

- beneficiário deixou de comunicar. Impõe-se, pelas circunstâncias fáticas e pela interpretação do contrato, o ressarcimento das despesas efetuadas. Incluindo-se, aí, despesa com tomografia computadorizada."
- 24 Veja protesto do Deputado José Pinotti na audiência pública de 18/04/96, CFT N.0244/96, p. 23: "[O Plano exclue] também as doenças doenças preexistentes. Pode-se provar muito facilmente que uma mulher com câncer de mama, que assinou um seguro-saúde há dois anos, já tinha o câncer há cinco anos, porque é verdade. O câncer de mama leva dez anos antes de aparecer como um tumor de dois centímetros. Portanto, esse plano é um absurdo."
- 25 Veja o regime desta cláusula bastante comum, no nosso artigo na Revista AJURIS 64, p. 64ss.
- 26 Veja decisão do TJSP citando a jurisprudência acen-tada, in: RT 723/346ss.
- 27 Ap. Civ. 592088512, 3ª C.Civ., 30-9-92, Rel. Des. João Loureiro Ferreira e Ap. Civ. 5 9201077, 2ª Câm. Cível, Relator Des. Ivo Gabriel da Cunha, não publicadas.
- 28 Assim decisão do TJSP de 25.5.95, Ap. 263.362-2/8, 10.C, Rel. Des. Borelli Machado, reproduzida in: RT 721/127, com a seguinte ementa: "A figura da abusiva a fixação do período de carência para pequenas cirurgias e, não tendo o convênio de assistência médico-hospitalar produzido prova alguma que justificasse o prazo tão alargado, aplica-se o art. 51, I do C.D.C."
- 29 Sobre a eventual responsabilidade solidária veja nosso artigo in AJURIS 64 e o artigo de França, Geraldo Veloso de, O Código do Consumidor e o exercício da medicina, in: Revista Direito do Consumidor, vol. 13, p. 56ss.
- 30 Veja art. 5º do Projeto de Lei nº 4.425/94, o qual exclui as doenças preexistentes à assinatura do contrato(I), tratamentos estéticos (III e V), inseminação artificial (IV), transplantes (VIII), tratamentos odontológicos (X), as calamidades e as epidemias (inciso XII).
- 31 Veja Parágrafo único do art. 5º do Projeto de Lei nº 4.425/94.

## Sobre la Existencia de Una Familia Jurídica Latinoamericana

DIEGO P. FERNANDEZ ARROYO

Universidad Complutense de Madrid

Professor correspondente e co-orientador do

Grupo de Pesquisas do Deptº de Direito Público e Filosofia do Direito.

Coordenado pela Profª Claudia Lima Marques, UFRGS

### SUMARIO

I — Introducción; II — Ubicación del "Derecho latinoamericano" em las Clasificaciones Tradicionales del Derecho Comparado; 1. El "Derecho Latinoamericano" Como Rama Diferenciada de la Familia Jurídica Romano-Germánica; 2. La "Originalidad" del Derecho Latinoamericano; III — Revisión de la Cuestión a la Luz de Una Concepción Funcional del Método Comparativo: 1. Perspectiva Funcional de la Actuación del Método Comparativo; 2. La Búsqueda de los Elementos Esenciales del Ordenamiento Mediante una Aproximación Compleja; 3. Método Comparativo Funcional, Clasificación de Familias Jurídicas y "Derecho Latinoamericano"; IV — A Modo de Conclusiones.

### I — INTRODUCCION

1. En otras oportunidades, al ocuparnos de un tema tan concreto como es la codificación del Derecho internacional privado en América Latina, hemos hecho ya alusión a la cuestión que ahora tratamos<sup>1</sup>. Allí, los respectivos desarrollos tenían una finalidad evidentemente explicativa aunque no por ello meramente referencial. Particularmente parecía importante desentrañar si los mecanismos de producción jurídica relativos a un sector específico y las relaciones recíprocas entre ellos, se veían de algún modo condicionados o diferenciados por el hecho de operarse dentro de una familia jurídica determinada. Desde esa perspectiva pudimos concluir que la idea central de la gran mayoría de los desarrollos teóricos comparativos, que pasaba por la reducción de los ordenamientos jurídicos a determinados tipos (familias jurídicas), choca contra los elementos particulares que presentan las distintas ramas del Derecho. Entre otras razones, porque cabe aceptar con alcance general que cada rama — dentro de un mismo ordenamiento — esta marcada por principios e influencias diferentes y que, por lo tan-

to, resulta prácticamente imposible acceder a una clasificación global plenamente satisfactoria<sup>2</sup>.

No obstante ello, sin dejar de tener en cuenta esas conclusiones y siguiendo amables sugerencias, hemos de detenernos en el presente trabajo precisamente en la solvencia de los planteamientos referidos a la existencia de una familia jurídica latinoamericana. A tal fin consideramos pertinente seguir el hilo de algunos intentos clasificadores relevantes, tomando en cuenta la variación fundamental producida en la actuación del método comparativo desde los postulados más clásicos hasta su modernización "funcional"; es decir, distinguiendo dos corrientes básicas según el carácter de los elementos que se utilizan y la aptitud para captar la globalidad del ordenamiento jurídico de cada Estado<sup>3</sup>. Podrá intuirse rápidamente que a partir del tratamiento de la cuestión en el ámbito concreto definido, se acercarán argumentos más generales para una comprensión de la utilidad del método comparativo y de la trascendencia de la clasificación de los ordenamientos jurídicos en familias.

## II — UBICACION DEL “DERECHO LATINOAMERICANO” EN LAS CLASIFICACIONES TRADICIONALES DEL DERECHO COMPARADO

### 1. El “Derecho Latinoamericano” Como Rama Diferenciada de la Familia Jurídica Romano-Germánica

2. La calificación de tradicionales con que hacemos referencia a determinadas clasificaciones alude al hecho de su repetición o sus imperceptibles modificaciones en las propuestas de autores de diferentes épocas. El elemento común a todas ellas es el basamento, bien que en mayor o menor medida, en criterios que podríamos considerar estáticos, por mor de su rigidez y su falta de aprehensión de la globalidad del fenómeno que se pretende abarcar. Así, se encuentran clasificaciones cimentadas sobre parámetros tales como la raza, el pasado común, la ideología dominante, la religión, el carácter predominante de una fuente del Derecho o el grado de influencia del Derecho romano u otras formulaciones jurídicas. La presencia del elemento común subrayado no impide ver diferencias en la caracterización de los mismos<sup>4</sup>. Pero como nuestro objetivo no consiste aquí en realizar una completa descripción de todas las clasificaciones ni su crítica, sino de descubrir la plaza que ocupa en ellas el Derecho latinoamericano y sus causas, nos basta con la señalización efectuada. Lo que importa es que los resultados del empleo de estos y otros criterios igualmente generales han sido habitualmente pobres y carentes de utilidad. Sin entrar todavía a la crítica que merecen en general los ensayos clasificatorios, es evidente que sólo si se siguen pautas más rigurosas en su confección pueden entrar a plantearse seriamente argumentos en favor y en contra de su solidez y del interés que presentan.

