

El Derecho Comparado y su lugar en la enseñanza del derecho:

¿Qué, cómo y cuándo?

Alejandro M. Garro ¹

“A generous and elevated mind is distinguished by nothing more certain than an eminent degree of curiosity; nor is that curiosity even more agreeably or usefully employed than in examining the law and custom of foreign nations.” ²

I. INTRODUCCIÓN

Un buen número de facultades de derecho, tanto en los EEUU, adonde enseñé esta materia desde hace muchos años, como en Europa, el este asiático y aún en algunos países de América Latina, ofrecen cursos o seminarios en una materia que se titula “derecho comparado”. Qué es el “derecho comparado”? Para qué sirve o, mejor dicho, cuáles son sus posibles usos o sus potenciales “clientes”?

Habiendo enseñado durante varios años una materia llamada “derecho comparado”, pero en los EEUU y no en la Argentina, creo que preguntarse acerca del papel que puede jugar el derecho comparado en el entrenamiento de juristas y abogados argentinos también es pertinente. Si los norteamericanos y los europeos pasan parte de su tiempo en aprender aspectos del derecho

¹ Alejandro M. Garro, Profesor de Derecho Comparado y Latinoamericano, Universidad de Columbia, Nueva York. Este artículo está basado en una presentación del autor el 23 de octubre de 2017 ante el claustro de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella (“UTDT”), seguido de una discusión, una semana después, en el Club Americano de Buenos Aires ante la Asociación Argentina de Derecho Comparado (“AADC”). El artículo se ha beneficiado de muchas observaciones críticas y aportes de diversos colegas, entre los cuales destaco al Dr. Gustavo Esperza y, de la Escuela de Derecho de la UTDT, a los doctores Horacio Spector, Martín Hevia, Paola Bergallo y Herán Gullco. También agradezco las observaciones de los doctores Julio Rivera, Graciela Medina y Héctor Mairal de la AADC. La responsabilidad por los errores y omisiones es exclusiva del autor.

² “Nada distingue más a una mente generosa y elevada que un alto grado de curiosidad; y nada más interesante y útil que emplear dicha curiosidad para examinar el derecho y las costumbres de otros países.” James Boswell, biógrafo de Samuel Johnson, citado por Lord Steyn en The XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law. The Challenge of Comparative Law, 5-6 *European Review of Private Law* 635, 636 (2006).

europeo, latino-americano japonés o chino, no prepararíamos mejor a nuestros abogados aquí en la Argentina si invirtiéramos parte de nuestros recursos en educar a nuestros juristas y abogados en el derecho de los Estados Unidos u otros países con quienes mantenemos importantes relaciones comerciales y con quienes interactuamos políticamente?

Las reflexiones acerca que siguen acerca del significado y potencial provecho del derecho comparado apuntan a esbozar algunas propuestas acerca de qué tipo de temas podrían incluirse en una materia que lleve este título, o cuáles son las perspectivas comparadas que se le podría asignar a las diversas materias que integran el programa de estudios, qué aspectos del derecho público y privado argentino podrían enriquecerse con una mirada comparada a los problemas que plantea esa disciplina, y en qué momento de la carrera de derecho sería conveniente entrenar a nuestros estudiantes a razonar los problemas jurídicos con una visión comparada.

La primera parte de este artículo destaca la ilustre trayectoria del derecho comparado en la Argentina cuando decidió adoptar su Constitución Nacional de 1853 y Código Civil de 1869, junto con otros códigos y leyes que formaron parte de la denominada “organización nacional”. La segunda parte apunta a reseñar los diversos usos y objetivos a los que podría apuntar el estudio del derecho comparado, seguido de un análisis de aquellos temas que, a mi modo de ver, mejor responden a los objetivos pedagógicos de una escuela de derecho que aspire a formar abogados y juristas bien preparados para un mundo crecientemente interconectado. Siendo inevitable optar por un marco geográfico, cultural y temático limitado, expongo las razones por las cuales creo más provechoso concentrarse en el estudio de la tradición jurídica del *Common Law*, tal como se ha desarrollado en los Estados Unidos de América, que profundizar en el estudio de cómo funcionan instituciones jurídicas que, aunque más cercanas a nuestra cultura jurídica, carecen del valor agregado que brinda la perspectiva diferente de la cultura angloamericana. También trato de presentar algunos temas de derecho público (constitucional, administrativo, procesal penal) y privado (contratos comerciales, responsabilidad extracontractual, procedimiento civil y comercial) que son particularmente susceptibles de ser estudiados desde una perspectiva comparada.

En el caso de optarse por diseñar un curso específico con el título de “derecho comparado” (o nombre similar, tal como “derecho global” o “justicia global”), ofrezco un temario tentativo que podría sacarle provecho a una “macro-comparación” entre algunos aspectos del derecho norteamericano y el derecho argentino, destacando las diferencias notorias de su contexto histórico y jurídico-cultural. Finalmente, ofrezco algunos temas jurídicos muy concretos cuyo estudio se vería significativamente enriquecido si los estudiáramos bajo un prisma de “micro-comparación”.

II. EL ESTUDIO E IMPACTO DEL DERECHO EXTRANJERO

El “derecho comparado” visto como un “método” o una “perspectiva”

A diferencia de otras materias que conforman el programa de estudios (*curriculum, pensum*) de derecho, el “derecho comparado” no es una disciplina con un contenido normativo o dogmático definido (como lo es el “derecho civil”, el “derecho penal”, etc.), sino más bien un método de analizar el derecho, una perspectiva para estudiar reglas, principios, estándares, doctrinas y problemas jurídicos bajo la óptica del derecho extranjero. El método o “análisis comparado del derecho proporciona, de una manera similar al llamado “análisis económico del derecho”, una herramienta útil para estudiar reglas, usos, normas de conducta, evaluando su impacto.³

El objeto de estudio del derecho comparado es el derecho extranjero --pero va más allá

Es un lugar común incorporar un apéndice al análisis de un tema jurídico con una referencia al “derecho comparado”, seguido de una lista a fuentes de un orden jurídico extranjero, ofreciendo en la mayoría de los casos una visión superficial, sino anodina de la manera en que otras jurisdicciones tratan al mismo tema. Esto no es sino una parodia del “derecho comparado” que la mayoría de las veces lo banaliza y otras lo tergiversa al sacar fuera de contexto figuras jurídicas diseñadas en otros países con objetivos muy diferentes a los que se pretende aplicar en nuestro medio.

De lo que se trata cuando uno recurre al llamado “derecho comparado” es enriquecer una perspectiva crítica acerca de instituciones autóctonas, analizadas a la luz de las respuestas que ofrecen otros ordenamientos jurídicos al mismo problema, recurriendo al derecho extranjero (es decir, a algún o algunos derechos extranjeros o algunos aspectos del derecho extranjero). El objetivo de esta “excursión” jurídica más allá de nuestras fronteras es informarse de cómo resuelven o enfocan el mismo problema, qué tipo de respuesta ofrecen, cuáles son las virtudes o defectos que ofrece dicho enfoque y, quizás la parte más compleja pero más útil del análisis comparado, aprovechar el modelo que ofrece ese derecho extranjero, en el supuesto de ser digno de emular, para “adaptarlo” –más que “adoptarlo”– a las necesidades y condiciones del derecho local.⁴

³ Ver Marco Aurelio Risolía, Selección, asimilación y creación en el derecho comparado. Una exhortación para jóvenes comparatistas, disertación pronunciada en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires al inaugurar en 1977 el ciclo de conferencias de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, publicada en 37 Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, p. 30 (1977) [“Risolía, Selección, asimilación y creación en el derecho comparado”]: “*Ciertamente, el derecho comparado no es una ciencia autónoma, con contenido propio. Es –como dice David– un método –el método comparativo-- aplicado a las investigaciones de la ciencia jurídica*”. Acerca del derecho comparado como método y la metodología comparada contemporánea puede consultarse el trabajo de los profesores K. Zweigert y H. Kotz, Introducción al Derecho Comparado, quienes se apoyan en las reflexiones de Ernst Rabel, ambos citados por Gloria M. Morán, El Derecho Comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del Derecho Comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico, Anuario de la Facultad de Derecho da Universidade da Coruña, No 6, pp. 501-530 (2002), disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1217686>

⁴ Ver Risolía, Selección, asimilación y creación en el derecho comparado p. 29 (“*Un comparatista de verdad es alguien que siente la necesidad de conocer los sistemas jurídicos de todos los países y de todos los tiempos no con*

Esta labor presenta varios retos. No es cosa fácil, porque esta tarea de comparar exige, en primer lugar, “sumergirse” en el derecho extranjero, tratando de entenderlo y comprenderlo dentro de su contexto histórico, cultural, político, social, etc. Con esta información, el análisis comparado procede a indagar, con la humildad del que no sabe y sin los prejuicios que nos aporta nuestro sistema jurídico, qué tipo de solución es el que el derecho extranjero (esto es, la norma, fallo o doctrina que informa al orden jurídico en cuestión) aporta al problema bajo análisis, tratando de descubrir esta “equivalencia funcional”. Es probable que esta indagación nos permita descubrir que el derecho extranjero en estudio encara el mismo problema concreto (v.gr., cómo equilibrar la necesidad de salvaguardar la autenticidad de un acto jurídico con la agilidad y el bajo costo que exige una operación determinada) con instituciones y normas diferentes. Centrando nuestra atención en las similitudes y diferencias, como así también los costos y beneficios de esas diferencias, podremos sacarle provecho al método comparado. Contaremos con un instrumento analítico adicional para evaluar nuestras instituciones jurídicas, confirmar sus virtudes, intentar mejorarlas, o introducirlas por primera vez en nuestro sistema, aun cuando sea una versión “criolla” en razón de los ajustes a una cultura y un medio diferente.⁵

Los esfuerzos pioneros del derecho comparado

La evolución histórica del derecho comparado ha sido magníficamente reseñada por la doctora Rodríguez Galán, quien destaca los dos trabajos de mayor impacto en el estudio del derecho comparado contemporáneo: la “*Introducción al Derecho Comparado*” de Konrad Zweigert y Heinz Kotz⁶ y “*Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*” de René David.⁷ Más cercano a nosotros tenemos a la obra enciclopédica de don Felipe de Solá Cañizares. En los Estados Unidos las fundaciones del derecho comparado fueron puestas por emigrados alemanes de la talla de Rudolf Schlesinger en la Universidad de Cornell y Max Reinstein en Chicago.⁸

el propósito simple de catalogar curiosidades sino para descubrir y meditar su esquema lógico, para distinguir y separar lo permanente y lo variable que se incluye en las normas de derecho positivo, para apuntar diferencias y similitudes y para extraer, en fin, los “principios racionales uniformes” con los que pueda construirse, coronando sincrónicas etapas de desarrollo, una ciencia jurídica universal”).

