascendido ampliamente en los Estados Unidos, Europa y latinoamérica, en dos importantes direcciones: en primer término, para superar la clásica concepción puramente legalista y dogmática en los estudios jurídicos comparativos, y, por el otro, a través de sus numerosos discípulos, algunos de los cuales lo han sido directamente en la Universidad de Stanford (92).

68. Por lo que se refiere al primer sector, relativo a las aportaciones esenciales del profesor Merryman respecto de los aspectos metodológicos, la llamada ciencia del derecho comparado que, como hemos sostenido anteriormente, es una disciplina metodológica (ver *supra*, párrafo 6), podemos señalar que uno de sus conceptos esenciales en los estudios jurídicos comparativos es el relativo a "tradición jurídica", que resulta indispensable para la comprensión de la multiplicidad de ordenamientos de nuestra época.

69. Es particularmente útil la distinción que realiza entre la "tradición jurídica" y los sistemas jurídicos. Estos últimos, como lo señala Merryman, son conjuntos operativos de instituciones, procedimientos y normas jurídicas y, por lo mismo, asumen una gran diversidad; en tanto que la tradición jurídica puede caracterizarse como: un conjunto de actitudes profundamente arraigadas, y condicionadas históricamente, acerca de la naturaleza de la ley, de la función del derecho en la sociedad y en la forma de gobierno; sobre la organización y operación apropiadas de un sistema jurídico y respecto del modo como debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la cual es una expresión parcial. Coloca el sistema jurídico dentro del ámbito cultural.

Con apoyo en esta noción, considera que existen tres tradiciones jurídicas esenciales: la del *common law* (o angloamericana); la del *civil law* (romano-canónica) y la *socialista* (93).

(92) *Op. cit. supra*, nota 1, pp. 1081-1084.

(93) *Op. cit., supra*, nota 6, pp. 1-2.

70. Otra idea esencial en la modernización de los estudios jurídicos comparativos que utiliza John Henry Merryman (que tomó de la filosofía de la ciencia) es la de *paradigma*, considerado como el conjunto de actitudes e ideas que son la base y dan forma y dirección al trabajo de la comunidad de eruditos en un campo dado del conocimiento en un momento determinado. El notable estudioso estadounidense utiliza dicho concepto para señalar que la tradición científica continental europea, es decir, la que surge con la Revolución francesa y se consolida con los estudios jurídicos alemanes en la segunda mitad del siglo XIX, se apoya en un paradigma anticuado, puesto que pretende realizar la comparación jurídica apoyándose exclusivamente en las normas "primarias", es decir, de carácter predominantemente legislativo y doctrinal; modelo que debe sustituirse por un paradigma que, como hemos señalado anteriormente (ver *supra*, párrafo 33), incluya las normas "secundarias" (94).

71. Para construir ese nuevo "paradigma", Merryman considera que el "sistema jurídico", como un aspecto específico de la tradición, comprende los aspectos de la sociedad y de la cultura que se relacionan con el derecho, y que comprende tres dimensiones: *extensión, penetración y cultura jurídicas*. Estas tres nociones, que se interrelacionan, de acuerdo con el autor, forman un conjunto de dimensiones exteriores o de condiciones restrictivas, del sistema jurídico que pretende estudiarse, y su conocimiento proporciona la información sobre el contexto del propio sistema jurídico, que se integra, a su vez, por otros tres conceptos: *instituciones, actores y procesos jurídicos*. Sólo cuando se toman en cuenta todos estos factores es posible que se pueda conocer realmente un sistema jurídico determinado y se esté en aptitud de realizar la comparación con otros sistemas, ya sea de la misma tradición o de otra diversa, pero siempre que se analicen a través de estas dimensiones y factores (95).

72. Mauro Cappelletti nos informa acerca de los numerosos discípulos de John Henry Merryman, muchos de los cuales siguieron sus cursos en la Universidad de Stanford, que actualmente ocupan cátedras de derecho comparado tanto en Europa, particularmente en Italia, y en los Estados Unidos, y nos señala los nombres de conocidos comparatistas como Cassese, Crespi-Reghissi, Rodotà, Corapa, De Vita, Scaparone, Trocker, Varano, Vigoritti y la figura destacada de Gino Gorla, y en los

(94) "Fines, objeto y método del derecho comparado", cit. *supra*, nota 5, pp. 85-92.