3. Hay constancia de casi tantas clasificaciones de órdenes jurídicos en familias como comparativistas han existido. Sin embargo es factible destacar sólo algunas de ellas haciendo referencia a los criterios tenidos en cuenta para su elaboración, obviando el tedioso y probablemente inútil trámite de confeccionar un catálogo exhaustivo y sin ajustarse necesariamente a una secuencia cronológica. Esto significa que pueden señalarse unas pocas clasificaciones,

suficientemente representativas, sobre la base de los distintos argumentos escogidos por sus autores para determinar la adscripción de cada ordenamiento a tal o cual familia jurídica. Es a partir de ahí que el esfuerzo se dirige a razonar la presencia del “Derecho latinoamericano” — o de los ordenamientos que lo conforman — en determinado sector de dichas clasificaciones: el constituido, según las diferentes concepciones, por la familia romano-germánica, (europeo) continental, del Derecho civil o, con mayor amplitud, occidental.

En efecto, y como ha quedado indicado, los criterios rígidos de los que hablamos nos llevan por un camino que desemboca siempre en formulaciones un tanto forzadas. Ciertamente, algunos de aquéllos tienen más relación que otros con la configuración de las familias, en razón de atender a un elemento de contenido jurídico; de este modo, el peso que ha ejercido el Derecho romano para la construcción de un ordenamiento equis podría tal vez parecer más idóneo a los fines propuestos que la raza de los habitantes del Estado donde está vigente. Sin embargo, todos brindan conclusiones insatisfactorias. Son incompletas, visiblemente incorrectas, o ambas cosas. A esto hay que añadir que en la elección de uno u otro criterio subyacen las convicciones espirituales del comparativista en tanto animal político, tiñendo de colores subjetivos los resultados de su tarea.

4. La raza es el argumento utilizado en algunas de las primeras clasificaciones. En éstas, los órdenes jurídicos de los Estados de América latina se incluyen explícita o implícitamente dentro de la familia correspondiente a la raza “romana” o “latina”. La inadecuación del criterio racial a la tarea descriptiva intentada por sus autores salta a la vista al observar las otras razas consideradas como significativas. Incluso, no siempre lo que se menciona como raza lo es en sentido estricto, ni se tiene en cuenta que éstas no se mantienen en estado puro y que su distribución en el mundo suele no coincidir con la división política y, por tanto con las fronteras jurídicas<sup>5</sup>. Así, aparecen en esos cuadros junto a la supuesta familia romana o latina, los derechos de los pueblos anglosajón, germánico, eslavo y musulmán<sup>6</sup>, o teutón, hindú y mahometano<sup>7</sup>, o inglés, musulmán, hindú y chino<sup>8</sup>. También se ha ensayado una división entre los pue-

blos de raza aria o indoeuropea, semita, mongólica y un cuarto grupo destinado a recoger los pueblos “bárbaros”, esencialmente costumbristas. En ella, los pueblos de Latinoamérica se colocan en el último sector (derechos de los pueblos “indígenas de América”) y en el primero, dentro de los derechos grecolatinos, que comparten una llamativa clasificación con los derechos hindú, iraní, celta, germánico, anglosajón y eslavo<sup>9</sup>.

5. Tan poco riguroso como el criterio racial se revela aquel que pone el acento en la actitud del ordenamiento considerado respecto de la religión<sup>10</sup>. Dentro de tal argumentación se destaca una familia occidental que, pese a no reconocer carácter de fuente del Derecho a las normas religiosas, presenta un espíritu religioso notoriamente influenciado por el cristianismo. Las otras familias identificadas en esta clasificación son la soviética, caracterizada por su sentimiento “antirreligioso”, y la de los derechos estrictamente religiosos, donde se ubican el canónico, el musulmán y el hindú<sup>11</sup>.

La primera, que también se distingue por haber establecido una organización social y política de base capitlista, se compone de cinco ramas: la angloamericana, la romanista — dominada por el modelo codificador francés —, una particular rama “de Derecho romano” que no siguió este modelo — donde se incluye a Cataluña y a Sudáfrica —, la escandinava — que no recibió ni el Derecho romano ni la codificación a la francesa — y, finalmente, la latinoamericana, que se excluye de la romanista porque además de la mayoritaria influencia francesa, sufre la impronta de los derechos español, norteamericano, alemán e italiano. Como puede colegirse, la división en ramas se realiza siguiendo un criterio que no guarda ninguna relación con el de la clasificación general, lo cual le quita todavía más sustento. Precisamente es la falta de fuerza y claridad de la argumentación lo que impide colocarla en el subepígrafe reservado a las clasificaciones que reservan un sitio al Derecho latinoamericano en razón de alguna nota de originalidad.

6. Más curioso aún es el intento de agrupar los ordenamientos jurídicos del mundo tomando en cuenta junto a otros elementos la lengua que se habla en los países donde están vigentes<sup>12</sup>. En efecto, el autor del mismo, después de

considerar que existe una rama autónoma dentro de la familia jurídica latina que reúne a los derechos de España, Portugal, Iberoamérica, Puerto Rico y Filipinas, realiza una rara clasificación que ubica a la misma dentro de la familia (“áreas”) de ordenamientos jurídicos que presentan una unidad lingüística. En ésta ocupa una plaza junto a los derechos angloamericano, alemán y escandinavo. Las matizaciones que caben hacer a este engendro se convierten en asombro al contemplar que las otras dos familias que conforman el cuadro son la que agrupa a los ordenamientos ejemplares — en la cual se encuentran los derechos francés y soviético — y la de los derechos trascendentes — hindú, musulmán y chino no trascendente —<sup>13</sup>.

7. Por su parte, en las distintas clasificaciones ensayadas por R. David se reconoce una base ideológica muy clara, aunque el autor se esfuerza por mostrar una apreciación más amplia y compleja. Señaladamente, pone el acento sobre dos consideraciones: una técnica, relativa a las posibilidades que asisten a un jurista formado en el ámbito de vigencia de un ordenamiento para desenvolverse con solvencia en los otros, y otra ideológica, dirigida al tipo de sociedad que se pretende realizar. Sin lugar a dudas, ésta determina a aquélla y se convierte en la piedra angular de todos los intentos de David<sup>14</sup>. Sin embargo, al incluir en sus obras algunas disquisiciones acerca de la necesidad de no limitar el análisis comparativo sólo a ciertos aspectos de los ordenamientos en cuestión, recorrió una temática que sería desarrollada más tarde también por otros autores y allí radica su mayor mérito.

Su primera formulación<sup>15</sup> dividía el horizonte jurídico en cinco grandes familias: occidental, soviética, musulmana, hindú y china. En tal construcción, la occidental descansa sobre dos derechos representativos: el francés (al que pertenecen los “Derechos de la América latina”) y el *common law*. Ambos tienen en común los principios políticos del liberalismo, la estructura económica capitalista y la moral cristiana, además de un sentimiento característico respecto al rol que debe cumplir el Derecho en la sociedad<sup>16</sup>. Como hemos indicado, la concepción pergeñada por este autor varía, pasando a componerse por tres familias: romano-germánica, *common law* y socialista<sup>17</sup>. En un cuarto grupo, como si del bostido de un payaso se tratara, mete

todo lo que queda fuera de aquéllas, llamándolos "sistemas filosóficos o religiosos", reconociendo que no constituyen familias propiamente dichas<sup>18</sup>. Lógicamente, los derechos latinoamericanos se ubican dentro de la familia romano-germánica, bautizada así para poner de relieve, junto al origen romano, la esencial aportación de la ciencia<sup>19</sup>.