⁵ Acerca del rol que cumple el análisis funcional y contextual en el método de comparación jurídica, puede leerse con provecho a Alejandra Rodríguez Galán, El método en el derecho comparado, en *Estudios de Derecho Comparado*, coord. Por Pedro Aberastury, Eudeba, 2016, pp. 161, 166 (en adelante, “Estudios de Derecho Comparado”).

⁶ K. Zweigert & H. Kotz, An Introduction of Comparative Law, 2d ed., North Holland Publishing Co., trad. Tony Weir, 1992 (hay una traducción al castellano publicada en México por Oxford University Press).

⁷ R. David, Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, Madrid, Aguilar, 1968. En Francia además del profesor René David, cabe mencionar a Raymond Saleilles y la figura señera de Edouard Lambert, quien fuera profesor de la Universidad de Lyon.

⁸ Max Reinstein, Einführung in die Rechtsvergleichung pp. 11-15 (1974). El manual de enseñanza sobre derecho comparado que cuenta con más difusión en las escuelas de derecho de los EEUU, que hoy ha sobrepasado la 6ª edición, fue elaborado por el profesor Rudolf Schlesinger, de la Universidad de Cornell. Ver Rudolf Schlesinger, Comparative Law. Cases. Text. Materials, The Foundation Press. Dentro de la pléyade de comparatistas norteamericanos, quizás quien plantó las bases del derecho comparado vernáculo en los Estados Unidos ha sido el profesor John H. Merryman de la Universidad de Stanford, autor de una pequeña pero muy difundida obra acerca

Hoy en día los estudios de derecho comparado se han difundido, aunque más en la literatura que en los claustros universitarios. La pionera “*Sociedad de Legislación Comparada*” creada en Francia en 1869, ha sido reemplazada por una prestigiosa “Academia Internacional de Derecho Comparado”, hoy presidida por un jurista argentino de brillante trayectoria académica.⁹ Simposios como aquel célebre Primer Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en París en 1900, en el que se pretendía crear un “derecho universal”, ha sido reemplazado por conferencias que se multiplican en varios países del mundo, sobre los temas más diversos y en los cuales juristas extranjeros son tan numerosos como los locales.

El rol protagónico del “derecho comparado” en la gestación del derecho argentino

Es interesante repasar la etapa fundacional del ordenamiento jurídico argentino para destacar eminentes comparatistas que, sin presumir de tales, recurrieron con provecho al estudio del derecho extranjero para legar a la naciente república --la Constitución Nacional Argentina de 1853 y el Código Civil argentino de 1869. Con mayor o menor éxito, ambos textos hicieron posible inversiones, fomentaron la inmigración y el trabajo, facilitando el progreso de una nación en ciertos a la que estos “transplantes” jurídicos dotaron de una significativa dosis --durante buen número de años-- de estabilidad y seguridad jurídica.

Los pioneros del derecho comparado en nuestro medio fueron aquellos que inspiraron y elaboraron estos dos cuerpos normativos: Juan Bautista Alberdi (1810-1884), cuyas “Bases”, fuente primordial de la parte orgánica de la Constitución Nacional de 1853 (“CN”),¹⁰ y Dalmacio Vélez Sársfield (1800-1875), autor del Código Civil de 1869,¹¹ vigente hasta agosto de 2015.¹²

de derecho continental de origen romanista, publicado por Stanford University Press, ahora en una tercera edición de 2007, actualizada por Rogelio Perez-Perdomo, bajo el título “The Civil Law Tradition” (hay una traducción castellana publicado por Fondo de Cultura Económica de Mexico, traducido por Eduardo L. Suarez, bajo el título “La Tradición Romano-Canónica”). El profesor Merryman, junto con el profesor David Clark y John Heale, publicaron otro importante manual de enseñanza, cuya edición más reciente cuenta con un alcance comparativo más amplio que los libros clásicos de derecho comparado

⁹ Para una visión general acerca de las actividades en la actualidad de la Academia Internacional de Derecho Comparado, presidida por nuestro compatriota Diego Fernández Arroyo, profesor de la Escuela de Derecho de SciencePo, ver <http://iuscomparatum.info/>

¹⁰ Juan Bautista Alberdi, Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, 4ª reedición, Talles Gráficos Argentinos de L.J. Rosso, Buenos Aires, 1928. La Constitución Argentina de 1853, modificada en más de una oportunidad (la Constitución vigente data de 1994), siguió muy de cerca a la parte orgánica de la Constitución de Filadelfia. La fuente más inmediata de la Declaración de Derechos y Garantías (arts. 1-18 de la Constitución de 1853), sin embargo, no fueron las primeras diez enmiendas a la Constitución de los EEUU, sino la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. La adopción de la Constitución Nacional de 1853 fue precedida de un perceptivo estudio comparado por parte de Alberdi, volcado en su tesis “Memoria sobre la oportunidad y objeto de un congreso general americano”, defendida en la Universidad de Chile en 1844.

¹¹ La estatura de Vélez Sársfield como jurista y comparatista se acrecienta con el tiempo. Sus célebres notas al Código Civil, que en algunos casos justifica un seguimiento textual del modelo seguido, en muchos otros, que son la mayoría, exhiben un esfuerzo de selección, análisis y asimilación de fuentes

En cuanto al rol protagónico del modelo de la Constitución de Filadelfia en la elaboración de la Constitución Argentina de 1853, cabe reparar la labor de derecho comparado emprendida por Alberdi. Adoptando la infraestructura de la parte orgánica provista por el modelo estadounidense de 1787, Alberdi no dejó de reparar, en más de una ocasión, que la idiosincrasia, histórica, cultural y política argentina habría de exigir fórmulas de gobierno diferentes a las de América del Norte. Cambios introducidos por el constituyente de 1853 en relación con, por

jurídicas muy diversas. Este esfuerzo de selección y asimilación de fuentes de derecho extranjero, que distinguen al derecho comparado, cubren las fuentes más diversas, tanto textos normativos como doctrina. Entre los códigos y proyectos de códigos consultados se incluyen, además del Código Napoleón (1804), el Código Civil de Luisiana de 1825, el Código Civil chileno de Andrés Bello (1855), el anteproyecto de Código Civil (*Esboço*) de Augusto Teixeira de Freitas para el Imperio del Brasil (1859), el proyecto de Código Civil español de Pedro Goyena (1851), como así también, en temas muy puntuales, el Código de Prusia de 1794 (en el complejo tema del rol de la relación causal en la responsabilidad civil) y el Código de Italia de 1865 (para entonces una última novedad legislativa). La labor comparativa de Vélez Sársfield se extendió también al análisis de doctrina de los autores más diversos y en temas diversos, comenzando por los romanistas (Cujas, Alciato), los juristas del Antiguo Régimen francés (Domat, Pothier, d'Argenté et Loisel), como así también los primeros exégetas del Código Napoleón, entre los que se destacan Delvincourt, Proudhon, Touiller, Merlin, Duranton, Demolombe, D'Aguesseau, Marcadé, Troplong, Pothier, Aubry y Rau). No menos notable son los tempranos aportes del derecho norteamericano al derecho internacional privado, que Vélez Sársfield adoptó a través de Joseph Story, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard y ministro de la Corte Suprema de los EEUU, cuyo impacto se observa en las normas de conflicto adoptadas por el Código Civil argentino de 1869. Ver, H. Valladao, [The Influence of Joseph Story on Latin American Rules of Conflicts of Laws](#), 3 Am. J.Comp. L. 27 (1954).

¹² Un laborioso comentarista destacó la siguiente erudita diversidad de fuentes analizadas por el codificador: 1.200 artículos tomados del *Esboço* de Código Civil para el Imperio del Brasil redactado por Augusto Teixeira de Freitas; 700 artículos inspirados en pasajes de un tratado de cinco tomos escrito entre 1838 y 1847 por Aubry y Rau, dos profesores de la Universidad de Estrasburgo; 300 artículos tomados de un comentario a un anteproyecto de Código Civil español, publicado en 1852, elaborado por Pedro García Goyena; 170 artículos del Código Civil chileno de 1855 elaborado por Andrés Bello; 145 artículos tomados casi literalmente del Código Civil francés de 1804 (aunque la mitad del Código Civil argentino fue inspirado, indirectamente, por este prestigioso código); 78 artículos tomados de Karl Salomon Zacharie, jurista alemán, autor de un comentario al Código Civil francés publicado en 1808; 52 artículos provenientes del Código Civil de Luisiana de 1825; 27 artículos tomados del anteproyecto de Código Civil uruguayo de Acevedo. En cuanto a los comentaristas en cuyos pasajes Vélez Sársfield se inspiró para formular los artículos del Código Civil, y en algunos casos adoptó literalmente, cabe mencionar a tres juristas franceses: Charles Florent Demolombe (52), Raymond Théodore Troplong (50) y Georges Antoine Chabot (18). Otras disposiciones fueron tomadas, o al menos inspiradas, en pasajes de dos juristas belgas: M. Maynz (15) y Jean Philippe Molitor (12). Las notas al Código Civil argentino elaboradas por el codificador argentino reflejan un nivel de transparencia que no es común encontrar en otros anteproyectos de ley, por lo general más reacios a revelar la fuente o modelo que se siguió. El profesor argentino Agustín Parise, actualmente profesor en la Universidad de Maastricht, ha dedicado varias obras a rastrear el fenómeno de fertilización cruzada de fuentes en las que se apoyó el Código Civil argentino redactado por Vélez Sársfield.

ejemplo, los poderes de emergencia del Poder Ejecutivo (art. 23 CN),¹³ la necesidad ocasional de quebrar las autonomías provinciales (art. 6 CN),¹⁴ así como la competencia más amplia otorgada al Congreso federal para legislar en materia de códigos de fondo (art. 75(12) CN),¹⁵ son algunas instancias en las que señalaron al constituyente de 1853 la conveniencia de separarse de las fórmulas de la Constitución de Filadelfia.¹⁶ Podrá discutirse si otorgarle mayores poderes al presidente como lo hace nuestro modelo constitucional ha sido una elección afortunada o infortunada, pero no cabe duda que esta opción fue ejercida con plena conciencia de que un ejecutivo más fuerte le daría mayor estabilidad a la naciente república.¹⁷

En cuanto a la labor de derecho comparado emprendida en la elaboración del Código Civil argentino de 1869, que casi ninguno de los artículos del Código Civil argentino elaborado por Vélez Sársfield pueda reclamar una originalidad absoluta revela una excelsa labor de análisis, selección y adaptación al contexto argentino del siglo XIX por parte del ilustre cordobés.¹⁸ También el Código de Comercio¹⁹ y el Código Penal de la República Argentina²⁰ reconocen en su elaboración un examen comparado de legislaciones extranjeras.