(95) "Modernización de la ciencia jurídica comparada", cit. *supra*, nota 5, pp. 78-85.

Estados Unidos, Robert Bush, David Clark y Bryant Garth, todos ellos autores de estudios comparativos de gran trascendencia (96).

73. Pero, también debemos destacar su gran interés por el conocimiento de los sistemas jurídicos latinoamericanos, como lo demuestra, por una parte, la formación de un grupo de estudiosos de siete naciones, juristas y sociólogos que, dirigidos por John Henry Merryman, colaboraron en un proyecto de investigación llamado SLADE (*Studies in Law and Development*) y del cual formaron parte varios latinoamericanos (97). Los resultados de este proyecto se publicaron en un excelente libro, que contiene numerosos materiales que pueden servir de sólido apoyo a posteriores investigaciones de carácter comparativo (98).

74. Su preocupación por los ordenamientos jurídicos de nuestra región se advierte también en otra obra fundamental para la enseñanza del derecho comparado, es decir, la redactada por John Henry Merryman con la colaboración de David S. Clark, *Comparative Law: Western European and Latin American Legal System. Cases and Materials* (99); pues, si bien es verdad que se ha incrementado en las universidades de los Estados Unidos el interés por el examen de las instituciones jurídicas, políticas y sociales de los países latinoamericanos, son escasos los libros de materiales para efectuar los estudios comparativos.

75. Dichos estudios de los ordenamientos latinoamericanos cuentan con pocos libros didácticos para su enseñanza. Como ejemplos podemos citar las importantes recopilaciones de materiales, traducidos al inglés, por los profesores Kenneth L. Karst (100), y el mismo Karst con la colaboración de Keith S. Rosenn (101).

(96) *Op. cit. supra*, nota 1, pp. 1083.

(97) Los países y los expertos que participaron fueron: Edmundo Fuenzalida Fairovich (Chile); Carlos José Gutiérrez, con la colaboración de Ricardo Harbottle (Costa Rica); Fernando Rojas Hurtado (Colombia); Sabino Cassese y Stefano Rodotà (Italia); Lorenzo Zolerzi Ibárcena (Perú); José Juan Tohária (España); David S. Clark y Lawrence M. Friedman (Estados Unidos). De México colaboraron sólo en un principio, pero se retiraron posteriormente, Miguel Wionczek y María Luisa Leal Duk.

(98) *Cf.* Merryman, John Henry; Clark, David S. y Friedman, Lawrence M., *Law and Social Change in Mediterranean Europe and Latin America. A Handbook on Legal and Social Indicators for Comparative Study*, Stanford, Stanford Studies in Law and Development (SLADE), 1979.

(99) Indianápolis, Bobbs-Merryl, 1978.

(100) *Latin American Legal Institutions. Problems for Comparative Study*, Los Angeles, University of California, Latin American Center, 1966.

(101) *Law and Development in Latin America. A Case Book*, Berkeley, University of California Press, 1975.

VIII. LA NECESIDAD DE ACTUALIZAR LOS ESTUDIOS Y LA ENSEÑANZA COMPARATIVA EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO

76. El examen superficial que hemos hecho de algunos aspectos del enriquecedor pensamiento del insigne comparatista John Henry Merryman, nos conduce a reflexionar sobre la situación en la cual se encuentran los estudios y la investigación comparativa en nuestro país, sobre la cual ya habíamos efectuado un balance hace algunos años (102).

77. En esa oportunidad señalamos que la docencia comparativa se ha limitado casi exclusivamente a la Facultad de Derecho de la UNAM y muy esporádicamente en alguna otra institución educativa mexicana (103).

78. Debido a la extraordinaria labor del distinguido jurista español Felipe Sánchez Román, quien fue además el fundador del Instituto de Derecho Comparado de México (del que haremos referencia más adelante) (ver *infra*, párrafo 83), se estableció, en 1940, la cátedra de introducción al derecho comparado, en la licenciatura de la entonces Escuela Nacional de Jurisprudencia de la Universidad Nacional Autónoma de México, cátedra que ocupó hasta 1949, ya que en 1950 dicho profesor sustentó, en unión de los profesores mexicanos Agustín García López y Eduardo Trigueros, el curso de derecho comparado en el recién fundado doctorado (104), que motivó la transformación de la mencionada escuela en Facultad de Derecho.