8. Justamente, la ya señalada influencia del Derecho romano ha servido también como parámetro clasificador<sup>20</sup>. Con ese argumento, se ha agrupado a los ordenamientos jurídicos según hayan sufrido una fuerte influencia del Derecho romano, ninguna o una mixtura de influencias romanas y germánicas. En el primer sector se encuentran los derechos rumano, italiano, español, portugués y griego, en el segundo Inglaterra, Rusia y los países escandinavos, y en el tercero Francia, Alemania y Suiza. Al ser una clasificación limitada a Europa, no se incluye ninguna referencia al Derecho latinoamericano, aunque posiblemente pudiera colocársela a caballo entre la primera y la tercera<sup>21</sup>.

9. Emparentada con la caracterización anterior, encontramos otra clasificación que toma en consideración entre otros elementos datos históricos, agrupando de esta manera los ordenamientos en los cuales se reconoce un pasado común<sup>22</sup>. Las siete familias localizadas desde tal perspectiva son: la francesa, la inglesa, la germánica, la escandinava, la soviética, la islámica y la hindú. Dentro de la primera, junto a los derechos de España, Portugal, Louisiana y Quebec entre otros, se ubican los derechos de América Latina. Queda claro que el origen común no garantiza una evolución idéntica de todos los ordenamientos<sup>23</sup>, pero también es cierto que en caso de existir habrá de imprimir en alguna medida cierto carácter distintivo. De todas maneras, la carencia principal de la clasificación debe buscarse, una vez más, en su estructura formal y estática, que impide ver hasta qué punto los distintos ordenamientos no se mantienen "puros" dentro de la misma familia.

10. Por último, el peso decisivo de una determinada fuente del Derecho provoca que la codificación o, más exactamente, la actitud de cada ordenamiento frente a la misma, se convierta también en un parámetro<sup>24</sup>. Con ese punto de partida se agrupan, de un lado, la familia europea continental o romanista y, de otro, la

del *common law*. Es decir que, en un trabajo a la vez simple y poco esclarecedor, se enfrentan los ordenamientos codificados a los no codificados. Entre los primeros, donde conviven "códigos muy distintos, se encontrarán los latinoamericanos por fuerza de la evidencia, aunque no siempre hayan sido tenidos en cuenta por los autores de este tipo de clasificación<sup>25</sup>.

## 2. La "Originalidad" del Derecho Latinoamericano

11. Sin abandonar un punto de vista más o menos rígido, se ha ensayado justificar la existencia autónoma del Derecho latinoamericano, basándose en ciertos aspectos que le confieren originalidad. Dicha tarea no implica, evidentemente, negar la adscripción al tronco común romano-germánico, sino que intenta, con diferentes alcances, demostrar los perfiles propios que ha ido adquiriendo aquél en su evolución (*nomogenetics*), distinguiéndose así de la rama latina o francesa. Normalmente, la idea se ha limitado a agrupar los ordenamientos de la región, sobre todo desde una perspectiva latinoamericana. Sin embargo, en algunas construcciones desarrolladas en España, la comprensión de dicha familia abarca al ordenamiento de este país, haciéndola así ibérica y americana. Tal extremo no puede sorprender si se tienen en cuenta los lazos históricos y la importancia que se le han otorgado desde los campos más variados. Resulta de particular relevancia el efecto que han causado los trabajos españoles sobre no pocos estudiosos de otros países europeos — en particular, de Italia — que han realizado importantes trabajos de investigación sobre el Derecho de los países latinoamericanos. En todos ellos, sin embargo, el reconocimiento de una cierta sustantividad a éste, se opera sobre la base de demostrar la pervivencia del Derecho romano y la relativa impermeabilidad a las influencias de otras concepciones jurídicas<sup>26</sup>.

Inevitablemente, el centro de atracción de gran parte de las distintas teorías esbozadas en torno a este punto, está constituido por los códigos civiles, que comenzaron a promulgarse en América Latina a mediados del siglo XIX<sup>27</sup>, con algún antecedente más o menos aislado. La transcendencia que alcanzaron los códigos en el continente americano justifica en cierto sen-

tido esta tendencia. No obstante, no dejamos de reconocer que la sola atención a los mismo — especialmente en trabajos no suficientemente documentados — puede llevar a una falta de correspondencia entre el análisis y la realidad jurídica de nuestros días<sup>28</sup>.

12. Desde muy temprano en la historia de los ensayos de clasificación en familias jurídicas, autores latinoamericanos inscriben su nombre en la corriente que nos ocupa. Ya a finales del siglo XIX C. Bevilacqua afirma que los ordenamientos latinoamericanos no resultan clasificables ateniéndose sólo a la influencia de los Derechos romano o bárbaro. Para ello se basa en la consideración de dos elementos que caracterizan a aquéllos, otorgándoles un tinte especial: la democracia y la libertad sobre las cuales se edifican<sup>29</sup>. Sin escatimar el reconocimiento a la cualidad de labor pionera que la obra detenta, se impone alguna observación. Además de las críticas dirigidas a la falta de demostración de las notas distintivas y del hecho diferencial respecto a otros ordenamientos del mundo<sup>30</sup>, parece factible impugnar la patente falta de correspondencia entre la clasificación tomada como referencia y los criterios utilizados en la diferenciación. Es decir, no se aprecia claramente cómo los argumentos empleados llevan a la justificación del carácter autónomo de la familia latinoamericana, dentro de una clasificación basada en la descendencia de determinados ordenamientos madres.

Dentro de la misma línea, pero haciéndola ganar en coherencia, se ubica una concepción que sólo toma en cuenta la filiación jurídica, midiéndola de acuerdo con la influencia específica de los elementos que se consideran característicos de cada ordenamiento<sup>31</sup>. de este modo se obtienen cuatro familias: consuetudinaria-bárbara (incluye los Derechos inglés y escandinavos), bárbaro-romana (constituida por los de Francia, Alemania y Austria), bárbaro-romano-canónica (España y Portugal) y romano-canónico-democrática (donde confluyen Rusia, Suiza y América latina). Como puede observarse, el elemento "democrático" que distingue a la última familia — proveniente de la clasificación anterior — provoca una originalidad discutible y no suficientemente demostrada, además de compartida. Sin embargo, más importancia que ese elemento demuestra el acento puesto en la

falta de influencia bárbara al otro lado del océano.

13. No deja de ser sorprendente que, sin escapar totalmente de los criterios estáticos, se hayan brindado varios y buenos argumentos al hecho diferencial del Derecho latinoamericano en un trabajo destinado a demostrar la indisolubilidad del vínculo existente entre éste y el Derecho europeo, en especial el francés<sup>32</sup>. La falta de precisión que se advierte en la explicación de algunos elementos tomados en consideración, no resta méritos a un estudio que presente, aunque tímidamente, dos cualidades sumamente positivas: la utilización algo desordenada de una pluralidad de criterios, jurídicos y extrajurídicos<sup>33</sup>, que constituye la primera aplicación en este ámbito concreto de un germinal método comparativo funcional, y la aproximación mesocomparativa en el análisis.