¹³ Véase por ejemplo, respecto al tema de la legislación de emergencia, de tanta actualidad, la escueta y tímida referencia a la suspensión de la garantía de habeas corpus en la Constitución de los Estados Unidos, Artículo I, Sección 9, Párr. 2: *“El privilegio del habeas corpus no se suspenderá, salvo cuando la seguridad pública lo exija en los casos de rebelión o invasión”*, en contraste con la formulación del mismo principio en el artículo 23 de la Constitución de la Nación Argentina de 1853, que Alberdi adoptara de la Constitución chilena de 1833 (*“En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no poder el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino”*).

¹⁴ El art. 6 CN faculta al gobierno federal a intervenir en las provincias, en casos extremos, con el fin de “garantizar la forma republicana de gobierno”. Acerca de la práctica de la llamada “intervención federal”, puede consultarse Eduardo Fernández Luna, *Intervenciones federales*, en Atribuciones del Congreso Argentino, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, p. 586 (Depalma, Buenos Aires, 1986).

¹⁵ Respecto de la limitada competencia legislativa del Congreso de los EEUU en materia de derecho de fondo, en comparación con las amplias facultades otorgada al Congreso de la Nación argentina para dictar los códigos de fondo, ver Horacio Quiroga Lavié, A la búsqueda de un nuevo federalismo, La Ley, 1987-E, p. 965.

¹⁶ Algo similar podría decirse de todo proceso de reforma constitucional que reformó al texto de 1853, tal como la inclusión de los derechos económicos y sociales que perduran en el art. 14bis de la Constitución Nacional vigente adoptada en 1994, como la adopción del art. 36 CN, que previene y sanciona la interrupción del orden constitucional, ambas disposiciones siendo totalmente extrañas al modelo constitucional estadounidense.

¹⁷ Ver Carlos S. Nino, Transition to Democracy, Corporatism and Constitutional Reform in Latin America, 44 U.Miami L. Rev. 129 (1989); William C. Banks & Alejandro d. Carrió, Presidential Systems in Stress. Emergency Powers in Argentina and the United States, 15 Mich. J. Int’l. L. 1 (1993).

¹⁸ Las palabras de Marco Aurelio Risolía, refiriéndose a la labor de Vélez Sársfield, son muy ajustadas para valorar su trabajo: *“...No basta acumular los materiales para levantar una catedral, que suele ser la obra de siglos. Pero es útil poner los ojos en esos materiales y descubrir, con inquietud de artista, la catedral que yace oculta en el montón de piedra y hasta escuchar, afinando el oído, las campanas que, desde lo alto de sus torres, tañen sin descanso para congregarse a los fieles.”* Ver Marco Aurelio Risolía, Selección, asimilación y creación en el derecho comparado, p. 29.

Entre aquellos que comenzaron a cultivar el derecho comparado como rama de estudio en particular en la República Argentina, cabe mencionar a Héctor Lafaille (1883-1956), a quien se atribuye la inclusión de la materia derecho comparado, en 1929, en el programa de estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires.²¹ Mientras que el foco de comparación en la obra del Dr. Lafaille era el derecho civil francés, se atribuye a Norberto Gorostiaga la incorporación de la perspectiva del derecho privado alemán en el análisis comparado del derecho civil.²² La primera obra íntegramente dedicada al comparado como tal se atribuye al Dr. Enrique Martínez Paz de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, quien en 1934 publica su “Introducción al derecho civil comparado”.²³ Recorrer el temario de la obra de Martínez Paz es testimonio de cómo han cambiado las exigencias en cuanto al estudio del derecho extranjero y sus diversos propósitos, tema que se abordará más adelante.²⁴

Otros precursores del derecho comparado en la Argentina incluye a Leopoldo Melo (1869-1951), primer presidente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado fundada en 1947.²⁵ Vinculados a los albores de esta asociación se destaca, en derecho civil comparado, la figura de Eduardo Busso, Aquiles H. Guaglianone y Marco Aurelio Risolía y la de Ignacio

¹⁹ El Código de Comercio de la República Argentina, que entró en vigor en 1862, también fue obra de Vélez Sársfield, junto con Eduardo Acevedo, principalmente el *Code de commerce* francés de 1807, pero también los códigos mercantiles de Holanda (1826), España (1829) y Portugal (1833).

²⁰ El movimiento de codificación argentino en materia penal también ofrece un ejemplo del impacto del derecho comparado en la reforma legislativa. El primer Código Penal, redactado por Carlos Tejedor entre 1865 y 1868, tuvo por base la legislación criminal patria de fuente española, pero también tomó en consideración el Código Penal francés (1810), bávaro (1813), español (1850) y peruano (1863). A este código le siguió el Código Penal de 1922 elaborado por Rodolfo Moreno (1879-1953), que tomó como modelo fuentes tan variadas como el anteproyecto de código penal sueco de 1916, como así también el derecho penal suizo y alemán. Un anteproyecto de Código Penal argentino elaborado por José Peco en 1941, que nunca entró en vigor, también fue una labor de derecho comparado, fundamentalmente inspirado en el método del profesor sueco Johan C.W. Thyren.

²¹ Héctor Lafaille, Tratado de derecho civil (6 tomos), ed. Ediar, Buenos Aires, 1943. La referencia fue realizada por Marcelo Urbano Salerno y Valeria Pasqualini-Salerno, Le droit comparé en Argentine a l'aube de l'an 2000, 4 *Revue Internationale de Droit Comparé* 769, 771 (1999) [“Salerno-Salerno, Le droit comparé en Argentine”].

²² Salerno-Salerno, Le droit comparé en Argentine, p. 771, quien hace referencia a la obra de Gorostiaga, “El Código Civil y su reforma en base al derecho comparado”.

²³ La referencia al libro de Enrique Martínez Paz, publicado por la Imprenta de la Universidad de Córdoba y actualmente agotado, aparece en el trabajo de los Salerno publicado en Francia en 1999. Salerno-Salerno, Le droit comparé en Argentine p. 771.

²⁴ Inspirándose en autores diversos, Martínez Paz destaca en la primera parte de su obra tres orientaciones posibles para el estudio del derecho comparado: Una orientación etnológica (inspirada en la obra de Alberto Herman Post y José Mazzarella), una orientación histórica que incluye un ángulo filosófico (Kohler); una orientación sociológica (Sausser-Hall) y otra jurídica (Carusi). Martínez Paz también destaca la “función práctica” del derecho comparado en diferentes áreas del derecho: la creación legislativa, como así también la realización, conocimiento y apreciación del derecho positivo. En la tercera y última parte de su libro, Martínez Paz ensaya una clasificación de las “legislaciones” en cuatro grupos, comenzando por el del derecho inglés, siguiendo por un grupo que caracteriza “bárbaro-romano”, en el que incluye la codificación alemana y francesa; el derecho “bárbaro-canónico” y, en cuarto y último lugar las “legislaciones democráticas”, que subdivide en un primer subgrupo “democrático-liberal” (codificación brasilera y suiza) y otro “democrático-socialista” (en la que incluye a la “legislación civil soviética”).

²⁵ *Ibidem*.

Winizky en el derecho comercial. Más allá del derecho privado, José Matienzo (1860-1936) y Segundo Linares Quintana enfatizaron la perspectiva comparada al derecho constitucional argentino, labor que fuera continuada en nuestros días por Jorge Reynaldo Vanossi y otros constitucionalistas de generaciones posteriores.

El aporte académico más reciente al derecho comparado en la Argentina

En una etapa más reciente, otra generación de juristas argentinos, algunos de ellos discípulos de Carlos Cossio, aprovechando el auspicioso interés de los Estados Unidos por América Latina, buscaron el posible aporte del derecho norteamericano al derecho argentino. Entre ellos se destaca la obra académica Julio C. Cueto Rúa, Juan Francisco Linares, Laureano Landaburu, Genaro Rubén Carrió, Fernando Barrancos y Vedia, Carlos Bidegain, Pablo Horvath, José Vilanova y otros. Las obras y enseñanzas de esta generación de comparatistas argentinos inspiró y estimuló a un buen número de abogados argentinos –entre los que me incluyo-- quienes, en número cada vez más creciente, emprendieron estudios graduados en escuelas de derecho de los EEUU.

Hoy en día, quizás la mayoría de quienes tienen la oportunidad de cursar una maestría (“LLM”) en una universidad norteamericana pasan a integrar los grandes estudios jurídicos argentinos que prestan servicios legales a empresas argentinas y extranjeras que demandan abogados entrenados en algún aspecto del derecho extranjero (mayormente derecho corporativo norteamericano). Otros, los menos, tienen la oportunidad de incorporarse a organizaciones no gubernamentales dedicadas a la protección de los derechos humanos, del derecho de los consumidores, defensa del medio ambiente y otros aspectos de interés público. Una minoría de estos egresados de universidades norteamericanas tienen la posibilidad, o persiguen la oportunidad, de invertir aunque sea parte de su tiempo para transmitir a estudiantes de derecho argentinos lo aprendido en las aulas de una universidad extranjera, la experiencia adquirida en un despacho de abogados de las grandes capitales europeas y de los EEUU.

El derecho comparado, hoy en día, ha dejado de ser una inquietud puramente “científica” rayana con lo exótico, en razón de la creciente popularidad y oportunidades para emprender estudios de derecho en el extranjero o del creciente contacto entre culturas jurídicas diferentes.²⁶ A los vertiginosos cambios que sigue a los avances en el transporte y las comunicaciones, sumado al fenómeno de “mundialización” o “globalización” de la economía, son muchas las áreas del derecho que reclaman el aporte del derecho comparado. Basta pensar en todo proceso

²⁶ El profesor Denis Tallon, quien fuera profesor emérito de obligaciones y contratos en la Universidad de París II (Panthéon-Assas), al pedir asesoramiento acerca de un tema a escoger para su tesis de “agrégation”, consultó a uno de los “padres” del derecho comparado, el profesor René David de la Universidad de París. Recordaba el profesor Tallon, a fines de los años 90, que René David desaconsejó en aquél entonces que enfocara su tesis en temas de derecho comparado en razón de que “no sería serio”. Las cosas han cambiado mucho desde aquél entonces, señala Denis Tallon, ya que el derecho comparado ha sido “desmarginalizado” de los estudios de derecho. Denis Tallon, Quel droit comparé pour le XXIème siècle?, 2/3 R.D.U. 703 (1998) [«D. Tallon, Quel droit comparé ? »]

de reforma legislativa y mejoramiento en la administración de justicia, los esfuerzos de armonización y unificación del derecho al que conduce la integración de los mercados y los intentos en mejorar el nivel de cooperación en la justicia penal internacional en materia de lucha contra el terrorismo, el narcotráfico y la corrupción. Cabe aquí y ahora reflexionar en los usos diversos que puede prestar el derecho comparado al derecho argentino, ponderar qué tipo de derecho extranjero es el que puede aportar a la mejor comprensión y aplicación del derecho argentino, evitando el abuso y mal uso del derecho extranjero y orientando los estudios de derecho comparado hacia aquellas disciplinas y temas que más se pueden beneficiar de dicho aporte. Otro aspecto a considerar cómo y cuándo introducir este tipo de enseñanza en las facultades de derecho de la República Argentina.

