

## EL ROL DEL METODO COMPARATIVO EN EL ESTUDIO DEL DERECHO POSITIVO

(Versión taquigráfica)

Señor Rector, señor Decano, señores:

He aceptado muy complacido la comisión que he recibido del señor Decano, de tomar parte en este acto académico en nombre de la Facultad. Ciertamente, no habrá ninguno de los que componen nuestro cuerpo de profesores que pueda acoger con una simpatía más sincera y más cordial al nuevo graduado, que el que habla.

Por una circunstancia propicia me ha sido dado asistir paso a paso a los constantes progresos del nuevo doctor, a sus triunfos ciertos y seguros, desde los tiempos ya no tan cercanos en que se sentaba en los bancos del estudiante, hasta los de hoy en que, maestro y doctor, en plena juventud, se presenta con una personalidad bien perfilada, a una edad en que otros recién comienzan la carrera de la ascensión. He asistido lleno de simpatía a este proceso, y, por una feliz circunstancia, me ha sido dado ir estimulando y aplaudiendo sus triunfos. Lo saludo, pues, en nombre de la Facultad con este sentimiento y lo acojo con un fraternal saludo en el seno de los doctores de esta Universidad.

He escogido para desarrollar en esta sesión el tema relativo al rol del método comparativo en el estudio del derecho positivo. El derecho positivo, tal cual vamos a considerarlo en este momento, está constituido exclusivamente por la suma de los preceptos de las leyes, por las normas imperativas del orden jurídico. Vale decir, está formado nada más que por aquel conjunto de datos, de elementos u objetos de la experiencia por las leyes en su expresión genérica. Este derecho así concebido está constituido por un doble elemento: Por una parte, el elemento que podríamos llamar *social*, el elemento histórico, la vida que entra en la composición de las normas del derecho, el elemento palpitante, evolutivo. El otro elemento que lo integra, que denominaremos *intelectual*, es de valor predominantemente lógico.

Mientras el estudio del aspecto social es asunto o tema de la sociología jurídica, el elemento intelectual es más bien propio de una disciplina de

carácter lógico. Esta distinción se esclarece si consideramos como ejemplo una de las obras legislativas más conocidas: me refiero al Código Francés. En el Código Francés se descubre fácilmente esta doble influencia. El elemento social aparece manifiesto en la tradición del pensamiento de Montesquieu, que se advierte en las doctrinas de algunos de los redactores del Código, y en especial, en la actitud y en las ideas de Portalis. Para éste, a los códigos no los hacen los hombres, sino el tiempo. En esta expresión se sintetiza de modo concreto y claro el pensamiento de Portalis.

Esta concepción coexistía en la obra de la confección del Código, con otra dirección, ya no social, sino simplemente intelectual. El representante de esa dirección, dentro del Código de Napoleón, fué Dumat, maestro que inspiró la dirección lógica, intelectualista del Código. En efecto, toda la sistemática del Código está contenida en Domat. Cuando, con expresión y sentido profundamente cartesiano, escribía “Las Leyes Civiles según el Orden Natural”, indicaba que este orden natural era un orden de jerarquía dentro del cuerpo mismo de la ley; daba el principio de coordinación legal que desarrollaba admirablemente su célebre prólogo a “Las Leyes Civiles”.

Este doble elemento — intelectual y lógica por una parte, y social por la otra — suele ser presentado como en posición antagónica. Hay épocas, en efecto, en las que se presentan como en estado de tragedia, dispuestos a aniquilarse recíprocamente, y de la que resulta un pasajero predominio de alguno de ellos. En nuestra época sólo se habla con honor del elemento vital, y en su nombre, hasta se cubre de ironía y de desdén a cuanto procede de un proceso intelectual. Podrían servir como documentos que ayudaran a justificar nuestra afirmación, libros tan conocidos, tan familiares a todos, como el de Morín, “La revolte des faits contre le code”, o sea, la revolución o la revuelta de los hechos contra el Código; y el del italiano Luiggi Pascale, sobre “I codici contro la vita”. Estos son expresiones de este estado peculiar propio de nuestro tiempo, en el que se pretende exaltar el elemento vital por encima del elemento lógico, hasta el extremo de menospreciarlo o ignorarlo. Sin embargo, la razón y la historia se funden en una unidad en ciertos estados del proceso; los conceptos, productos del esfuerzo lógico, y las manifestaciones vitales, llegan a conciliarse fácilmente. Agustín Cournot decía que una y otra dirección pueden conciliarse, desde que los conceptos no están en contra de la historia, sino que, en realidad, los conceptos son productos de la historia. “La razón enemiga de la historia, es un dato de la historia”. El concepto viene, en cierto grado, a sintetizar, a marcar un momento en un proceso histórico que no puede ser un estado permanente; pero es de advertir que a medida que los pueblos progresan conforman su vida cada vez más a un elemento de razón, es decir, a un elemento que puede o tiene una gran tradición conceptual y un valor que es casi absoluto, permanente, de donde los conceptos, en cierto período de proceso, vienen naturalmente a reemplazar, a ser expresión, a lo menos, de las manifestaciones vitales en general.