En un plano general, el citado trabajo comienza estableciendo que mediante una "concepción realista, sociológica, del derecho", se constata entre los países de Europa y de América Latina varios caracteres comunes (lengua, tradición, creencia e ideal) y diferencias esenciales (geografía, economía, estructura social y raza), obviando aquí una discusión acerca del alcance de cada uno de estos elementos y de su compaginación<sup>34</sup>, los señalados en último término brindan una pincelada básica de originalidad al Derecho latinoamericano. Si se pasa a la mesocomparación, que el autor realiza en dos niveles, se infiere otro tanto; de un lado, es original el modo de recibir el Derecho público anglosajón (concretamente, norteamericano)<sup>35</sup> y hacerlo convivir con Derecho privado de origen europeo continental, y, de otro, también lo es la mixtura que se produce entre las distintas ramas de éste: un Derecho civil alineado con el francés pero con elementos españoles y portugueses, un Derecho procesal civil dominado por estos últimos y un Derecho mercantil influenciado notablemente por el Derecho italiano<sup>36</sup>. Igual resultado se obtiene de la observación de las fuentes del Derecho y los modelos recibidos. Así, en la legislación y en su técnica se vislumbra la imprevista alemana; en el excesivo academicismo de las obras jurídicas, el autor intuye el parentesco con la doctrina italiana; la jurisprudencia, por su parte, abreva en las fuentes de los tribunales franceses. Finalmente, la originalidad

en la labor codificadora americana constituye el elemento más formal del análisis y su punto de llegada.

Ahora bien, el dato sorprendente al que hacemos referencia estriba en que después de esta quintuple argumentación, R. David concluye con la tesis que se había fijado *a priori*, la unidad del Derecho romano-germánico incluyendo a los ordenamientos latinoamericanos, reduciendo todo a una justificación basada en "las condiciones diferentes de desarrollo y de existencia de los países de Europa y de América"<sup>37</sup>. La originalidad de determinados Ordenamientos no es susceptible de mirarse como un síntoma progresista o reaccionario, como pretende el insigne autor, mucho menos cuando se acaba de demostrar que se trata de una realidad objetiva u objetivable. Muy a su pesar, R. David inició un camino que otros han profundizado desde otras perspectivas, sin que esto signifique que se comparten sus criterios ni que se dé un alcance desmedido a esa constatación.

14. En las señaladas tesis españolas, el denominador común se encuentra en la innegable influencia del Derecho ibérico — sobre todo, hispano — sobre la configuración de los ordenamientos del Nuevo Mundo. En ellas, la sustantividad que se reconoce al Derecho latinoamericano redonda en una concreta diferenciación respecto de las otras ramas de la familia romano-germánica. Con el antecedente de las pocas referencias de F. de Solá Cañizares y J. Castán Tobeñas, es J. M<sup>º</sup> Castán Vazquez quien desarrolla con más profundidad una investigación minuciosamente documentada en este sentido<sup>38</sup>. Los criterios empleados por este autor se centran en los elementos históricos y culturales comunes y en los datos tangibles de la influencia jurídica española. Com ellos desentraña el "fondo común" de los ordenamientos latinoamericanos, constituido a partir de las siguientes pautas: el trasplante del Derecho castellano a América, el envío de libros jurídicos a las Indias<sup>39</sup>, la obra de las Audiencias, las codificaciones americanas, y la práctica jurídica común en los países americanos.

Deben ponerse de relieve los dos caracteres centrales de la teoría. Por una parte aparece la limitación material de la familia así concebida

al Derecho privado<sup>40</sup>; a su lado, la presencia en ella del Derecho privado español. La base histórica y cultural es innegable a fuer de evidente pero el dato jurídico precisa un mayor esfuerzo de comprobación, y esa es la tarea en la que ha brillado su autor. El grado de espontaneidad que se aprecia en la primera queda condicionado por los intereses estatales manifestados sobre el segundo<sup>41</sup>, y el nivel de exigencia se eleva notablemente. Visto desde otra perspectiva, traducir jurídicamente la señalada evidencia no es un trabajo simple, exento de complicaciones<sup>42</sup>. Sin disminuir un ápice los méritos de la teoría, parece deseable un reforzamiento del análisis de los elementos jurídicos actuales, en particular de las modernas influencias y de la práctica jurídica, para arribar eventualmente a una justificación completa y dinámica de la existencia de la tan mentada familia.

15. La corriente romanista, por último, ha partido de los datos anteriores para demostrar la pervivencia del Derecho romano en los ordenamientos latino-americanos<sup>43</sup>. El denominador común de las diversas postulaciones de esta corriente lo constituye el particular realce del dato histórico-jurídico y, en su aspecto más formal, la atención preferente dada a los códigos<sup>44</sup>. De esta manera, el análisis se produce en general con criterios estáticos<sup>45</sup>, tendiendo a perder de vista la configuración tanto de los elementos extrajurídicos cuanto de la puesta en práctica de los jurídicos. Sin embargo, hay matices. Mientras algunos autores concluyen con el reconocimiento de una autonomía más o menos limitada del "sistema latinoamericano"<sup>46</sup>, otros pretenden una homologación con los ordenamientos europeos, basada en el origen común<sup>47</sup>. Dos aspectos de esta teoría merecen subrayarse especialmente. De un lado, la preocupación de juristas europeos no españoles sobre estas cuestiones, sobre todo por el hecho de la dificultad de ver en los ordenamientos latinoamericanos algo distinto de lo que se observa en sus pares europeos continentales<sup>48</sup>. De otro, es preciso no olvidar aunque se comulgue con estos postulados, que la recepción del Derecho romano (y de buena parte del francés) en América, se operó a través de España<sup>49</sup>.

### III — REVISIÓN DE LA CUESTIÓN A LA LUZ DE UNA CONCEPCIÓN FUNCIONAL DEL MÉTODO COMPARATIVO

#### 1. Perspectiva Funcional de la Actuación del Método Comparativo

16. El carácter incompleto y algunas veces inexacto que se desprende de las formulaciones concebidas exclusiva o prioritariamente a partir de elementos rígidos, desbroza el camino por el cual se desarrollan ideas que exploran la necesidad y la forma de perfeccionar una modificación del paradigma generalmente aceptado en la actuación del método comparativo. De igual modo que en la estructuración del panorama jurídico mundial en familias consideramos que dicha rigidez se concreta en la utilización más o menos aislada de los criterios que señaláramos, en otro tipo de estudios comparativos se manifiesta en la atención otorgada a las normas jurídicas generales, a la legislación, como objeto primordial o único de los mismos. Es frente a esta actitud generalizada que aquellas ideas cobran fuerza, dando lugar a un método que, con variantes, permite una aprehensión global y realista de los ordenamientos considerados.

Ni que decir tiene que el cambio así operado reviste una importancia singular, aunque tal vez sea un poco exagerado hablar de una revolución científica<sup>50</sup>. Aquí no se asite a un supuesto de modificación vertiginosa, mucho menos sorpresiva, de la situación anterior, ni se descartan los instrumentos que en el pasado servían para realizar esta concreta actividad. En efecto: no puede haber sorpresa cuando ya en el XIX se ponía de relieve la necesidad de apreciar la complejidad ofrecida por todos los elementos que se relacionan con el Derecho en su interacción social<sup>51</sup>; y no se produce una ruptura histórica con los criterios tenidos en cuenta en otras épocas sino que, en lugar de considerarlos individualmente, se combinan, se aplican dinámicamente y se pone el acento en los caracteres activos, en los que mejor determinan el perfil de cualquier ordenamiento, sistema, institución o fenómeno jurídico.