III. EL “POR QUÉ” Y “PARA QUÉ” DEL DERECHO COMPARADO

A esta altura queda relativamente claro que el derecho extranjero hace al contenido u objeto del llamado derecho comparado. Cabe reformular entonces el planteo inicial y pensarlo en términos de “*para qué sirve estudiar el derecho extranjero*”, para después indagar acerca de los temas o aspectos del derecho extranjero que vale la pena estudiar, acotando el ámbito geográfico y temático de la comparación y reflexionando acerca de su método de aprendizaje y enseñanza.

Años atrás el profesor Constantinesco proponía la creación de una “ciencia del derecho comparado”.²⁷ La idea de que el estudio del derecho de otras latitudes persigue el noble objetivo de ponerse al servicio del conocimiento del derecho siempre ha estado presente. Sin embargo, hoy en día el estudio del derecho extranjero, o ciertos aspectos de cierto derecho extranjero, ha dejado de ser una inquietud meramente especulativa con el fin de identificar características universales de una supuesta ciencia del derecho para convertirse en una genuina necesidad del buen entrenamiento de un abogado.²⁸ Así, el derecho extranjero puede resultar el aplicable a una causa ventilada en los tribunales locales, ya sea porque se torna derecho positivo y vigente para resolver una disputa cada vez que así lo exige el derecho internacional privado del foro, o cuando el derecho interno se remite al derecho extranjero, o bien para mejor interpretar y aplicar una norma internacional, elaborar un anteproyecto de ley de reformas o una “ley modelo”, o bien al intentar una reformulación o recopilación (“*restatement*”) de reglas de derecho aptas para ser aplicadas a una disputa internacional.²⁹

²⁷ L. J. Constantinesco, *Rechtvergleichung*, pp 204-73 (1971).

²⁸ D. Tallon, *Quel droit comparé* p. 703-704 (“[L]e droit comparé, sous tous ses formes, apparaît de plus en plus comme un util indispensable au juriste d’aujourd’hui, quel qu’il soit. Théoricien ou praticien –et de tout pratique--, il se trouvera de plus en plus souvent au contact avec des droits étrangers, soit pour les appliquer, soit pour les étudier, à des fins diverses... ») (« El derecho comparado, en cualquier forma, parece cada vez más una herramienta útil e indispensable para el jurista de hoy en día, quien fuera este. Teórico o práctico –y de todo tipo de práctica--, se encontrará en contacto con el derecho extranjero, cualquiera sea su forma, cada vez con mayor frecuencia, ya sea para aplicarlo, ya sea para estudiarlo, y con fines diversos...”).

²⁹ En realidad, las “leyes modelo” o leyes “tipo” que ha ido elaborando y adoptando la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI” o “UNCITRAL”, sus siglas en inglés) muestran un trabajo de derecho comparado similar a los “*restatements*” en EEUU pero con aspiración universal. Entre los ejemplos más exitosos de textos que han sido elaborados con la ayuda del derecho comparado son las leyes modelo en materia de conciliación comercial internacional (2002) y, con mayor éxito, la de arbitraje comercial internacional (1985 y 2006); comercio electrónico (1996) y firmas electrónicas (2001); e insolvencia transfronteriza

Una mirada más particularizada destaca una buena variedad de ocasiones en las que el derecho extranjero deviene una fuente de consulta obligatoria o de consulta casi obligada.

1. El derecho extranjero como derecho aplicable bajo las normas de derecho internacional privado. El estudio del derecho extranjero, como tal, puede ser tan necesario como el estudio del derecho interno o nacional (doméstico o local) en aquellos supuestos en que deviene aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado del foro. Tal sería el supuesto, por ejemplo, de una disputa contractual entre partes domiciliadas en Estados diferentes o con contactos significativos con más de un país, exigiendo al juez argentino la aplicación de un derecho contractual extranjero.

Cuando el derecho extranjero deviene aplicable en virtud de un imperativo de las normas locales de conflicto, es obligación del abogado prestar el asesoramiento que exige la naturaleza del problema que plantea el cliente, siendo su obligación profesional la de informarse o recurrir a un perito o experto en la materia.³⁰ Nadie pone en duda que de ser aplicable dicho derecho, la obligación del juez es la de aplicarlo tal como lo aplicaría el juez del Estado cuyo derecho debe aplicarse.³¹ Otra cuestión es si el juez tiene la obligación de aplicar dicho derecho extranjero aun cuando la parte interesada en dicha aplicación omita alegarlo o probarlo. Sobre este punto es probable que haya más de una respuesta posible, pero cabe destacar que la doctrina iusprivatista argentina favorece la aplicación del derecho extranjero aun de oficio y aunque las partes no estén en condiciones de probar dicho derecho.³²

(1997). Con excepción de la Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (conocida como "CISG" y adoptada en 1980), los tratados internacionales adoptados por UNCITRAL no han tenido tanto éxito como las leyes tipo o modelo. Ver, por ejemplo, las convenciones de las Naciones Unidas en materia de letras de cambio y pagarés internacionales (1988); garantías independientes y cartas de crédito contingente (1995); transporte internacional de mercaderías total o parcialmente marítimo ("Reglas de Rotterdam", 2008); cesión de créditos en el comercio internacional (2004); y comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (2005). Para una visión de conjunto de las labores de UNCITRAL puede consultarse su sitio de internet: http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html.

³⁰ En el célebre fallo "Roel", el tribunal superior del Estado de Nueva York condenó por mala praxis a un abogado neoyorquino por fallar a su obligación de asesorar, u obtener el asesoramiento adecuado, para su cliente en materia de derecho mexicano. Ver "In Re Roel", 3 N.Y.2d 224, 232; 165 N.Y.S.2d 31, 37; 144 N.E.2d 24, 28 (1957): "When counsel who are admitted to the Bar of this State are retained in a matter involving foreign law, they are responsible to the client for the proper conduct of the matter, and many not claim that they are bot required to know the law of the foreign State."

³¹ Un acierto del Código Civil y Comercial de la Nación argentina que entró en vigor en agosto de 2015 ("CCCN") es haber legislado de manera comprensiva acerca del derecho internacional privado (Título IV, Libro VI, arts. 2594-2537).

³² Ver art. 2595 CCCN: "Aplicación del derecho extranjero. Cuando un derecho extranjero resulta aplicable: a) el juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino; b) si existen varios sistemas jurídicos covigentes con competencia territorial o personal, o se suceden diferentes ordenamientos legales, el derecho aplicable se determina por las

2. Remisión del derecho local al derecho extranjero para ser aplicado como parte del derecho local. También puede exigirse o sugerirse el estudio del derecho extranjero en aquellos supuestos en que el derecho local se remite al derecho extranjero como un elemento indispensable para aplicar el derecho nacional o local, pero no en virtud de normas de derecho internacional privado sino del propio derecho nacional. Tal sería el caso, por ejemplo, de un pedido de extradición ante un tribunal argentino, quien debe cerciorarse antes de conceder el pedido, entre otras cosas, de que el delito que se le imputa a aquél cuya extradición se solicita constituya un delito tanto bajo el derecho argentino como bajo el derecho penal del Estado cuyo juez solicita la extradición.³³ La exigencia de la prueba de reciprocidad –en los supuestos en que el derecho argentino la exige-- constituye otro supuesto en el que el juez argentino debe consultar el derecho extranjero por exigírselo el propio derecho argentino.
3. Aplicación del derecho de otras jurisdicciones para encontrar un denominador jurídico común a un problema regido por el derecho internacional pero no resuelto expresamente por dicho derecho. El derecho extranjero también puede ser de conveniente, sino necesaria, consulta en los múltiples supuestos en que el juez debe aplicar el derecho internacional a una disputa –muchas veces regida por un tratado internacional— que carece de una respuesta clara y específica en el derecho internacional. En ese supuesto, el juez puede intentar legitimar su decisión recurriendo a un análisis del derecho extranjero. Suele expresarse en estos casos que el juez puede o debería recurrir al “derecho comparado” para colmar una laguna del derecho internacional claramente aplicable. En realidad, la actividad del juez en este supuesto consiste en investigar el derecho extranjero, buscando un denominador común que permita alegar la existencia de un “principio general” o un casi siempre controvertido “uso, práctica o costumbre generalizada. Así, por ejemplo, indagar en la respuesta que brinda el derecho interno de diversos Estados para cuantificar la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato o la comisión de un acto ilícito puede robustecer los fundamentos de una decisión que no encuentra una respuesta clara y concreta en el derecho internacional pero se ajusta, concuerda o armoniza con la solución propuesta por varios ordenamientos jurídicos internos.
4. Utilidad del derecho extranjero en el proceso de reforma legislativa con el fin de “tomar prestado” o “transplantar” una institución, norma o doctrina jurídica cuya emulación sugiere su aplicación en el país de origen. La historia del derecho muestra numerosas

reglas en vigor dentro del Estado al que ese derecho pertenece y, en defecto de tales reglas, por el sistema jurídico en disputa que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica de que se trate;c) si diversos derechos son aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso, esos derechos deben ser armonizados, procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos.” Ver, Sara Lidia Feldestein de Cárdenas, La aplicación del derecho extranjero en el Código Civil y Comercial. Una mirada crítica, La Ley, 31 marzo 2016.