He hecho esta breve exposición para presentar el cuadro completo de

los elementos que concurren a la formación del derecho positivo. Dejemos, para otra ocasión todas las reflexiones que sugiere el elemento vital, y dirijamos nuestra atención al aspecto lógico en la formación del derecho positivo. François Geny ha tenido la virtud de atraer la preocupación de los juristas sobre los procesos intelectuales en el campo del derecho. Algunos de los viejos conceptos jurídicos no tienen ya esa solidez que hacía presumir una estabilidad definitiva, todos reconocemos la necesidad de contrastarlos y corregirlos, poniéndolos en armonía con los elementos vitales. Mé propongo explicar tan sólo lo que se refiere al rol del derecho comparado en la creación de los elementos intelectuales en la formación del derecho positivo.

La consideración del derecho positivo puede hacer según sus distintos aspectos, desde puntos de vista diferentes. En primer término, el aspecto o capítulo relativo al conocimiento del derecho y a su enseñanza. El conocimiento del derecho positivo se asentaba hasta hace algún tiempo — ya no puede decirse que sea aún hoy el método predominante — sobre la base de una especie de comentario de los textos, y cuando se quiso elevar el nivel intelectual, en lugar del simple comentario de los textos, se creó una especie de método sistemático que amplifica los textos, que promete una mayor flexibilidad para su interpretación, pero que se mueve, en realidad, sólo dentro de los conceptos de la legislación.

Este modo de estudiar el derecho ha ido poco a poco cayendo en una profunda decadencia; se ha comprendido que es indispensable crear una sistemática, crear una dogmática del derecho positivo, o sea, que es indispensable crear nociones, principios lógicos que estén por encima, a veces, o independientes de éste o aquel derecho positivo. Esta transformación, en la cual los textos de las leyes, y aun los textos de las leyes nacionales ocupaban un papel secundario, se ha realizado en gran parte por la obra del derecho comparado. Podríamos citar el caso de la transformación de las cátedras francesas. Cuando Saleilles comprendió que las cátedras, especialmente de derecho privado, languidecían en el comentario de la ley y aun en la glosa de la jurisprudencia, ese gran espíritu de apóstol que fué Saleilles, pretendió y obtuvo la introducción de esos cursos de derecho profundizado y comparado, que no eran sino la iniciación, el comienzo del establecimiento de los cursos verdaderos de derecho comparado.

Poco a poco estas nuevas cátedras, que en el fondo no eran otra cosa que la profundización del derecho nacional a base de la iluminación que podía tener la comparación de los otros derechos, o sea la de un derecho comparado o profundizado con la comparación, sucedieron las cátedras propiamente de derecho comparado, en las que el derecho nacional dejaba de tener el valor y la significación que en las cátedras de derecho profundizado y comparado. Y así han aparecido las cátedras de derecho comparado, independientes de las del derecho nacional propiamente tales. Este desempeño un papel perfectamente comprensible. No se quiere reducir el derecho al sistema del derecho nacional. Saleilles había advertido que era degradar el sistema jurídico, que era impropio de la ciencia el que esté concretada y gire alre-

dedor de los preceptos o alrededor del sistema del derecho nacional. Es indispensable la concepción de un sistema de principios válidos, a lo menos, para un grupo de pueblos, y para llegar a esa solución, es sólo posible por la vía de la comparación, no de los textos, sino del sistema de las leyes de naciones que tengan antecedentes jurídicos y culturas semejantes. Así se demuestra el rol del método comparativo en el campo de los conocimientos y de la enseñanza del derecho.

El derecho ha nacido para realizarse; aspira a dirigir la conducta de los hombres; la aplicación del derecho es un elemento esencial de su vida. En la comparación de las formas de la aplicación del derecho — que solamente el derecho comparado puede mostrar en su verdadera significación — en esa comparación, se ha encontrado la clave de las formas o modos de la transformación del propio derecho nacional.

Cuando Saleilles ha clasificado la jurisprudencia francesa en tres tipos, que representa o una anticipación del porvenir o una creación integral de instituciones, o solamente una conservación del pasado; ha mostrado que la jurisprudencia desempeña, en efecto, esa triple función. Si del ejemplo de la jurisprudencia pasamos a la comparación de los textos de los códigos relativos a la aplicación de la ley, encontramos casos como el del Código suizo (artículo 2), que han creado un sistema de aplicación, distinto al que se sanciona en nuestro sistema particular de derecho. Esto por lo que hace a la aplicación; pero todavía queda un campo más vasto.