El término "funcional" aplicado al método comparativo, entonces, se comprende aquí como una actividad plural, multiforme, basada en el análisis de todos cuantos elementos se revelan como indicadores distintivos del Derecho. Pero

esta tarea no recae exclusivamente sobre la traducción positiva de éste, sino que se realiza observando también su eficacia social, esto es, sin perder de vista el verdadero impacto que las normas jurídicas ejercen sobre las soluciones concretas<sup>52</sup>. Más que de una reacción contra las actitudes excesivamente formalistas o positivistas cabe hablar de una evolución a partir de éstas. El paso del análisis estructural del Derecho a una actividad tendente a desentrañar el rol que desempeña en la sociedad ha sido una constante en los trabajos de los principales teóricos del Derecho especialmente a partir de la década del cincuenta, y en ningún caso supone un abandono del primero<sup>53</sup>. Antes bien, la evolución señalada se va plasmando mediante la configuración dinámica de un permanente camino de ida y vuelta entre estructura y función, que permite la aprehensión global y realista del Derecho que indicáramos. Exactamente lo mismo se produce en el ámbito concreto del empleo del método comparativo<sup>54</sup>.

En este orden de ideas, los conceptos y las categorías elaborados por la ciencia jurídica "tradicional" no tienen por qué entorpecer la producción científica explicativa así concebida<sup>55</sup>. Incluso, si en algún estudio podía percibirse cierta tendencia en este sentido, sus propios autores se han encargado de matizarla y ponerla en sus justos términos<sup>56</sup>. Existen, sí, multitud de estudios comparativos que se mueven en áreas "taxonómicas, descriptivas (y típicamente dogmáticas) más que explicativas"<sup>57</sup>; pero hay un largo trayecto de allí a inferir la inutilidad de conceptos y categorías, mucho menos si éstos, bien que con un entendimiento parcialmente subjetivo, vienen a conformar la estructura de la nueva construcción "revolucionaria"<sup>58</sup>. Una afirmación de tal talante y envergadura expresada por un jurista del mundo anglosajón, equivaldría a la caracterización de este Derecho como "bárbaro" efectuada por uno de la familia romano-germánica. Una y otra aparecen *prima facie* como un obstáculo para el trabajo comparativo, toda vez que evidencian la falta de comprensión de lo distinto y una cierta incapacidad para pensar el Derecho con otros fundamentos<sup>59</sup>.

Muy lejos de nuestro ánimo está la idea de un respeto a ciegas de la tradición jurídica. Lo que aquí se intenta resaltar discurre por otros derroteros y hace referencia a que no es meto-

dológicamente lícito, habiendo entrado ya en los últimos años del siglo, identificar ciencia jurídica (romano-germánica) comparada con estudio exclusivo de la legislación, basándose en la supervivencia de la ecuación Derecho = normas jurídicas generales<sup>60</sup>, cuando ya hace muchos años que comparativistas e iusfilósofos de esta familia han superado largamente ambos binomios. Con estas armas, convenientemente dinamizadas, intentamos nosotros también desarrollar una tarea esencialmente explicativa, en el convencimiento de que "ésta proporciona una base para la predicción y, consecuentemente, para la toma de decisiones"<sup>61</sup>.

17. Partiendo de la base de que la utilización del método comparativo no puede agotarse en la teoría jurídica ni en la legislación, la respuesta a la pregunta ¿qué debe compararse?, depende en todo caso del objetivo perseguido en la investigación. Delimitado éste, el empleo del método debe extenderse mucho más, abarcando la función normativa en general, la aplicación judicial o extrajudicial del Derecho, la interpretación y, con determinados parámetros, los criterios imperantes en los estudios sociológicos o filosóficos del Derecho<sup>62</sup>. La relación estrecha entre objeto de la investigación y comprensión del método en cada caso, de un lado, y la conveniente amplitud de ésta, de otro, no obstan a la necesidad de tener en cuenta algunas limitaciones que es preciso trazar en el campo de la comparación, limitaciones que pueden analizarse desde dos dimensiones, una referida a las materias a comparar y la otra relacionada con el número de sistemas conectados con la comparación. En términos generales, la primera se articulará sin dejar de merituar la particularidades de la vida social, económica o política de los ordenamientos en cuestión, que pueden provocar diferentes grados de comparabilidad según las materias implicadas. Si éstas se presentan como susceptibles de comparación y ordenadas al fin perseguido, la extensión de la otra dimensión queda a discreción del investigador<sup>63</sup>. En este sentido, puede decirse que la labor de quien compara debe guiarse siempre por la finalidad perseguida con la comparación<sup>64</sup>.

En la mayoría de los supuestos la restricción del número de ordenamientos elegidos se configura como un requisito indispensable a fin de

asegurar los resultados que se esperan obtener. Esto significa que la tarea de síntesis y la extracción de conclusiones válidas e interesantes se ve dificultada o directamente imposibilitada cuando no se opera la limitación<sup>65</sup>. Son excepcionales los supuestos en los cuales es dable, incluso imprescindible, burlar tal frontera metodológica sin correr el riesgo de la pérdida de rigurosidad e interés del trabajo. De ellos el más obvio es el de la utilización del método comparativo para la configuración de las distintas familias jurídicas — lo que para algunos constituye precisamente el ámbito propio del Derecho comparado, justificando así su existencia en cuanto ciencia autónoma<sup>66</sup> — aunque se ha hecho hincapié en la tarea de preparación de proyectos para la unificación del Derecho<sup>67</sup>.

Sin embargo, la finalidad concreta perseguida condiciona la utilidad práctica de cualquier clasificación y, muchas veces, aquélla suele estar emparentada con la unificación. Estas observaciones son aplicables por igual cuando la comparación discurre exclusivamente en pos de un tema acotado, de una materia concreta (microcomparación), cuando hace referencia a los "derechos" considerados en su unidad y totalidad (macrocomparación) y cuando, en definitiva, se plantea acerca de una rama determinada de la ciencia jurídica (mesocomparación). Si bien es cierto que, como se ha señalado, en la realización de cualquier estudio comparativo resulta siempre conveniente tener una visión de conjunto de los ordenamientos implicados, no lo es menos que existen multitud de trabajos que presentan solamente una labor microcomparativa, y que en sendos casos tienen validez las ideas esbozadas.

18. Desde una perspectiva diferente o, mejor dicho, complementaria a la hasta ahora descrita, la respuesta a la pregunta ¿qué debe compararse? puede construirse atendiendo no ya a las materias o a la cantidad de ordenamientos alcanzados por la comparación, sino a la manera en que cada uno de éstos articula sus normas, principios e instituciones para resolver los problemas concretos suscitados en la aplicación del Derecho<sup>68</sup>. Básicamente, se trata de comparar tomando como foco prioritario de ataque, como objetivo primario, las soluciones que se brindan a las cuestiones prácticas en cada uno de los ordenamientos considerados. Es notorio

que la actividad propuesta es mucho más factible en una tarea microcomparativa que en una macrocomparativa.