³³ Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal, Ley No. 24.767, art. 6 (<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/41442/norma.htm>)

instancia en las cuales el legislador nacional recurre a una institución, norma o doctrina de derecho extranjero para ser “transplantada”, con las adaptaciones y ajustes del caso, en otro país. Este ha sido el caso, como se señaló anteriormente, de la adopción del Código Civil argentino de 1869, que nos rigió por más de un siglo y medio, o el mismo Código Civil y Comercial de la Nación que entró en vigor en el 2015.³⁴

Por supuesto que el uso del derecho extranjero con el propósito de reformas o “trasplantes” jurídicos no se limitan al derecho privado. Con mayor o menor éxito, algunos de estos trasplantes han fructificado en suelo sudamericano, ya sea en materia de regulación económica (v.gr., mercado de valores, defensa de la competencia), administración de justicia criminal (importación del modelo “acusatorio”, “juicio abreviado”, “juicio por jurado” en algunas provincias, etc), estrategias para la lucha contra la corrupción (v.gr., la figura del “arrepentido”), etc. Es importante en este menester no quedar atrapado por la diferencia de conceptos, escrudinando la “función” o “finalidad” que cumple la figura jurídica extranjera antes de saltar a las conclusiones respecto de la ausencia de figuras similares en el derecho vernáculo.³⁵

5. Uso del derecho extranjero con el fin de “estandarizar” aspectos diversos del derecho de fondo y procesal, persiguiendo una mayor coordinación y cooperación en temas diversos, tal como estándares mínimos de protección de los derechos humanos como mecanismos de coordinación de la responsabilidad civil transnacional. El derecho extranjero también es utilizado en este proceso imparable de armonización y unificación del derecho, tanto en áreas de derecho público como privado. Así, en el desarrollo de la protección internacional de los derechos humanos, familiarizarse con la manera en que se aplica un concepto tan abstracto como “debido proceso” en otros países ayuda a una mejor comprensión de los estándares mínimos que debe exigirse de un “proceso” que priva

³⁴ Independientemente de seguir “los grandes lineamientos” de anteproyectos anteriores de reforma (en particular, el Proyecto de 1998), quienes coordinaron la elaboración del nuevo Código Civil y Comercial argentino (“CCCN”) del 2015 han hecho ocasional referencia fuentes más mediatas (de donde abrevaron los proyectos anteriores), tales como, en materia de contratos, los Principios de Unidroit en materia de Contratos Comerciales Internacionales. Véase Ricardo Lorenzetti, presidente de la Comisión Redactora del CCCN (Decreto 191/2011), Palabras Preliminares al CCCN. Con referencia a las disposiciones generales sobre contratos, el Dr. Lorenzetti expresa en el párr. XIII(3) de estas Palabras Preliminares: “*El primer título se refiere a los contratos en general, que son los que tradicionalmente se utilizan en el derecho civil y comercial, para los cuales se han receptado muchos de los Principios de Unidroit, que constituyen criterios muy aceptados en la tradición jurídica actual (arts. 971 y ss.)...*”.

³⁵ Cabe observar, sobre este punto, las agudas observaciones del profesor catalán José Puig Brutau y su análisis acerca de la función que cumple el “trust” angloamericano frente a figuras contractuales del derecho continental que persiguen la misma finalidad, tal como la de encargar una gestión de confianza a un banco, a quien entregamos un monto determinado con la finalidad de quedar separada de la masa en el supuesto de quiebra del establecimiento bancario. Ver José Puig Brutau, Importancia de las decisiones de Puerto Rico para una crítica del derecho civil, Revista de Derecho Español y Americano, Nov-Dic. 1956, Año I, No. 4, pp. 3-13,

a una persona de sus derechos fundamentales para que dicho proceso sea el genuinamente “debido” por el Estado.³⁶

En materia de derecho comercial internacional, el estudio del derecho extranjero permite lograr compromisos eficaces para regular, por ejemplo, tanto como mensurar la compensación que debe pagarse por incumplimiento de contrato,³⁷ como el tipo de vicios

³⁶ La noción de “debido proceso” o “derecho de defensa” incorporado al art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Ver https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm Un ejemplo sumamente ilustrativo de lo que ofrece el derecho comparado consiste en repasar la lista de “garantías mínimas” que incorpora dicho artículo 8 de la Convención Americana: “*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.*”

³⁷ Tal es el caso, por ejemplo, de la medida de la reparación de daños y perjuicios por incumplimiento contractual incorporada en el artículo 74 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (“CISG”), incorporando conceptos equivalentes al “daño emergente”, “lucro cesante”, como así también el requisito de la previsibilidad del daño: “*La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato.*”

que deben ser probados, o que justifican el rechazo de oficio del reconocimiento o ejecución de un laudo extranjero,³⁸ o bien la tarea de armonizar el derecho privado de países que se han comprometido a integrarse económicamente.³⁹ En ambos supuestos, es la legislación comparada la que brinda las nociones básicas que luego son re-elaboradas para formular una norma con aspiración de alcance universal.

6. Elaboración de reglas o “principios” que las partes pueden incorporar a sus acuerdos (“opt in”), en ejercicio de su autonomía material, para regir sus contratos y acuerdos de arbitraje. El derecho extranjero deviene una materia prima esencial en la elaboración de reglas de “de derecho blando” o “derecho flexible” (*soft law*) que las partes, bien informadas, podrían incorporar a sus contratos en ejercicio de la autonomía material que disfrutaban en un buen número de ordenamientos jurídicos. De esta manera, estos “principios” pueden ser vinculantes cuando las partes las escogen para regir un contrato o cuando las partes y el tribunal arbitral las adoptan para obtener y producir pruebas que, a diferencia de normas similares que se encuentran en los códigos de derecho interno, se ajustan mejor a la naturaleza “internacional” de disputas transfronterizas. Fruto de estudios de derecho comparado es el texto de los “Principios de UNIDROIT sobre

³⁸ Ver, por ejemplo, el artículo V de la Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (“Convención de Nueva York” de 1958), enumerando las causales por las cuales se puede rechazar el pedido de reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral extranjero. Estas mismas causales y su interpretación por los tribunales de los Estados parte de la Convención de Nueva York han servido de modelo para circunscribir las causales por las cuales es posible anular un laudo arbitral. Véase el art. 34 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional (“LMU”) de 1985 (reformada en 2006), utilizando la misma lista de causales de nulidad de un laudo que las que enumera el art. 36 de la misma LMU para rechazar su reconocimiento o ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

³⁹ Así, el Tratado de Asunción de 1991 que crea el Mercado Común del Sur (“Mercosur”) contempla la necesidad de armonizar las legislaciones de sus Estados miembros en algunas áreas del derecho cruciales para una mejor integración de sus mercados. Ley No. 23.981 del 4 de septiembre de 1991, “Apruébase el Tratado suscripto para la Constitución de un Mercado Común entre las Repúblicas Argentina, Federativa del Brasil, Paraguay y Oriental del Uruguay”.

Contratos Aplicables a los Contratos Internacionales” (“PUCCI”),⁴⁰ aplicables en materia de derecho contractual sustantivo. En cuanto al derecho procesal civil transnacional, los “Principios de ALI/UNIDROIT del Proceso Civil Transnacional”⁴¹ (“Principios Procedimiento Civil Transnacional”) ofrecen otro marco normativo útil para los litigios internacionales. También es fruto de un delicado equilibrio de derecho comparado el texto de las Reglas de la I.B.A. (*International Bar Association*) en materia de práctica probatoria en el arbitraje internacional,⁴² cuya popularidad de uso da testimonio de la utilidad del enfoque comparado.

7. La perspectiva comparada como herramienta analítica para reexaminar, revalorando o mejorando, el derecho nacional (interno). Otro de los propósitos que justifican y reclaman una mirada al derecho extranjero es el de perseguir una mejor comprensión del orden jurídico interno mediante el estudio de instituciones, normas o soluciones aportadas por el derecho extranjero, reflexionando acerca de la política legislativa que inspira al derecho interno y eventualmente arrojando una nueva perspectiva al estudio del derecho local. Quizás sea éste el mayor valor que se le puede extraer al estudio del derecho extranjero, que nos obliga a adoptar una visión introspectiva y cuestionadora del propio derecho.

Cabe destacar en este contexto la elocuente referencia del Dr. Risolía: “...[E]l método

⁴⁰ Aunque el uso potencial de los llamados “Principios de UNIDROIT” son múltiples, tal como lo sugiere su preámbulo, la incorporación de dichas reglas como parte del contrato constituye su aplicación más difundida y provechosa. Véase, Principios de Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales (2014) (<http://www.unidroit.org/unidroit-principles-2010-official-languages/spanish-integral>). Otros instrumentos internacionales que regulan contratos comerciales internacionales, pero en forma de tratado y no de “soft law”, y que son vinculantes en principio a menos que las partes los excluyan expresamente (“opt-out”), incluye, además de la CISG a la que se hizo referencia con anterioridad, contratos internacionales tales como de transporte marítimo (“Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato Internacional de Transporte de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo” (Reglas de Rotterdam, 2008) y el contrato de cesión de créditos en el comercio internacional (“Convenio de las Naciones Unidas sobre Cesión de Créditos en el Comercio Internacional” (“Convenio sobre Cesión de Créditos”, Nueva York, 2001).

⁴¹ “Principios de ALI/UNIDROIT del Proceso Civil Transnacional”, American Law Institute, UNIDROIT, Roma, mayo 2014.

⁴² En cuanto a estas reglas de prueba, de uso extendido en la práctica del arbitraje comercial internacional, tampoco tienen fuerza vinculante por sí mismas, pero combinan prácticas de países del “Common Law” y del llamado “Civil Law” en cuanto a los medios de prueba y sus modos de producirla en el proceso arbitral. Ver Reglas de la IBA (*International Bar Association*) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (“Reglas de la IBA sobre Prueba”, 2010), <file:///C:/Users/Garro/Downloads/IBA%20Rules%20on%20the%20Taking%20of%20Evidence%20in%20Int%20Arbitration%202010%20-%20SPANISH.pdf> El artículo 3 de las Reglas de la IBA sobre Prueba introduce de manera atenuada la práctica del “discovery” en el derecho procesal anglosajón, regulando cómo y cuándo puede exigirse de la otra parte, con posterioridad o simultáneamente al primer intercambio de escritos, pero antes de la etapa probatoria propiamente dicha, que exhiba documentos relevantes y sustanciales para el resultado de la causa.

comparativo ayuda a conocer, estimar y perfeccionar ese derecho [el derecho nacional], visto desde la cumbre, con el encuadre universal y humanista propio de del verdadero sabor científico. Es aguda y merece repetirse esta observación del refranero popular: nadie conoce acabadamente su casa antes de echar una mirada curiosa sobre el patio de las casas vecinas...”.⁴³

El peligro del “abuso” y “mal uso” del derecho extranjero

Para un país como la República Argentina, en el que la gestación de sus norma fundamental y muchas otras ha seguido de cerca modelos de derecho extranjero, es importante que su invocación y aplicación como fuente no vinculante, es decir, su uso “no autoritativo”, sea acompañado de una dosis de escepticismo y prudencia. Ello porque todo “trasplante” o “préstamo” de una institución, norma, o doctrina extranjera exige una ponderación cuidadosa acerca de la historia detrás de dicha institución en su país de origen, como así también del contexto político, económico y social que acompaña la aplicación de ese derecho en su país de origen.⁴⁴

Unos pocos años atrás la referencia de algunos miembros de la Corte Suprema de los EEUU a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos provocó una polémica, que continúa en nuestros días, acerca de la “legitimidad” de recurrir al derecho extranjero para interpretar la Constitución de los Estados Unidos.⁴⁵ No ha faltado quien haya hecho un llamado de atención similar contra el uso indiscriminado del derecho extranjero en el proceso de adjudicación constitucional en la Argentina, señalando lo problemático que resulta dicho uso “no autoritativo” del derecho constitucional norteamericano, por el solo hecho de gozar de un halo de autoridad y prestigio en su lugar de origen, ha obstaculizado el desarrollo de una cultura constitucional propia y sustentable.⁴⁶

⁴³ Risolía, Selección, asimilación y creación en el derecho comparado, p. 34.