79. Como el curso introductorio de la licenciatura tenía carácter optativo en el último semestre del plan de estudios, ha sido suprimido desde hace varios años, debido a que atraía un número reducido de alumnos, por las dificultades de comprensión que hemos señalado con anterioridad (ver *supra*, párrafo 63), y también por la ausencia de mate-

(102) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Setenta y cinco años de evolución del derecho comparado en la ciencia jurídica mexicana", *LXXV Años de evolución jurídica en el mundo, II. Historia del derecho y derecho comparado*, México, UNAM, 1977, pp. 166-179.

(103) Esporádicamente se ha impartido un curso introductorio al derecho comparado en la Escuela de Derecho de la Universidad Anáhuac, del Distrito Federal por el profesor Walter Frisch, Universidad de carácter privado.

(104) Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Creación del doctorado en derecho", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, núm. 44, 1949, pp. 235-315; *id.*, "Datos y antecedentes relativos a la implantación en México del doctorado en derecho", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. IX, núm. 35-36, julio-diciembre de 1959, pp. 9-39.

riales pedagógicos, que son esenciales para la enseñanza de una disciplina tan compleja.

80. Por lo que se refiere a los estudios de posgrado, la materia, también introductoria, debido a que prácticamente era inexistente en la licenciatura, se impartió por algunos años, hasta que fue suprimida en 1969. Se restableció recientemente de manera más adecuada, es decir, como uno de los requisitos sin valor en créditos, que deben cursar obligatoriamente los aspirantes a los referidos estudios de posgrado.

81. Sin embargo, los profesores que imparten esta disciplina tienen dificultades para disponer de materiales, puesto que inclusive los textos esenciales, como el clásico libro del profesor René David, en su traducción española, *Los grandes sistemas de derecho del mundo contemporáneo* (Barcelona, 1968), se encuentra totalmente agotado desde hace varios años. Afortunadamente, se cuenta con el magnífico libro de John Henry Merryman, que tantas veces hemos mencionado, *La tradición jurídica romano canónica*, versión castellana de la primera edición (México, 1971), pero del cual existen pocos ejemplares disponibles.

82. Como el curso permanente y obligatorio de derecho comparado se imparte hace pocos años en los estudios de posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM, todavía no contamos con un libro en el cual se reúnan algunos comentarios doctrinales, textos legislativos y jurisprudencia de ordenamientos extranjeros, con los cuales se pueda intentar la comparación.

83. Existe un panorama más alentador en el campo de la investigación jurídica comparativa, también casi toda ella concentrada en la Universidad Nacional Autónoma de México. La razón de que la investigación se hubiese desarrollado con mayor vigor que la enseñanza se debe, esencialmente, a la circunstancia de que, en 1940, fue creado el Instituto de Derecho Comparado de México por el ilustre jurista español Felipe Sánchez Román (105), y que pocos años después, es decir, en 1948, el también destacado tratadista español, prematuramente desaparecido, Joaquín Rodríguez y Rodríguez, fundó el *Boletín del Instituto de Dere-*

(105) Cfr. Elola, Javier, "Veinticinco años del Instituto de Derecho Comparado de México", *XXV Aniversario del Instituto de Derecho Comparado de México (1940-1965)*, México, UNAM, 1965.

cho Comparado de México, que se publicó ininterrumpidamente hasta el año de 1967 (106), ya que en 1968 fue sustituido por el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* al cambiar el nombre del Instituto por el actual, de Investigaciones Jurídicas de la propia Universidad (107).

84. Cabe explicar que, en virtud de la expedición de la actual Ley Orgánica de la UNAM en el año de 1945, los institutos de investigación no dependen de las escuelas y facultades respectivas, sino que se organizan de manera autónoma, bajo la vigilancia de dos coordinaciones, de Ciencias y de Humanidades; y, además, están dotados de personal académico, que si bien está obligado a realizar actividades docentes, la mayor parte de su tiempo lo dedica a la investigación (108).