Lo que se busca por este medio es confrontar la "funcionalidad" de las reglas jurídicas, teniendo en cuenta que muchas veces distintos sistemas y subsistemas dan lugar a situaciones jurídicas y resuelven determinados problemas sino de forma idéntica al menos parecida, aún utilizando caminos diferentes. Se ha hablado en este sentido, desde una concepción empírica del método comparativo, de "fungibilidad funcional de instituciones estructuralmente diversas (o viceversa)"<sup>69</sup>, característica que no debe perderse de vista si se busca aprehender el Derecho en su faceta dinámica, el Derecho vivo. Precisamente, las similitudes estructurales o institucionales sólo se recogen con cierta fidelidad mediante la comparación y es a través de ésta que adquieren relevancia. La observación aislada de un ordenamiento o de una parte de él difícilmente brinda los elementos necesarios para una comprensión total del objeto en estudio<sup>70</sup>, para que alcance rigurosidad, se propugna el seguimiento de una "cadena circular" que abarque a los supuestos de hecho, la norma jurídica destinada a regularlos y las decisiones jurisprudenciales — no siempre ajustadas a las disposiciones del texto legal —, complementándose con el análisis de las condicionantes sociológicas, filosóficas y políticas, que informan tanto a las normas positivas como a las decisiones emanadas de los tribunales<sup>71</sup>.

La opción funcional para la comprensión del método comparativo, permite solventar el obstáculo que representa el hecho de que muchas normas diferentes cumplan idéntico o parecido objetivo social<sup>72</sup>. No es demasiado raro encontrar trabajos en los cuales puede apreciarse el error en que se suele caer cuando se compara, consistente en limitar la tarea al análisis de la norma y al sector de la realidad social que ella contempla, sin averiguar la funcionalidad de la misma en la realidad jurídica concreta<sup>73</sup>. Es preciso insistir: en toda decisión judicial o administrativa subyacen criterios sociológicos, filosóficos y políticos, y se podría agregar, como estrechamente vinculados a ellos, los de orden histórico (tradición-precedente) y económico. La influencia de todos y cada uno de estos elementos en la construcción de las soluciones materi-

ales, vien siendo destacada por un buen número de autores, del mismo modo que su acción sobre la labor legisladora<sup>74</sup>.

Quien, como parte de un estudio comparativo de Derecho, desee comprender la regulación jurídica de los contratos en un país sometido a recurrentes procesos inflacionarios y busque las respuestas y los datos sólo en su Código civil y en las leyes complementarias, no podrá arribar jamás a un resultado satisfactorio, toda vez que la situación económica crítica genera modificaciones en el funcionamiento de los textos legales, mediante la acción de la Administración, de los jueces y de los propios particulares. Un estudio que no tuviera en cuenta aspectos como los mencionados, no sería comparativo en el sentido expuesto y, en la mayoría de los casos, carecería de interés<sup>75</sup>. En definitiva, puede afirmarse que el método comparativo aplicado a la ciencia jurídica estriba en confrontar los supuestos de hecho y las soluciones respectivas<sup>76</sup> a la luz de los elementos subyacentes relevantes que motivan estas últimas y que informan a los propios ordenamientos jurídicos implicados en la comparación.

## 2. La Búsqueda de los Elementos Esenciales del Ordenamiento Mediante Una Aproximación Compleja

19. Con base en los argumentos expuestos, se han elaborado teorías concretas que han sido aplicadas en estudios comparativos de distinto alcance. El denominador común de aquéllas estriba precisamente en la búsqueda de una apreciación a la vez general y profunda de los ordenamientos examinados, atendiendo a los elementos jurídicos y extrajurídicos que caracterizan tanto su "en si" cuanto su "para si". Hemos indicado que ya en el siglo pasado es dable encontrar algunas manifestaciones del pensamiento jurídico tendentes a una concepción metodológica de raigambre funcional para los estudios comparativos, ideas que cobran un auge considerable en la presente centuria, en particular después de la Segunda Guerra Mundial. A medida que el análisis funcional del Derecho va ganando adeptos entre los iusfilósofos, comienzan a proliferar timidas aplicaciones en la esfera comparativa que pronto desembocan en importantes teorías acerca de la instrumentaliza-

ción del método. Entre ellas se manifiesta una tendencia que se ocupa de destacar la investigación sociológica como una parte esencial del método comparativo y que acaparó una significativa procción de la atención en el VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado que tuvo lugar en Pescara en 1970. Dicha tendencia busca acentuar, en la línea de lo que veníamos exponiendo, la importancia del "living law" contrastándolo con el "law in the books"<sup>77</sup>.

Ya en 1961, R. David hacía alusión a los juristas que ponen especial atención en los aspectos más funcionales del Derecho, indicando que se trata de aquellos que tienen una inquietud más de política jurídica que de estricta técnica o que participan de una concepción más filosófica del Derecho, y oponiéndolos a los "juristas puros" para quienes los conceptos jurídicos y las técnicas de aplicación e interpretación de normas ocupan una plaza preferente en el análisis<sup>78</sup>. La finalidad de la aplicación de estas ideas en un estudio comparativo era en ese caso la justificación de la existencia de una familia jurídica occidental, labor sólo realizable, según el mencionado autor, desde la primera óptica. La razón de tal afirmación radica en que una aproximación funcional al objeto del estudio permite, en lugar de centrarse en los elementos que por su naturaleza son externos y contingentes, llegar a la "sustancia" de las normas, y que ésta coincide en lo esencial en los ordenamientos del Derecho civil y del *common law*<sup>79</sup>. El escueto desarrollo teórico del trabajo considerado, tal vez motivado por su objetivo y por estar inserto en un libro de homenaje, no obsta a su ponderación como precedente válido para una actitud metodológica que debe estimarse en general satisfactoria. Del mismo modo, poco importa que las conclusiones obtenidas puedan o no ser compartidas; lo que nos parece realmente relevante es el mecanismo para llegar a ellas.

Llama la atención que pese al espíritu funcional que se percibe en la obra de R. David, sus desarrollos y sus resultados queden en cierta medida impregnados de un aura de rigidez. Sin embargo es sumamente destacable que sobre la huella trazada sean muchos los autores que en los últimos treinta años han hecho referencia, desde distintos puntos de vista, a un método comparativo funcional. En este orden de ideas, parece lícito escoger sin temor a equivocarse tres

formulaciones principales, distinguidas por su carácter general y por la superación de la mera especulación, ya que se han aplicado a objetivos concretos. Es lógico que ellas presenten notables diferencias, algunas muy resaltadas por los propios autores. Pero, con ojos imparciales y desde la perspectiva que interesa a este trabajo, el fondo es el mismo aunque algunos razonamientos y algunos resultados varíen de una a otra concepción. Dicho fondo se configura mediante un análisis complejo de variables escogidas por mor de su significación fundamental para los ordenamientos tratados, huyendo de la atadura al Derecho positivo. Paradójicamente, el método así entendido habrá de situarse más allá de los cauces inicialmente propuestos, llegando a poner en duda la noción de comparabilidad como requisito indispensable para la labor comparativa y, por extensión, la solvencia y el interés de las clasificaciones.

