

Metodología del Derecho Comparado

JALUZOT, Béatrice, *Méthodologie du Droit Comparé. Bilan et Perspective*. En: *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1-2005. pp. 29-48

I CORRIENTE EMPÍRICA		La experiencia personal de los autores sirve de guía al método comparativo
Época	Escuela	Propuesta
XIX	Método descriptivo (llamado por Constantinesco) o Método Legislativo (llamado por Zweigert y Kötz) Léon Aucoc	✓ Describir y traducir la legislación extranjera (publicándola en anuarios) para: <ul style="list-style-type: none"> ○ conocer su progreso, y ○ mejorar el derecho nacional
	Crítica Raymond Saleilles	✓ Carece de rigor metodológico ✓ Se limita a la ley, dejando de lado la jurisprudencia, que es el derecho vivo
	Crítica Léontin-Jean Constantinesco	✓ La descripción es muy superficial ✓ Se estructura sobre una tipología que erróneamente pretende ser universal

II CORRIENTE DE CONSEJOS METODOLÓGICOS		Consejos útiles, aunque desprovistos de sistematización y coherencia, como reacción a las críticas elaboradas al método descriptivo
Época	Escuela	Propuesta
1900	Josef Kohler	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Comparar instituciones de pueblos que hayan llegado a un mismo nivel de desarrollo ✓ Distinguir lo esencial de lo accesorio ✓ Explicar históricamente la existencia de una institución ✓ Considerar la influencia de grandes personalidades
1900	Édouard Lambert	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Limitarse a la búsqueda de la expresión jurídica en códigos y leyes extranjeras sólo conduce a descubrir un derecho viejo y en desuso ✓ No hay que buscar sólo la estructura teórica de cada sistema jurídico, sino la fisonomía que ha tomado al paso del tiempo ✓ No es suficiente conocer las soluciones dadas por los tribunales, sino que hay que conocer el espíritu y la razón de ser de cada solución
1978	Hans-Albrecht Schwarz-Liebermann von Wahlendorf	<ul style="list-style-type: none"> ✓ La comparación debe hacerse sobre criterios objetivos ✓ La comparación debe considerar tanto las dimensiones del tiempo como del espacio ✓ Es una exigencia conocer del derecho real y no simplemente el formal ✓ Para ser fructífero, el trabajo debe considerar la genealogía de las instituciones ✓ Hay que remontar a las fuentes primitivas (e.g. textos y sentencias) y utilizar documentos en su lengua original ✓ Hay que cuidarse de las generalizaciones superficiales
1994	Mary Ann Glendon, Michael Wallace Gordon, and Christopher Osakwe	<ul style="list-style-type: none"> ✓ El análisis comparado comienza cuando una persona (e.g. un cliente) plantea un problema y se quiere comprobar una hipótesis ✓ Hay que estudiar el derecho extranjero en su contexto, incluyendo su idioma, historia, sociología, economía y política ✓ Hay que conocer el sistema jurídico propio
1998	John C. Reitz	<ul style="list-style-type: none"> ✓ El derecho comparado busca una comparación explícita y no meramente la descripción de un derecho extranjero ✓ El método consiste en subrayar las diferencias y las similitudes entre los sistemas comparados ✓ El derecho comparado requiere conocimientos lingüísticos sólidos

III CORRIENTE DE ANÁLISIS SISTEMÁTICO		Análisis extremadamente racional y detallado como reacción a la falta de sistematización
Época	Escuela	Propuesta
1974	Léontin-Jean Constantinesco	<ul style="list-style-type: none"> ✓ El proceso comparativo consiste en una serie de operaciones encadenadas de forma racional hacia un fin preciso ✓ “Regla de las 3C”: el implica tres etapas sucesivas: conocer, comprender y comparar ✓ La fase de <u>conocimiento</u>, conlleva 5 reglas: <ul style="list-style-type: none"> ○ Estudiar el término tal cual ○ Estudiar el término en sus fuentes originales ○ Estudiar el término en la complejidad y totalidad de sus fuentes ○ Respetar la jerarquía de sus fuentes ○ Interpretar el término conforme al método apropiado del orden jurídico al que pertenece ✓ La <u>comprensión</u> implica reintegrar el término en su sistema jurídico, en sentido amplio, incluyendo el medio político económico y social ✓ <u>Comparar metódicamente</u> todos los aspectos del término, punto por punto, elemento por elemento, yendo del análisis a la síntesis, con tres objetivos: <ul style="list-style-type: none"> ○ Resaltar todas las diferencias y semejanzas, ○ Precisar el valor exacto de esas relaciones, y ○ Precisar la razón de ser de esas relaciones, identificando su causa y su fin
2001	Marie-Laure Izorche	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Ayuda de instrumentos matemáticos

IV CORRIENTE METODOLÓGICA		El método mismo se convierte en el objeto de estudio
Época	Escuela	Propuesta
1940	Método histórico vs método comparativo Alexandre Otetelisano	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Para el método histórico, se debe conocer la evolución de la institución jurídica, desde las condiciones que determinaron su nacimiento, pasando por las circunstancias que provocaron su modificación, hasta su aspecto actual ✓ Conforme al método comparativo, se estudia la institución, en las leyes, en la jurisprudencia y en la doctrina, y se establecen sus semejanzas y sus diferencias
1946	Enfoque evolucionista Henri Decugis	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Aplicación de las teorías de Darwin al Derecho ✓ Implica el estudio de un sistema, de alguna de sus ramas o de sus instituciones a la luz de su evolución con el paso del tiempo
	Método conceptual	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Se trata de comparar conceptos jurídicos ✓ Llama poco la atención de los autores, aunque casi siempre lo aplican ✓ Se le critica que muchas veces no existe coincidencia conceptual entre varios sistemas
1946	Método funcional H.C. Gutteridge	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Se da un lugar preponderante al fin de las normas ✓ Se compara, no sólo las instituciones jurídicas como tales, sino principalmente el papel que juegan y los objetivos que persiguen ✓ Se considera más el carácter dinámico, que el estático, de las leyes
1938	Ernst Rabel	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Sólo son comparables las cosas que cumplen la misma función ✓ Las normas jurídicas se contemplan desde dos ángulos: <ul style="list-style-type: none"> ○ La función de la norma jurídica, y ○ Su aptitud para cumplir esa función
1987	Max Rheinstein	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Persigue 3 objetivos: <ul style="list-style-type: none"> ○ Conocer la verdad, como toda ciencia, ○ Dar luz al legislador sobre las reglas que pretende adoptar, y ○ Comprender mejor las reglas, por parte de la doctrina, para suscitar la crítica
1988	Método fáctico Rudolph B. Schlesinger	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Busca generalizar los elementos idénticos, a partir de situaciones jurídicas extremadamente concretas ✓ Renuncia al uso de categorías abstractas
2001	Basil Markesinis	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Los sistemas se aproximan mucho cuando se atiende a casos jurisprudenciales
	Método textual vs Enfoque contextualista o cultural L. Friedman	<ul style="list-style-type: none"> ✓ El método textual estudia el Derecho en los textos ✓ El método contextualista estudia el Derecho en acción ✓ El contexto lo dan los factores ambientales, como la política, la economía y a sociología ✓ La comparabilidad de normas depende de que pertenezcan a sociedades con estructuras sociales similares