85. Aun cuando las labores del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM no se han concentrado, como en su antecesor, en los estudios jurídicos comparativos, sin embargo publica ininterrumpida y cuatrimestralmente, a partir de 1968, el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (continuación del anterior *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México* (1948-1967), en el cual han aparecido numerosos estudios de juristas mexicanos y extranjeros con un enfoque predominantemente comparativo (109).

86. Además, el propio Instituto de Investigaciones Jurídicas ha participado en los congresos internacionales de derecho comparado, a través del Comité Mexicano de Derecho Comparado, que inició sus actividades académicas en nuestro país el 10 de julio de 1953, bajo los auspicios del Comité Internacional de Derecho Comparado. Comité nacional que se encuentra vinculado desde su fundación con el propio Instituto, de manera que su presidencia la ocupa el director del Instituto.

(106) "Inventario y balance del Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México durante sus primeros dieciocho años de vida", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año XVIII, núm. 53, mayo-agosto de 1965, pp. 401-464.

(107) Cfr. Schroeder, Francisco Arturo, "Breve reseña histórica del Instituto", *XL Aniversario del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, UNAM, 1980, pp. 9-18.

(108) De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 12 de la Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México y 9, 51-54, de su Estatuto General, los institutos de ciencias y de humanidades son autónomos de las escuelas y facultades de la propia Universidad, y están integrados por personal académico dedicado esencialmente a la investigación, con obligación subsidiaria de carácter docente.

(109) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit. supra*, nota 102, pp. 171-178.

87. Es importante destacar que dicho Comité Mexicano ha coordinado la participación de los tratadistas mexicanos en los citados congresos internacionales de derecho comparado, organizados por el referido Comité Internacional; y, además ha publicado, por conducto del mencionado Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, varios volúmenes con las comunicaciones mexicanas a dichos congresos internacionales, que se inician con el Quinto, efectuado en Bruselas en 1958, y, posteriormente, las presentadas en el Sexto (Hamburgo, 1966); Séptimo (Upsala, 1966); Octavo (Pescara, 1970); Noveno (Teherán, 1974); Décimo (Budapest, 1978), y Décimoprimer (Caracas, 1982).

88. Por otra parte, el propio Instituto ha publicado numerosos trabajos con enfoque comparativo, entre los cuales predominan los referentes al ámbito latinoamericano, especialmente en el campo del derecho constitucional comparado (110), incluyendo textos legislativos, pues recientemente editó, en dos volúmenes, los textos vigentes de las Constituciones de Latinoamérica (111), obra que es necesaria para los estudios comparativos de la región, ya que las recopilaciones que se habían publicado con anterioridad, se encuentran superadas por el dinamismo de los cambios jurídico-políticos, muy acelerados, de nuestros países.

89. También deben destacarse las aportaciones del Instituto y de sus investigaciones en el campo de los problemas metodológicos de la ciencia jurídica comparada, y en esta dirección podemos señalar los estudios de Javier Elola (112), Luis Recaséns Siches (113), Fausto E. Rodríguez García (114), Roberto Molina Pasquel (115) y Héctor Fix-Zamudio (116).

(110) *Idem*, pp. 175-176.

(111) Como los dos primeros volúmenes de una colección que comprende también estudios doctrinales, bajo la denominación común de *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*.

(112) "El estudio del derecho comparado, instrumento de la unificación jurídica internacional", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año XI, núm. 32, mayo-agosto de 1958, pp. 19-33.

(113) "Nuevas perspectivas del derecho comparado", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 10, 1953, pp. 227-253; "Los métodos de la investigación sociológica en derecho comparado", *Comunicaciones mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, México, UNAM, 1971, pp. 75-91.

(114) "Los principios generales del derecho y el derecho comparado", *Comunicaciones mexicanas al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado* (Hamburgo, 1962), México, UNAM, 1962, pp. 15-27; "Notas en torno a la cientificidad del derecho comparado", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año XI, núm. 31, enero-abril de 1958, pp. 71-82.

(115) "Veinticinco años de evolución del derecho comparado: 1940-1965", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año II, núm. 4, enero-abril de 1969, pp. 57-68.

(116) *Cfr.* los trabajos mencionados *supra*, notas 25, 64, 72 y 102.