20. Ahora bien, ¿en qué consisten, resumida y concretamente, las formulaciones mencionadas? En primer lugar, la que se erige como más representativa es la *Stil-Doktrin* (teoría del estilo) que propone K. Zweigert al establecer la consideración de nuevos parámetros en vistas a la clasificación de los ordenamientos jurídicos en familias<sup>80</sup>, tarea que se dirige exclusivamente al Derecho privado. En ella se parte de la idea de que éstas están conformadas por los ordenamientos que presentan una unidad de estilo, y por lo tanto la clave consiste en identificar los elementos que pueden considerarse esenciales en la determinación del mismo. Sin desconocer que la lista de dichos elementos es variable de acuerdo con el interés de la comparación y las concepciones de quien compara, la propuesta estaría integrada por: los datos otorgados por la tradición jurídica y su evolución, la particular forma de pensar de los juristas, la presencia de instituciones características, el rol de las distintas fuentes del Derecho y su interpretación y, en definitiva, el sustrato ideológico que informa a cada ordenamiento. Con estos elementos el trabajo concluye con una discutible división del universo jurídico privado en ocho familias<sup>81</sup> restringidas al espacio geográfico euro-asiático.

La doble limitación, material y geográfica, no parece tener mucho sentido en una argumentación dirigida exclusivamente a sostener unos criterios determinados para agrupar los orde-

namientos<sup>82</sup>. Por el contrario, si el objetivo mediato de la comparación fuera otro, tal limitación resultaría en muchos casos imprescindible. En tal caso, la mesocomparación, que en el trabajo en estudio sólo es tratada en el primer nivel, aparecería a nuestro entender como más útil, siempre y cuando se respetaran las referencias macrocomparativas a que hemos aludido. Aunque pueda parecer extraño, el dato más relevante de esta teoría no estriba en la clasificación lograda sino en su metodología, basada en una apreciación compleja que bucea más allá del Derecho positivo, prestando especial atención a las soluciones concretas que se generan en un ordenamiento determinado.

En una oposición más aparente que real, más rimbombante que profunda, L.-J. Constantinesco ensaya también una teorización del método comparativo dirigida expresamente a la clasificación de los ordenamientos jurídicos, a partir de la caracterización de los elementos "determinantes" y "fungibles" que se encuentran en el seno de cada uno de ellos<sup>83</sup>. La presencia de los elementos determinantes configurados del mismo modo implica la existencia de un "sistema" jurídico y la diferente articulación de los elementos fungibles permite la identificación de diferentes "familias" dentro de cada sistema<sup>84</sup>. Coincidiendo con lo que venimos de afirmar y en contra del propio autor, ni el hecho de la clasificación ni los resultados que se pudieran alcanzar en ese terreno<sup>85</sup>, revisten la trascendencia que alcanza la comprensión dinámica y compleja del método comparativo.

Esta se manifiesta a través de la consideración de diversos componentes de un ordenamiento en tanto que característicos (esenciales), susceptibles de servir como pautas en cualquier estudio comparativo. La lista de elementos determinantes propuesta por L.-J. Constantinesco se extiende a los siguientes: estructura, función y finalidad del Derecho; sustrato ideológico; relaciones entre la sociedad y el ordenamiento jurídico; estructura económica; papel del Estado en la organización social; situación jurídica del individuo; jerarquía de las fuentes del Derecho; papel del juez en la interpretación del Derecho; forma de pensar jurídicamente. Como ya hemos puesto de relieve, el catálogo expuesto no parece diferir, en términos funcionales y

desde la perspectiva de nuestro análisis, de los datos subrayados por la teoría del estilo.

La tercer formulación que consideramos destacable se debe a J. H. Merryman y se diferencia de las anteriores por el hecho de no haberse planteado con el objetivo de plasmar una clasificación de familias jurídicas<sup>86</sup>, sino con la idea de construir un mecanismo ágil y riguroso para hacer funcionar el método comparativo en estudios jurídicos aplicados. En ella se busca una descripción completa del ordenamiento que parte de una consideración externa (el "para sí") del mismo, basada en tres dimensiones que interactúan: extensión jurídica (presencia del Derecho en la vida social), penetración jurídica (referida al carácter monolegislativo del ordenamiento) y cultura jurídica (modo de pensar jurídicamente)<sup>87</sup>. Tales dimensiones juegan como parámetros macrocomparativos que brindan una información contextual a quien compara, con la cual se puede entrar a analizar el ordenamiento "en sí", compuesto por instituciones jurídicas, actores jurídicos, procesos jurídicos y recursos utilizados (inversión en lo jurídico).

Cada uno de estos elementos, a su vez, puede analizarse mediante unas pautas concretas: legislativa, administrativa, judicial, particular, ejecución de la ley y educación y profesiones jurídicas<sup>88</sup>, a fin de lograr una visión detallada y precisa en cualquier grado de la comparación. J. H. Merryman hace suya la distinción entre normas primarias y secundarias de H. L. Hart<sup>89</sup>, para llegar lógicamente a la conclusión de que el sólo estudio de las primeras da lugar a respuestas parciales y a menudo contradictorias con el "estilo" del ordenamiento. El mayor mérito de este trabajo radica en haber alcanzado matizadas aplicaciones prácticas, con lo cual el método científico "acerca" del Derecho comparado que acabamos de resumir ha pasado con éxito la prueba de convertirse en un útil trabajo "de" Derecho comparado<sup>90</sup>, algo más interesante que una clasificación.

### 3. Método Comparativo Funcional, Clasificación de Familias Jurídicas y "Derecho Latinoamericano"

21. La brevísima síntesis de las teorías anteriores no es un obstáculo para ver confirma-

das las afirmaciones que vertíamos antes de exponerlas. Antes bien, se colige fácilmente que el propósito común de estos trabajos consiste en buscar el mecanismo que permita alcanzar resultados más rigurosos, más cercanos a la realidad que intentan descifrar. De otro lado, también se observa que se dirigen hacia objetivos más interesantes y que pueden brindar mayores resultados prácticos a los estudios micro y mesocomparativos. La macrocomparación aislada, la comparación que tiene por único objeto dos, varios o todos los ordenamientos jurídicos íntegramente considerados, cae en cambio en entredicho. Si se repara en el dato nada baladí de la influencia directa que ejerce la finalidad concreta, en el objetivo singular, de un estudio comparativo sobre la configuración del método e incluso sobre los resultados que cabe esperar, la propia concepción del análisis funcional despliega una sombra de dudas sobre el problema de la comparabilidad<sup>91</sup> y hace tambalear la justificación misma de las clasificaciones.

No hay más que dirigirse al ámbito espacial específico que nos ocupa para percibir las limitaciones prácticas de aquellas construcciones teóricas que deambulan en zonas no acotadas del pensamiento jurídico. En efecto, ¿qué sucede con el "Derecho latinoamericano" cuando es pasado por los filtros del método comparativo funcional? Hemos visto como desde diferentes perspectivas más o menos trabajadas se han buscado razones valederas para afirmar la existencia de una familia jurídica latinoamericana con rasgos de autonomía. Sin embargo, en las tesis funcionales señaladas, no se avanza especialmente sobre esta particularidad.