⁴⁴ Acerca de los malentendidos y peligros del abuso y mal uso del derecho comparado, puede leerse con provecho el ensayo de Jerome Frank, La influencia del derecho europeo continental en el “Common Law”, en una excelente traducción al castellano de José Puig Brutau, ed. Bosch, p. 75, en donde expresa: “*Aunque tomar de prestado de otros lugares puede algunas veces ser una medida cerera, con frecuencia acecha un peligro en la transferencia de una regla de derecho o de una práctica jurídica a una cultura extranjera. Podemos encontrar una parábola en el hecho de que los conejos, inocuos en su lugar de procedencia, se convirtieron en una seria amenaza para los granjeros cuando fueron llevados a Australia.*”

⁴⁵ Ver la transcripción del diálogo mantenido entre los ministros de la Corte Suprema de los EEUU, Antonin Scalia y Stephen Breyer, acerca de la relevancia de la jurisprudencia extranjera en la interpretación y aplicación de la Constitución de los EEUU: Constitutional Relevance of Foreign Court Decisions. Transcript of Discussion Between U.S. Supreme Court Justices Antonin Scalia and Stephen Bryer. American University College of Law, AU News, 13 January 2005, consultado en <http://www.american.edu/media>

⁴⁶ Ver Carlos F. Rosenkrantz, En contra de los “préstamos” y de otros usos “no autoritativos” del derecho extranjero, 5 Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, p. 65 y ss. (en adelante, Rosenkrantz, En contra de los préstamos”), consultado en http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-Octubre2005/061Juridica04.pdf

Va de suyo que el abuso y mal uso del derecho extranjero, fuera de contexto y desconociendo fuentes jurídicas autóctonas y más idóneas, tornaría “problemático” lo que debería ser un aporte enriquecedor al derecho local. Este llamado de atención es quizás más oportuno en un país como el nuestro que en los Estados Unidos, cuya cultura jurídica se ha caracterizado por mirar más adentro que afuera de sus fronteras.

IV. EL DISEÑO DE UN CURSO DE “DERECHO COMPARADO”

Para la mayoría de las escuelas de derecho, el desafío consiste en organizar un curso sobre derecho comparado que pueda servir eventualmente no solamente a que aquellos particularmente interesados en una carrera en derecho internacional u operaciones transfronterizas, sino también a quienes deseen obtener una perspectiva más amplia y crítica del derecho interno y sus particularidades dentro de la comunidad internacional. Ya sea un curso “ad hoc” titulado “derecho comparado”, o bien un apéndice o complemento que agregue una perspectiva comparada a cada una de las materias que integran el plan de estudios, en todo caso será necesario escoger entre ordenamientos jurídicos o culturas jurídicas diversas, como así también seleccionar temas de particular relevancia al desarrollo del derecho interno o los retos que enfrenta dicho derecho. A ponderar este proceso de selección se dedican las reflexiones que se ofrecen a continuación.

Qué ordenamientos jurídicos extranjeros vale la pena comparar?

No es posible ni provechoso cubrir a todos los ordenamientos jurídicos ni estudiar todas las ramas y temas. Es necesario una selección y las reflexiones que siguen intentan explicar por qué la selección geográfica y temática del objeto de la comparación depende del país, escuela de derecho, temas de especial interés y, por supuesto, la familiaridad del instructor con el derecho extranjero bajo estudio. Las reflexiones que siguen intentan explicitar por qué razón, en lo personal, juzgo ciertos temas y jurisdicciones de mayor interés que otras para un curso en una escuela de derecho que no se caracteriza, precisamente, por la formación cosmopolita de sus profesores ni el interés de una mayoría del cuerpo estudiantil en temas internacionales.

El alcance geográfico y temático de la comparación depende de varios factores entre los que se incluye la escuela de derecho y el país involucrado

Cabe diferenciar, por lo tanto, entre el tipo de curso de “derecho comparado” a ofrecer en una facultad de derecho promedio de los Estados Unidos, fundamentalmente volcada a entrenar a sus estudiantes en el derecho doméstico, por oposición a una escuela de derecho ubicada en una de las grandes capitales en las que se espera que los abogados se encuentren familiarizados con más de un sistema jurídico (tal sería el caso de escuelas de derecho de gran prestigio en ciudades como Nueva York, París, o Londres). En estas facultades de derecho o bien un buen número de sus profesores cuentan con una formación en una disciplina relacionada con el derecho extranjero o internacional y una visión cosmopolita del derecho y probablemente un buen número de sus graduados están destinados a ingresar a los grandes despachos jurídicos que se ocupan de inversiones y operaciones transfronterizas de alto calibre. Es probable entonces que el profesor le brinde una perspectiva comparada a cada materia que se dicta en esa facultad,

o bien que además de un curso de derecho comparado también se ofrezcan cursos y seminarios sobre aspectos comunes a una región (v.gr., “derecho africano”, “europeo”, “medio-oriente” etc.) o país de singular relevancia (v.gr., el estudio del “derecho chino”, “japonés” o “sudeste asiático”, “latinoamericano”, etc.).

Esta no es la situación de la mayoría de las escuelas de derecho de los Estados Unidos, caracterizadas por una visión más introspectiva que cosmopolita y donde sólo se ofrece un curso general que lleva por título “Derecho Comparado”, si es que se ofrece. En ningún caso dicho curso es obligatorio, ni un requisito para poder aprobar el examen de admisión profesional (“examen de la barra” o “*bar exam*”). Para este tipo de escuelas de derecho el reto es el de dotar a sus estudiantes, a través de un curso “general” (lo que se denomina un “survey course”) de derecho comparado.

Razones que militan en favor de dirigir una mirada a instituciones de países cuya cultura jurídica y desarrollo institucional nos resulta más cerca

Cabe reflexionar acerca de qué tipo de “derecho comparado” sería conveniente o ideal ofrecer para una facultad de derecho en la República Argentina, en donde es poco probable que este tipo de cursos haya sido ofrecido. Cuáles son los ordenamientos jurídicos extranjeros, o aquellas culturas o “tradiciones” jurídicas diferentes a la nuestra, que ameritan ser examinadas en un curso de derecho comparado? Creo que hay buenas razones para mirar con atención al funcionamiento y evolución de aquellos países a los que nos une una tradición y cultura jurídica común, como el caso de Francia, España e Italia en el campo del derecho privado, y Estados Unidos en cuanto a las instituciones de derecho público.

Sin embargo, razones no menos importantes apuntan a la conveniencia de dirigir nuestra mirada a la evolución de países vecinos con quienes compartimos no sólo una misma cultura e incluso idioma (v.gr., Chile, Paraguay, Uruguay, Paraguay) y por supuesto Brasil, ligados por un proyecto común de integración económica y con una infraestructura económica y social es más cerca a la Argentina que la de aquellos países altamente industrializados que suelen servirnos de modelo.

Y por qué no comparar ordenamientos jurídicos genuina y radicalmente diferentes al nuestro, como aquellos con fuerte influencia religiosa (países del Medio-Oriente) o cultural alejada de la nuestra (tal como China, Japón y otros países del sudeste asiático)? También la República Argentina mantiene lazos comerciales importantes con países como China y Japón, cuya cultura jurídica, historia y tradiciones nos parecen más lejanas y, por lo tanto, ameritarían mayor atención.

Son varias las razones que militan en favor de estudiar aquellos ordenamientos jurídicos de países vecinos, con quienes tenemos además un intercambio comercial fluido, tal como los Estados miembros del Mercosur y países limítrofes. Sin embargo, también hay razones para concentrarse en aquellos ordenamientos jurídicos que mayor influencia han tenido en el desarrollo dogmático del derecho argentino (tal como los Estados Unidos en materia

constitucional, Francia e Italia en el campo del derecho civil y comercial, y Alemania en temas de derecho penal). Creo, sin embargo, que el aporte metodológico que puede brindar el estudio del *Common Law*, y en particular el derecho de los Estados Unidos, lo convierte en un candidato altamentepreciado para los estudios de derecho comparado en la Argentina.

Razones que militan en favor del estudio del “Common Law” y el derecho de los EEUU

No es el derecho de países con quienes Argentina comparte la tradición continental-romanista el que podría ofrecer enseñanzas más provechosas para nuestros futuros abogados. No creo poder independizarme de mi experiencia personal, pero estoy convencido que el estudio del derecho Angloamericano, que pertenece a una tradición jurídica diferente, la del “*Common Law*”, es la que ofrece perspectivas más interesantes y enriquecedoras.⁴⁷

Compartimos con los Estados Unidos valores similares en cuanto al compromiso con las instituciones de una democracia liberal, protección de los derechos humanos, y también una pronunciada tensión entre el desarrollo de una economía de mercado y la necesidad de proveer por el bienestar social de sus ciudadanos, ofreciendo ambos países, en este punto, contrastes más pronunciados que las democracias sociales europeas.

No se me escapa la importancia de familiarizarse con el derecho de nuestros vecinos latinoamericanos, con quienes estamos unidos no sólo por lazos más estrechos de amistad sino por compartir una historia similar en pos de una consolidación democrática y un desarrollo económico, mientras que los Estados Unidos cuentan con una estabilidad democrática y una economía de mercado con mayor experiencia y más desarrollada. A pesar de estas consideraciones, creo que la metodología del *Common Law* y sus diferencias con nuestra historia, cultura y estructura económica ofrece puntos de comparación más interesantes, y más complejos, que si nos volcáramos a estudiar el derecho de países de cultura jurídica similar (como Francia, España, Italia, etc.) o países vecinos de América Latina con quienes mantenemos lazos más estrechos y con quienes compartimos similares problemas en cuanto a nuestro desarrollo económico, composición social y nivel de madurez de nuestras instituciones políticas.

Sin perjuicio de la utilidad de que presenta el estudio del derecho romano, su recepción en Europa continental y su expansión a América Latina a través del derecho colonial que rigió por más de tres siglos, creo en la relevancia de introducir al estudiante de derecho a los principios y la manera de pensar del “*Common Law*”. Al tratarse de una cultura jurídica en el que el derecho judicial ocupa un lugar importante, creo que el aporte del “*Common Law*” añade un componente

⁴⁷ Para una presentación rica en matices históricos acerca de transplante y evolución del “*Common Law*” inglés en los Estados Unidos, puede consultarse el ensayo del ilustre procesalista uruguayo Eduardo J. Couture, El porvenir de la codificación y del “common law” en el continente americano, Revista La Ley, tomo 52, Sección doctrina, pp. 855-864.

importante a nuestra cultura jurídica, enfatizando la manera de elaborar, interpretar y aplicar el derecho por parte de los jueces.