90. En esta misma dirección, el anterior Instituto de Derecho Comparado de México y el actual Instituto de Investigaciones Jurídicas, de la UNAM, han publicado varias traducciones de comparatistas extranjeros sobre los aspectos metodológicos de la disciplina; labor que se inició con la versión española del breve pero clásico trabajo de Mario Sarfatti, *Introducción al estudio del derecho comparado* (México, UNAM, 1945) y ha continuado con los artículos redactados por E.H. Lawson (117), Konrad Zweigert (118), Giorgio del Vecchio (119), el mismo Mario Sarfatti (120), Angelo Piero Sereni (121), Milton Katz (122), Jaro Mayda (123), J.A. Jolowicz (124) y los dos estudios de John Henry Merryman que hemos comentado especialmente en este pequeño trabajo (125).

91. No obstante estas actividades dirigidas a la investigación jurídico-comparativa realizadas por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se necesita un mayor esfuerzo para perfeccionar dichos estudios, para lo cual se requiere, por una parte, mayor trascendencia en la enseñanza (ver *supra*, párrafos 62-63) y para ello es preciso la elaboración de recopilaciones de materiales legislativos, doctrinales y de

-
- (117) "El campo del derecho comparado" (trad. de Helena Pereña de Malagón), *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año III, núm. 9, septiembre-diciembre de 1950, pp. 9-28.
- (118) "El derecho comparado al servicio de la unificación jurídica" (trad. del Instituto de Derecho Comparado), "El derecho comparado como método universal de interpretación" (trad. de Héctor Perezamador), *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año IX, núm. 25, enero-abril de 1956, pp. 53-65 y año XI, núm. 31, enero-abril de 1958, pp. 31-69, respectivamente.
- (119) "Las bases del derecho comparado y los principios generales del derecho" (trad. de Luis Dorantes Tamayo), *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año XIV, núm. 40, enero-abril de 1961, pp. 29-36.
- (120) "Los primeros pasos del derecho comparado" (trad. de Monique Lions Signoret), *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, cit., nota anterior, pp. 65-69.
- (121) "Función y método del derecho comparado" (trad. de Javier Elola), *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año XIV, núm. 41, mayo-agosto de 1961, pp. 333-345.
- (122) "Perspectivas del derecho comparado en México y Estados Unidos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año II, núm. 4, enero-abril de 1969, pp. 33-41.
- (123) "Algunas reflexiones críticas sobre el derecho comparado contemporáneo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año III, núm. 9, septiembre-diciembre de 1970, pp. 637-666.
- (124) "Reflexiones sobre el estudio comparado del derecho procesal" (trad. de Francisco José de Andrea), *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XV, núm. 44, mayo-agosto de 1982, pp. 503-527.
- (125) Trabajos mencionados *supra*, nota 5.

jurisprudencia, sobre el modelo de los elaborados bajo la dirección de Mauro Cappelletti (126) y de John Henry Merryman (127).

92. En segundo lugar, también es necesario incrementar los análisis de carácter empírico, que se inician en nuestro país, y que son muy convenientes para el estudio de las "normas secundarias" a que se refiere John Henry Merryman (ver *supra*, párrafos 33 y 34), a fin de superar la tendencia tradicional a concentrar la comparación predominantemente en las normas legislativas. Una materia en la cual se advierte en forma más ostensible la carencia de estudios sociológicos tanto sobre el ordenamiento nacional como respecto a los extranjeros, que se pretenden confrontar, es la relativa al organismo judicial y los instrumentos de solución de conflictos jurídicos (128). Sería muy conveniente, por ejemplo, un análisis de sociología judicial como el realizado en el ordenamiento español por José-Juan Toharia, *El juez español. Un análisis sociológico* (129).

93. En México sólo se ha realizado un estudio empírico de carácter microcomparativo, es decir, entre los sistemas jurídicos del Distrito Federal y del Estado de Nayarit (que son autónomos debido a nuestro régimen federal), incluyendo el análisis de las costumbres y de la cultura jurídica de las comunidades indígenas (130), realizado por el jurista y sociólogo alemán Volkmar Gessner, en su libro *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México*, obra en la cual se analiza, a través de técnicas sociológicas de campo, la aplicación de los procedimientos de solución de conflictos jurídicos en las poblaciones urbanas y en las comunidades campesinas de las entidades mencionadas (131).

(126) Con la colaboración de Cohen, William, *Comparative Constitutional Law, Cases and Materials*, Indianapolis-New York, Bobbs Merrill, 1979.