Todos los pueblos viven hoy un período crítico; todos dudan de la eficacia y de la bondad de las propias normas; no están satisfechos con ellas; ya hemos superado ese período de estabilidad que se ha cerrado en los últimos años del siglo pasado. Para la transformación de los derechos, y más que para la transformación de los derechos, para la unificación y coordinación de los derechos, es indispensable la función del derecho comparado. Antes que cualquier argumento o raciocinio, podría servir para demostrar este punto de vista, el simple recuerdo de lo que acaba de hacerse, y podemos decir lo que se ha hecho en los últimos tiempos alrededor de este problema de la reforma de las legislaciones. No voy a recordar los viejos institutos, dedicados al estudio del derecho comparado, bien conocidos de todos; voy a traer sólo dos recuerdos: En Italia se ha fundado el Instituto para los Estudios Legislativos, y el profesor Salvador Galgano ha publicado ya dos magníficos volúmenes en donde se contiene todas las investigaciones relativas a la preparación de las transformaciones legislativas. Su prólogo, que es realmente magnífico, contiene documentadamente todo lo que los pueblos de la tierra realizan en pro de la reforma legislativa a base del principio de la comparación.

Además, como iniciativa de este mismo orden, nosotros podemos agregar la fundación, en 1924, de la Academia Internacional de Derecho Comparado, en Ginebra, que ya ha publicado también su primer gran volumen, en el que se contienen todos los planes de una obra admirable de investigación para una transformación legislativa.

Por otra parte, el método comparado puede cumplir todavía una magnífica función en las facultades de derecho.

El sistema dogmático, absolutamente nacional, tiende a hacer considerar al estudiante establecido, todo el sistema de la legislación nacional como el término final de un proceso, como algo definitivo. Se nota en el espíritu, en la expresión del jurista, cuando enuncia algunos de esos principios que él cree inmutables y definitivos de su legislación, esa complacencia, ese arrobo semejante al creyente de una religión; ese espíritu que funda una especie de orgullo inconciliable con el progreso de los conocimientos, que representa un elemento de estagnación, de inmutabilidad, hace del jurista un sujeto que traba, más bien que facilita, el progreso y el desarrollo del derecho.

El derecho comparado nos muestra en el contraste de todos los días, cuáles son los defectos o las fallas de los principios; nos muestra que cada uno de los principios jurídicos tiene un valor y una significación sólo en relación a una representación de vida, a un concepto particular propio de cada una de las sociedades; es decir, nos prepara a mirar el derecho con un espíritu de tolerancia, en cierta posición de humildad, tan propicia para todos los progresos y que constituye la base de una permanente evolución en la preparación del jurista, como en la evolución de las legislaciones propias.

Podríamos preguntarnos, para concluir, si esta función que rápidamente esbozo, que cumple el derecho comparado, puede ser desempeñada por las cátedras de derecho nacional; es decir, si todo esto puede ser alcanzado simplemente con agregar un pequeño capítulo más al tratado del propio derecho nacional. Después de lo que he expuesto, parecería que la contestación surge natural en forma negativa. El método comparativo no se aplica por el hecho de que incidental u ordenadamente, cada vez que sea preciso u oportuno, se recuerde las concordancias de algún artículo o una serie de artículos con la legislación nacional. Esto yo se hacía en el tiempo del doctor Vélez Sársfield, que al pie de la nota estampaba todos los artículos de las leyes que le habían servido de fuente, y aquéllas que podían estar en contra de sus propias soluciones.

No se quiere un derecho comparado que compare simplemente artículo por artículo; es necesario comparar sistema a sistema, o sea, es necesario comprender que hay una coordinación de todas las leyes, que hay una repercusión de una institución sobre la otra naturalmente. De otro modo, podríamos incurrir en el inmenso despropósito que resultaría de comparar como semejantes instituciones con una misma denominación, pero que tienen, sin embargo, sentido y significado totalmente diverso en este país que en el otro. Si las tomáramos como casos similares, de la comparación resultaría una conclusión absurda. Además, el derecho nacional tiene determinadas soluciones, tiene determinadas instituciones. Quien estudia el derecho nacional, su comparación no va más allá que el propio sistema; no se mueve fuera de él. Y lo que la comparación quiere es crear un sistema que por encima de éste o aquel derecho nacional, que los comprende todos en lo que todos tengan

de común, y que marquen la diferencia en lo que aquéllos se distinguen y explique, en función del medio ambiente social, cuál es la razón de esa disimilitud.

No sé si en el entusiasmo propio de quien practica con un profundo amor esta enseñanza, he llegado en la improvisación a algo más allá de lo que un pensamiento tranquilo y sereno pudiera aconsejar. Quiérase ver en esta ligera exposición simplemente la expresión de un anhelo, de un anhelo muy vivo de que en la Universidad se transformen algunas de sus cátedras, para darle el verdadero sentido que la dirección moderna de la enseñanza aconseja; es decir, no que haya una cátedra de derecho comparado, sino que las cátedras de derecho comparado se multipliquen.

ENRIQUE MARTÍNEZ PAZ