Ventajas que ofrece el estudio de la “técnica” (en lugar de la “doctrina”) del precedente

Además de incorporar el estudio del llamado “método de casos” en el arsenal intelectual del abogado argentino, el estudio de la técnica de la creación y desarrollo del derecho en la tradición del *Common Law* tiene el valor agregado de introducir al futuro abogado, juez y funcionario argentino a una manera diferente de pensar el derecho. Si a este componente metodológico le agregamos el estudio de temas seleccionados, que cubran tanto aspectos de derecho público como de derecho privado, creo que agregamos un componente pedagógico importante, al estudiar “el derecho extranjero en acción” en un contexto particularizado.

Mi impresión –que bien puede resultar de un defecto de formación— es que el derecho de los Estados Unidos ofrece algunas ventajas por sobre el estudio del derecho inglés tal como se ejerce en el Reino Unido y otros países de la Comunidad Británica de Naciones. Es el derecho norteamericano el que ha adquirido no sólo mayor difusión entre nosotros, sino también mayor relevancia, ya sea en razón de la influencia que ha ejercido y todavía ejerce su modelo constitucional de los EEUU. A pesar de que el *Common Law* norteamericano es difícilmente exportable a un país que no comparta su mismo idioma y tradición jurídica, el derecho de los Estados Unidos ha influenciado recientemente algunos otros aspectos del derecho patrimonial argentino, ya sea en el campo de la responsabilidad por productos elaborados, las garantías mobiliarias, el proceso de reorganización de empresas en quiebra, defensa de la competencia, etc.

El temario jurídico a incorporar en los estudios de derecho comparado

Qué disciplinas o áreas del derecho resulta más interesante o provechoso investigar (el derecho constitucional, civil, comercial, procesal penal, etc.)? Y dentro de cada rama del derecho, qué temas o problemas jurídicos específicos y concretos conviene examinar (el control de constitucionalidad, la doctrina del desplazamiento del velo de la personería jurídica, la responsabilidad objetiva en el derecho de daños, el papel de la víctima en el proceso penal)? En un comienzo los estudios de derecho comparado se volcaron casi exclusivamente al campo del derecho privado (fundamentalmente el derecho civil), enfocando temas tales como la transición de un sistema de responsabilidad civil basado en la culpa a uno en el que la culpa se presume, más apropiado a una sociedad en creciente industrialización. Sin embargo, en los últimos años, quizás inspirado por la necesidad de difundir la protección de los derechos humanos y la consolidación de regímenes democráticos, los estudios de derecho constitucional comparado se han incrementado de manera exponencial. La proliferación de acuerdos de libre comercio también impulsó la inquietud por comenzar con estudios de derecho laboral comparado, y la necesidad de coordinar la resolución de disputas transnacionales, el derecho procesal civil

transnacional se ha venido desarrollando casi al compás del arbitraje comercial internacional. En suma, el menú de temas susceptibles de una perspectiva comparada sigue en aumento.

Así como el alcance geográfico de la comparación debe ser motivo de ponderación en cualquier programa de enseñanza del derecho comparado, también en el campo temático cabe considerar una serie de alternativas. No sería posible, ni tampoco muy interesante, cubrir la totalidad de un ordenamiento jurídico extranjero, o siquiera intentar cubrir el estudio completo de una rama del derecho que pertenece a dicho derecho. No hay tiempo para cubrir tantos temas de derecho extranjero, ni durante la carrera de derecho ni durante toda una vida. Aquí también se impone una selección, que bien podría enfocar una cuestión metodológica (interpretación de la ley, la jurisprudencia como fuente del derecho, etc.) o bien seleccionando una problemática jurídica en particular (tal como la responsabilidad objetiva o sin culpa, el levantamiento del velo de la personería jurídica, o los límites a la libertad de expresión).

Es inevitable que la selección de los temas sea también influenciada por las preferencias del profesor o instructor a cargo del curso, su inclinación intelectual o profesional hacia una rama del derecho en particular o respecto de unos temas específicos, preferencias que estarán inevitablemente determinadas y limitadas por sus conocimientos y experiencia. A fin de explorar con mayor detalle las opciones disponibles, se impone recurrir a la gruesa distinción entre temas de derecho público y privado, a pesar de lo impreciso de la frontera que separa ambas ramas y lo cuestionable de esta diferenciación dogmática.

El derecho comparado y el derecho público

Aquellos inclinados por el derecho público probablemente estén interesados en contrastar el control judicial de la actividad administrativa del Estado, la separación de poderes, el respeto de los derechos humanos, los mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes, etc. Tampoco faltarán aquellos cuyo interés es contrastar el ámbito de protección que ofrece un control difuso y limitado a controversias constitucionales, en contraposición a un control concentrado y de oficio de constitucionalidad; o bien la comparación de temas más sustantivos como los “remedios” constitucionales que apuntan a proteger los derechos económicos, sociales y culturales (identificados como derechos de segunda y tercera generación; o los estándares que aplican los tribunales constitucionales para escudriñar la constitucionalidad de las normas (“proporcionalidad”, “razonabilidad” o la mayor o menor “onus” probatorio que se exige al Estado para justificar sus limitaciones al ejercicio de derechos individuales).

Siendo la administración de justicia en lo criminal una de las áreas en constante reforma legislativa, en los últimos tiempos se ha desarrollado una vasta literatura jurídica en el campo del derecho procesal penal comparado. Son varios los países que en los últimos años han tenido que recurrir a la legislación y experiencia comparada para introducir, con mayor o menor éxito, el llamado sistema “acusatorio”, en reemplazo de sistema más tradicional conocido como “inquisitivo” en algunos países del “*Civil Law*”. Sobre este punto, también es importante indagar

acerca de los “intereses” que impulsan a organizaciones internacionales, cuya agenda incluye una amplia gama de “reforma legal” en países en desarrollo, por exportar un modelo jurídico más acorde con la formación de los juristas que lideran dicho procedimiento de reforma.

El derecho comparado y el derecho privado

Un tema recurrente en este campo enfoca la transición de un sistema de responsabilidad extracontractual basado en la prueba de la culpa, como el establecido por en los códigos civiles decimonónicos y el derecho del *Common Law*, hacia un sistema de responsabilidad llamada “objetiva”, “estricta” o “absoluta”, más ajustado a una sociedad altamente industrializada en el que grandes empresas recurren a actividades riesgosas y bajo el cual la víctima del acto ilícito se encuentra exento de la obligación de probar la culpa del autor del daño.

También el área de los contratos puede ser provechosamente explorada desde una perspectiva comparada, especialmente cuando ya existen tratados y una amplia red de normas jurídicas de “derecho blando” (*soft law*) que regulan contratos comerciales internacionales en particular (como la compraventa, la cesión de créditos, el crédito documentario).

Por supuesto que el temario potencial de un curso de derecho comparado también se extiende a aspectos del derecho procesal y los métodos de resolución de conflictos, incluyendo fundamentalmente temas diversos que surgen en un litigio internacional, desde cómo se redacta y emplaza una demanda, cómo se acredita la representación procesal, se obtienen medidas cautelares, se ofrece y produce prueba, y hasta el reconocimiento y ejecución de sentencias. También el arbitraje comercial internacional ofrece un fértil campo para la comparación jurídica, tanto en lo que se refiere a la “*lex arbitri*” aplicable a un arbitraje internacional como la determinación del derecho aplicable al fondo o mérito de la cuestión sometida al arbitraje.

El programa de un curso de derecho comparado depende de la escuela de derecho y la perspectiva más o menos cosmopolita de sus profesores y estudiantes

En un mundo ideal, la determinación del temario a incluir en un curso de derecho comparado debería depender menos en la preferencia personal de quien imparte la materia y más en la necesidad y conveniencia del estudiante. Y el perfil del estudiante varía no solamente en base a sus preferencias personales, sino fundamentalmente de la cantidad de cursos sobre derecho extranjero, internacional y comparado que ofrece la escuela de derecho, el perfil de sus estudiantes y sus aspiraciones profesionales, etc. Si la escuela o facultad de derecho sólo ofrece un curso “ad hoc” de derecho comparado, el único que expone al estudiante a un ordenamiento jurídico extranjero, dicho curso debería cubrir una selección de temas de derecho público como de derecho privado. Otra opción sería la de concentrar la perspectiva del derecho extranjero en un tema o rama del derecho comparado en particular, bajo títulos como “derecho constitucional comparado” o “derecho comparado de los contratos” etc., o bien ocuparse de una cultura jurídica en particular en cursos especializados dirigidos, por ejemplo, al estudio del “Derecho del Sureste de Asia”, Derecho latinoamericano”, etc.).

Lo ideal, sin embargo, es ofrecer una perspectiva comparada a cada uno de los cursos de la carrera, en la medida en que dicha perspectiva enriquezca e ilumine la reflexión acerca de las instituciones locales o su perfeccionamiento. Cada materia podría incorporar una perspectiva comparada cada vez que se hace referencia a un tema controvertido en el derecho doméstico. Un ejemplo típico sería el estudio comparado de cómo opera el régimen de prisión preventiva en algunas jurisdicciones, contrastando la experiencia extranjera con herramientas diversas para sortear o mitigar el problema de sistemas carcelarios con una sobreabundancia de prisioneros sin condena. Sin embargo, el profesor de la materia suele encontrarse, o alegar, que apenas hay tiempo para cubrir los puntos fundamentales del derecho doméstico sobre este punto, razón por la cual se vuelve prácticamente inevitable en un gran número de facultades de derecho de los EEUU, diseñar y establecer un curso en particular que con el título de “derecho comparado” ofrezca a los estudiantes una oportunidad única para que abran sus ojos a las fórmulas de solución alternativas.

Las fuentes de información a consultar sobre el derecho extranjero

Explorar soluciones alternativas a problemas concretos desde una perspectiva comparada permite, en algunos casos, evaluar y criticar los aportes del derecho extranjero en comparación con los que ofrece el derecho local. Este ejercicio ocasionalmente apunta a verificar qué forma pueda adquirir una institución o regla adoptada de un régimen jurídico extranjero. Otras veces lo importante, luego de estudiar el derecho extranjero, es preguntarse si la jurisdicción “modelo” tiene otros atributos que explican por qué dicha alternativa no podría funcionar en un país como el nuestro, ya sea por su cultura, idiosincrasia y tradición, como suele alegarse, o por otros mecanismos que explican por qué las mismas reglas o instituciones que operan de manera muy diferente.

Estas diferencias de contexto indica que limitarse a comparar “reglas”, “principios” o “doctrinas” resultaría en una pobre, incompleta y probablemente tergiversada mirada al derecho extranjero. Lo importante es comenzar por entender la historia detrás de una institución o regla determinada, para luego constatar cuál ha sido, en la práctica, la experiencia recogida en la aplicación concreta de dicha regla o doctrina. Este es el tema sobre el que voy a reflexionar a continuación, de gran relevancia pedagógica ya que también determina los materiales de lectura que deben acompañar un curso o seminario de derecho comparado.