(127) Obra citada *supra*, nota 99.

(128) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Los problemas contemporáneos del Poder Judicial*, México, UNAM, 1986.

(129) Madrid, Tecnos, 1975. Este autor colaboró con el profesor Merryman en SLADE, véase *supra*, nota 97.

(130) Cfr. Gessner, Volkmar, "El derecho privado en México. Investigaciones de carácter antropológico y sociológico sobre la realidad jurídica" (trad. de Héctor Fix-Fierro), *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XV, núm. 43, enero-abril de 1982, pp. 121-137.

(131) Publicado originalmente con el título *Recht und Konflikt (Eine soziologische Untersuchung privatrechtliche Konflikte in Mexiko)*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1976. Versión castellana de Renate Mariske, México, UNAM, 1984.

IX. CONCLUSIONES

94. De las breves reflexiones anteriores podemos alcanzar las siguientes conclusiones:

95. *Primera.* Resulta conveniente, con motivo del merecido homenaje que se le rinde al distinguido comparatista John Henry Merryman, realizar una revisión de los conceptos esenciales de la ciencia jurídica comparada, para resaltar las aportaciones del jurista estadounidense orientadas a lograr la modernización y superar el estancamiento de los estudios tradicionales, que se concentran, de manera predominante, sobre el cotejo de las normas jurídicas legislativas.

96. *Segunda.* En la actualidad consideramos superada la discusión que hace algunos años se entabló en la doctrina, en relación con la naturaleza de los estudios jurídicos comparativos, pues en tanto que algunos tratadistas los consideraban como integrantes de una disciplina científica, otros la calificaban de técnicas o métodos de análisis de los sistemas normativos. En realidad, no existe incompatibilidad entre ambos conceptos, en virtud de que el llamado derecho comparado es una disciplina científica de carácter metodológico, que examina los procedimientos a través de los cuales es posible lograr los mejores resultados de la comparación de dos o más ordenamientos o sistemas jurídicos y, por ello, asume también el carácter *funcional e instrumental*.

97. *Tercera.* Uno de los sectores de mayor complejidad es el relativo al objeto o materia de los estudios comparativos, ya que existen varias concepciones sobre la materia respecto de la cual debe recaer la confrontación jurídica. En relación con este aspecto, John Henry Merryman ha realizado aportes fundamentales en cuanto ha sostenido que no pueden identificarse el sistema jurídico con el concepto clásico que lo reduce a las normas calificadas como "primarias" por el notable tratadista inglés H. L. A. Hart, que no constituyen sino un aspecto parcial y estático, puesto que se ha identificado de manera predominante con las disposiciones de carácter legislativo y sus comentarios doctrinales, sin poner atención en sus implicaciones políticas y sociojurídicas, como lo demuestra el hecho de que existen países que son social, política y económicamente muy diferentes y que, sin embargo, pueden tener cuerpos de normas primarias prácticamente idénticas.

98. *Cuarta.* El distinguido tratadista estadounidense ha sostenido certeramente que para lograr la verdadera comparación entre diversos

sistemas u ordenamientos jurídicos, además de las normas primarias, deben comprenderse las secundarias, que abarcan aquellos aspectos de la sociedad y de la cultura que se relacionan específicamente con el derecho, y además deben contemplarse en tres dimensiones básicas e interrelacionadas, que son la extensión, la penetración y la cultura jurídicas.

99. *Quinta.* Otras aportaciones esenciales del profesor Merryman se refieren a sus conceptos de *paradigma* (que toma de la filosofía de la ciencia) y el de *tradición jurídica*. El primero lo entiende como el conjunto de actitudes y de ideas que son la base y dan forma y dirección al trabajo de la comunidad de académicos en un campo determinado del conocimiento científico, en tanto que por tradición jurídica debe considerarse el conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la naturaleza de las normas, de la función del derecho en la sociedad y en la forma de gobierno, la organización y operación apropiadas de un sistema jurídico, y también respecto de la creación, aplicación, estudio, perfeccionamiento y enseñanza de los diversos sistemas jurídicos que la integran. Con apoyo en estas dos ideas fundamentales, señala que el paradigma clásico de la ciencia jurídica comparativa, especialmente aquella que se desarrolló en Alemania a partir de la segunda mitad del siglo pasado, se encuentra agotado y debe sustituirse por uno nuevo en el cual se tomen como base de la comparación las familias y los sistemas jurídicos, entendidos no sólo como las normas primarias y secundarias, sino en cuanto comprenden también las instituciones, los actos, los procesos y los recursos de carácter jurídico.

100. *Sexta.* En cuanto al fructífero concepto de *tradiciones jurídicas* creado por John Henry Merryman, constituye una aportación esencial que perfecciona las ideas que sobre las *familias jurídicas* ha desarrollado el insigne comparatista francés René David. El jurista norteamericano considera que existen tres grandes tradiciones, la angloamericana o del *common law*, la romano-canónica (o *civil law*) y la socialista. Las primeras han sido analizadas con profundidad en una admirable síntesis, en sus diferencias y semejanzas, en su clásica obra *The Civil Law Tradition*, cuya traducción al castellano se publicó en México, pero que también ha sido editada en italiano y en chino.

101. *Séptima.* El pensamiento innovador de John Henry Merryman también ha tenido influencia en la ciencia jurídica comparativa en México: pues, además de su libro sobre la tradición jurídica romano-canónica, se publicaron dos estudios suyos en el *Boletín Mexicano de Derecho*

Comparado, como resultado de su valiosa colaboración con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

102. *Octava*. Si realizamos un examen sobre la situación de la ciencia jurídica comparativa en México, podemos afirmar que todavía se encuentra en sus inicios en cuanto a su enseñanza, en virtud de que, hasta hace pocos años, los cursos sobre método jurídico-comparativo se impartían esporádicamente en nuestras escuelas y facultades de derecho, e inclusive en la UNAM se crearon como cursos optativos que atrajeron un escaso número de alumnos. Es hasta hace poco tiempo que se implantó un curso de derecho comparado como uno de los requisitos obligatorios para los estudiantes de posgrado en la Facultad de Derecho de la UNAM, pero todavía no se han elaborado recopilaciones de materiales didácticos con textos legislativos, opiniones doctrinales y jurisprudencia judicial que sirvan de apoyo a dicho curso, respecto de los cuales, pero orientados al ordenamiento mexicano como base de la comparación, pueden señalarse como modelos las recopilaciones elaboradas bajo la dirección de los comparatistas John Henry Merryman y Mauro Cappelletti.

103. *Novena*. Por lo que se refiere a la investigación jurídica comparativa, ésta se encuentra en un nivel de desarrollo más avanzado que la enseñanza, pero se concentra esencialmente en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, que se fundó como Instituto de Derecho Comparado en el año de 1940, primero como dependencia de la Facultad de Derecho, pero a partir de 1948 como entidad autónoma. En este último año se creó el *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, que apareció de manera regular cuatrimestralmente hasta fines de 1967, pues en 1968 fue sustituido por el actual *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, en virtud de haber cambiado de denominación el citado Instituto, ahora de Investigaciones Jurídicas. En ambos boletines se ha dado cabida a numerosos estudios tanto de derecho nacional como extranjero, con un enfoque comparativo, y, además, varios de ellos dedicados al examen del método de la ciencia jurídica comparada. Por otra parte, a partir del Quinto Congreso Internacional de Derecho Comparado efectuado en Bruselas en 1958, el entonces Instituto de Derecho Comparado y actualmente de Investigaciones Jurídicas, ha participado en todos los posteriores congresos, con la intervención del Comité Mexicano de Derecho Comparado y publicado los volúmenes que contienen las comunicaciones mexicanas enviadas a dichos congresos.

104. *Décima*. Sin embargo, los estudios comparativos sobre las

normas secundarias según el criterio de John Henry Merryman y respecto de los factores sociales, políticos y culturales que deben tomarse en cuenta para analizar los diversos sistemas jurídicos, apenas se inician en México, y podemos citar como ejemplo el estudio sociológico micro-comparativo del jurista y sociólogo alemán Volkmar Gessner, sobre los procedimientos de solución de conflictos jurídicos según los ordenamientos del Distrito Federal y del estado de Nayarit, que son autónomos de acuerdo con el régimen federal mexicano, y que toma en cuenta, además, las costumbres y la cultura jurídicas de las comunidades indígenas. Este estudio fue publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en 1984.