Poca cosa sería el estudio del derecho extranjero si se limitara a examinar sus normas o reglas, ya que lo más importante es constatar cómo funcionan dichas reglas en la práctica. Esto podría implicar un estudio sociológico acerca del nivel de acatamiento que tienen dichas normas, tal como se refleja en la conducta observable de los funcionarios de gobierno, agentes de policía, operadores económicos, etc. Sin subestimar la relevancia de estos datos sociológicos, que son tan importantes como informarse acerca de la historia que rodea el origen y crecimiento de las instituciones, me parece que lo más importante es analizar la reacción del ordenamiento jurídico

ante situaciones de crisis. Me refiero a aquellas situaciones de conflicto que exigen una respuesta de los órganos legitimados para tomar decisiones.

Por supuesto que esto comienza con el estudio de la legislación y reglamentaciones sancionadas por sus órganos legislativos, acompañada de una referencia a las medidas que el órgano ejecutivo de gobierno adopta para implementar dicha legislación, manera de aplicar las sanciones que siguen a su incumplimiento, etc. Pero para el futuro abogado, lo que cuenta fundamentalmente es analizar las decisiones que toman los jueces y el análisis cuidadoso de las razones que apoyan dichas decisiones.

En otras palabras, un análisis comparado debe comenzar con el estudio de la legislación aplicable, tratando de entender cómo la norma o doctrina en estudio funciona en la práctica -- pero no terminar allí. Es imprescindible incorporar el estudio de las sentencias que interpretan y ordenan aplicar dichas normas. Independientemente de si el sistema jurídico del derecho extranjero reconoce fuerza vinculante a la jurisprudencia, el análisis de casos o sentencias tiene la finalidad de examinar el tipo de conflicto que se lleva a los tribunales, la manera en que los abogados de las partes diseñan sus argumentos y la sentencia que pone fin al conflicto.

Diseñando un curso de “derecho comparado” en nuestras escuelas de derecho

Las reflexiones precedentes tienen por objetivo presentar una versión sucinta y concreta acerca del tipo de curso que, independientemente de su denominación. Dando por sentado que la facultad o escuela de derecho no cuenta con ningún curso general sobre el tema, o aún cuando contara con cursos o seminarios especializados en algún o algunos sistemas jurídicos (v.gr., derecho asiático, latinoamericano, europeo, etc.), o bien enfocados en una rama específica del derecho (v.gr., derecho contractual comparado, constitucional comparado, litigio transnacional, arbitraje internacional, negocios jurídicos internacionales, etc.), creo que sería provechoso, sino necesario, contar con un curso en donde el estudiante tenga oportunidad --quizás la única oportunidad en su carrera de abogado-- de conocer otras maneras de expresar, pensar y aplicar el derecho. Estos estudios, en algunos casos, pueden complementar o sustituir una experiencia académica en una universidad extranjera, oportunidad que viene siendo aprovechada desde hace años por un número cada vez más creciente de estudiantes.

La ventaja adicional de la experiencia académica en el extranjero

Tanto estudiantes como profesores cuentan con la posibilidad de emprender estudios de derecho en el extranjero, cuya aprobación les cuenta como crédito académico para graduarse en la carrera de derecho de su país. Este tipo de programas, bajo el nombre de “Erasmus”, “Socrates”, “Grotius” y otros ha sido común en la Unión Europea por un tiempo. También en los EEUU, un buen número de facultades de derecho de los EEUU, luego de obtener la autorización de la Asociación de Abogados de los EEUU (“*American Bar Association*”) y la Asociación de Facultades de Derecho de los EEUU (“*American Association of Law Schools*”), dos instituciones privadas que controlan la educación jurídica en los Estados Unidos, cuentan con la posibilidad de enviar a una facultad de derecho extranjera, por un semestre académico

(“semester abroad program”).

Por supuesto que el estudiante que cuenta con esta oportunidad puede prescindir de un curso introductorio de derecho comparado en su universidad, ya que todo curso que tome en una universidad extranjera le aportará al estudiante el incentivo para hacer derecho comparado, con todas las reflexiones del caso. Pero no todos los estudiantes pueden o aprovechan esta oportunidad, por lo que su único contacto con el derecho comparado será el curso que puedan tomar en su propia facultad de derecho.

Otros factores a tener en cuenta: obligatoriedad del curso e idioma en que se imparte

Tanto la selección de ordenamientos jurídicos extranjeros como los temas a investigar depende de muchos factores, incluyendo si el curso es optativo u obligatorio, qué otros cursos se ofrecen en la misma escuela de derecho, si es ofrecido a estudiantes que recién comienzan la carrera de derecho. Creo conveniente ofrecer un curso de derecho comparado a aquellos que por lo menos han afirmado conocimientos del derecho local en materias jurídicas fundamentales tales como derecho constitucional, administrativo y penal en el campo del derecho público; obligaciones y contratos, derechos reales, derecho de familia y sucesiones y el derecho mercantil en el campo del derecho privado; como así también han completado cursos en derecho procesal civil y penal. Contar con esta plataforma de conocimientos en derecho nacional o local es importante para examinar el derecho extranjero desde un punto de vista crítico.

Todo proceso de selección de lo que conviene estudiar en un curso de derecho comparado es discutible y variable. También lo es la posibilidad de dictar el curso en el idioma del derecho extranjero estudiado.⁴⁸ Mi experiencia docente enseñando en una universidad norteamericana un curso de derecho latinoamericano dictado en idioma castellano, tanto como la de haber enseñado, en universidades europeas y latinoamericanas un curso de derecho norteamericano en idioma inglés me permite haber constatado la ventaja de leer, analizar y discutir un derecho extranjero en su propio idioma.⁴⁹ Pero como, a diferencia de Europa y algunos países y lugares de América Latina, el dominio de un idioma extranjero no puede ni debe darse por sentado en los Estados Unidos, es conveniente sino imprescindible diseñar los materiales de lectura en base a la literatura disponible en el idioma vernáculo. Esto no es siempre fácil, excepto en el idioma inglés, que cuenta con una profusa literatura acerca de sistemas jurídicos de los países más diversos.

⁴⁸ Algunas escuelas de derecho en Europa y América Latina se han preocupado en desarrollar programas en idioma inglés sobre derecho angloamericano. Tuve la oportunidad de dictar dichos cursos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, que cuenta con un “*Global Law Program*” (https://www.google.com/?gws_rd=ssl#q=Universidad+de+Navarra.+Programa+en+derecho+Angloamericano), como así también el programa de “Derecho Anglosajón” de la Universidad de Montevideo en la República Oriental del Uruguay (<http://fder.um.edu.uy/propuesta-academica/derecho-anglosajon/>).

⁴⁹ A través de los años, he contado con la oportunidad de enseñar derecho comparado latinoamericano en los Estados Unidos y también de dictar cursos sobre “Derecho Anglo-Americano” en Europa y América Latina.

Un paso más allá: La mirada “transistémica” del “Civil Law/Common Law”

Es posible vislumbrar que la paulatina integración del estudio del derecho comparado, como parte del estudio del derecho doméstico, o de algunos temas de derecho doméstico, conduzca a la desaparición progresiva del derecho comparado como disciplina autónoma. Es decir, si en cambio de limitarse a estudiar, por ejemplo, el control de constitucionalidad difuso que ha sido tradicionalmente ejercido en la Argentina, el joven estudiante también fuera expuesto a los sistemas de control constitucional abstracto conforme al modelo alemán o brasileño, no cabe duda que la perspectiva del estudiante quedaría doblemente enriquecida al contar con la posibilidad de reflexionar sobre la política jurídica que inspira uno y otro sistema de control. Algo similar podría predicarse, por ejemplo, del estudio del derecho registral inmobiliario alemán y su sistema del *Grundbuch*, en comparación con otros sistemas de publicidad registral inmobiliaria, o bien introducir el estudio de la responsabilidad del fabricante por productos elaborados en los países altamente industrializados de la Unión Europea y los Estados Unidos al tiempo que se estudia el régimen argentino de la responsabilidad extracontractual.

Esta idea de integrar el estudio del derecho nacional con una mirada al derecho extranjero ya había sido propuesta y de hecho puesta en práctica por René David en un programa desarrollado en la Universidad de Aix-en-Provence.⁵⁰ Más recientemente, la Facultad de Derecho de la Universidad de McGill, aprovechando la cultura jurídica “mixta” que prevalece en Canadá, para brindar una mirada “transistémica” de *Civil Law-Common Law* a los estudios de derecho público y privado en el Canadá.⁵¹

Pero aun cuando el estudio del derecho extranjero y comparado se integre al estudio del derecho local, esta dilución gradual del derecho comparado no podrá erradicar un estudio detenido de ciertos aspectos del derecho extranjero. Este tipo de curso mantendría su utilidad como introducción metodológica al estudio del derecho, al comienzo de la carrera, ya sea destacando los “grandes sistemas” de derecho del mundo, o bien concentrándose en algunos aspectos diferenciadores de otras culturas jurídicas, destruyendo de esta manera la tendencia “parroquiana” de mirar el derecho.⁵² O bien, al final de la carrera de derecho, el derecho comparado también puede servir, en un enfoque sectorial y profundizado, para reexaminar problemas de derecho doméstico que se enriquecen con una perspectiva comparada.

Conclusión

Las reflexiones precedentes no pretenden imponer una manera específica de enseñar el derecho comparado, sino más bien destacar la importancia de incorporar aunque sea un curso de

⁵⁰ R. David, La place actuelle du droit comparé en France dans l'enseignement et la recherche, en *Livre du Centenaire de la Société de droit comparé*, vol. I, Paris, 1969, p. 31, 61.

⁵¹ Ver el programa de estudios del Centro Paul-André Crepeau de estudios de derecho público y privado: *L'enseignement transsystemique* [https:// www.mcgill.ca/centre-crepeau/fr/transsystemic](https://www.mcgill.ca/centre-crepeau/fr/transsystemic)

⁵² Ver, R. David y Camille Jauffret-Spinosi, Les grands systèmes de droit contemporains, Dalloz, 11th ed., Paris, 2002.

este tipo en el programa de estudios de la carrera de derecho. Este curso puede ser de contenido diverso, dictarse en el idioma local o, preferentemente, de contarse con personal docente idóneo, dictarlo en el idioma al que pertenece el derecho extranjero bajo estudio.

La contribución de la perspectiva comparada no se refleja solamente en incorporar soluciones alternativas a las que ofrece el derecho local, sino agregar otro ángulo de apreciación de este derecho, que estamos acostumbrados a recibir como si fuera la única manera de enfocar un problema jurídico. Este proceso de auto-reflexión del derecho de uno, provocado por el estudio del derecho extranjero, es una de las maneras más enriquecedoras de estudiar el derecho vernáculo.