Si se observan las sucesivas aportaciones de K. Zweigert, es fácil apreciar la olímpica ignorancia de este sector de la realidad, basada en la idea no muy fundamentada de la "filiación" entre distintos ordenamientos. Según este autor, la presencia de dentro de cada familia de un "ordenamiento madre" evita el análisis — la consideración — de aquellos otros que han heredado o imitado su estilo. En alguna ocasión en que se ha referido a la "familia latina de Derecho privado", le ha descubierto la rara condición biológica de poseer dos "madres": el Derecho francés y el italiano. Luego, "*le comparatiste devra et pourra souvent s'interdire une incursion ap-*

*profondie dans les ordres juridiques de la péninsule ibérique et de l'Amérique du Sud*"<sup>92</sup>. Se podría pensar que la intención es restringir por regla general las comparaciones a los ordenamientos matrices; no obstante, el Derecho norteamericano como ordenamiento hijo del Derecho inglés, debe ser tenido en cuenta obligatoriamente en razón de la originalidad de su estilo<sup>93</sup>. He aquí la clave: ¡los ordenamientos latinoamericanos carecen de originalidad!

Los otros dos autores característicos mencionados, en cambio, parecen reservar una parcela algo diferenciada para ubicar al Derecho latinoamericano dentro del "sistema continental europeo" (L.-J. Constantinesco) o de la "tradición jurídica romano-canónica o *Civil Law Tradition*" (H. Merryman). Para el primero, el gran movimiento de codificación que ha conocido el continente americano desde mediados del siglo XIX es un dato a tener en cuenta, y se traduce como la síntesis de tres fenómenos relevantes. En primer término, la existencia de un fondo común ibérico; segundo, la influencia del Código civil francés y más tarde de los Códigos italiano y español; por último, el sustrato político perceptible en la utilización de los dos fenómenos anteriores para la elaboración de los Códigos propios<sup>94</sup>. Respecto del último, cabe afirmar que se trata del único que realiza una construcción desentendiéndose de la tarea clasificadora y que se ha aplicado posteriormente al concreto ámbito espacial que nos ocupa. En ambos extremos, como podremos observar, radica su fuerza.

22. También están imbuidas de un aura funcional algunas formulaciones generadas en Latinoamérica en torno al mismo objeto<sup>95</sup>. De ellas, merecen tenerse en cuenta una ya referida que aplica la teoría de los elementos determinantes<sup>96</sup> y otra que sigue el derrotero metodológico de la teoría del estilo<sup>97</sup>. Ambas tienen en común la aplicación formal de uno de los métodos descritos a la justificación de la existencia autónoma de una rama latinoamericana dentro de la familia jurídica romano-germánica; pero mientras la primera busca negar la originalidad, las características específicas, que permitan obtener una argumentación en tal sentido<sup>98</sup>, la segunda lleva un sentido diametralmente opuesto, invocando elementos que descubren una cierta diferencia de estilo en la rama indicada. En realidad,

sólo se limita a mencionar un criterio distintivo como "ejemplo típico": el rechazo de la nacionalidad como factor de conexión personal en el D. I. Pr. latinoamericano, y la consiguiente preferencia por la conexión domiciliar<sup>99</sup>. A partir de esa simple mención, que se utiliza para argumentar la diferenciación entre una familia latinoamericana y la familia de los Derechos europeos de marcada influencia en América Latina (España, Portugal, Italia y Francia)<sup>100</sup>, la autora plantea una clasificación donde conviven junto a las familias consideradas, la germano-escandinava, la del *common law* y la socialista. Según ella estas cinco familias constituyen, desde una perspectiva latinoamericana, la primera etapa comparatista que, en el plano estricto del Derecho privado, debe limitarse a las cuatro primeras<sup>101</sup>.

#### IV — A MODO DE CONCLUSIONES

23. Cuando analizamos las formulaciones basadas en criterios estáticos o aislados pusimos de relieve que no obstante la parcialidad de las mismas alguna de ellas, concretamente la que se funda en el dato de la influencia jurídica directa, demostraba con rigurosidad la proximidad que desde una perspectiva histórica existe entre los ordenamientos español e iberoamericanos en el sector del Derecho privado, reclamando una lugar diferenciado para la familia jurídica iberoamericana en su comprensión amplia. El último trabajo expuesto, en cambio, con una metodología dinámica aunque mucho más reducida en su fundamentación, va hacia una concepción diferente del mismo objeto (más restringida en lo espacial y más amplia en lo material) y presenta unas aristas no circunscritas al hecho histórico, con una cierta vocación de actualidad.

Sin embargo, ninguno de los autores pretende ir más allá de un análisis macrocomparativo o, si acaso, mesocomparativo de primer nivel (limitado al Derecho privado). Pero ¿qué pasa si se busca pasar de un conocimiento cultural — de innegable valor, es cierto — a una aplicación concreta del mismo? Dicho de otro modo, ¿de qué nos sirve concluir que la familia jurídica latinoamericana o iberoamericana amplia o restringida, tiene determinados rasgos característicos que le imprimen un perfil diferenciado res-

pecto del resto de los ordenamientos pertenecientes al tronco común romano-germánico? Para hallar respuestas válidas es preciso insistir una vez más sobre la importancia de no perder de vista el condicionamiento impuesto por el objetivo perseguido en cada tipo de estudio comparativo.

Si éste se desenvuelve en un ámbito macrocomparativo y se dirige a obtener una clasificación de las familias jurídicas que coexisten en el mundo, su justificación dependerá de la finalidad a la cual se pretende aplicar la misma. Parece insostenible, más allá de la profundidad que puede revestir el análisis que se efectúe, que la clasificación sea considerada como un fin en sí misma, y en todo caso los frutos prácticos de dicha concepción permanecen verdes en el árbol de la especulación científica. En este sentido no creemos que la clasificación pueda erigirse en el objeto y, menos aún, en el argumento único e irrefutable de la existencia de una ciencia de los Derechos comparados, como rama autónoma de la ciencia jurídica<sup>102</sup>.

Es indudable que, al menos formalmente, una ciencia cuyo objeto sea la clasificación de los ordenamientos jurídicos cabe en la definición lata "(sector de un) cuerpo de doctrina metódicamente formado y ordenado, que constituye un ramo particular del humano saber". Pero también lo es que una construcción de este tipo sólo sería un consuelo para quienes quieren fundar una ciencia a toda costa, habida cuenta de su pobreza y de sus limitaciones, a la par que confiere razón a aquellos que califican a esta actividad científica que empieza y termina en la clasificación, de "meras piruetas del intelecto o de la curiosidad científica"<sup>103</sup>.

En este orden de ideas, un estudio exclusivamente macrocomparativo caerá irremesiblemente bajo la guillotina de la última afirmación citada. Sin embargo, si la confrontación/comparación de los macrocomponentes de dos o más ordenamientos sólo se realiza buscando constituir un marco de referencia para la definición de un espacio micro o mesocomparativo concreto, la "pirueta" intelectual puede en algunos casos ser interesante y hasta tener resultados prácticos.

24. Llegados a este punto, alguien no demasiado ducho en la lectura entre líneas podría preguntarnos: ¿y la familia jurídica latinoame-

ricana? ¿ existe o no existe? Y nosotros, haciendo gala de una actitud condescendiente, podríamos construir un excursus intentando fundamentar esa existencia a partir de ciertos rasgos originales, más en el ámbito extrajurídico que en el estrictamente jurídico<sup>104</sup>. Porque, a no engañarse, la diferencia estriba no tanto en los contenidos normativos sino sobre todo en la "realidad operacional" de los mismos. Precisamente, uno de los elementos — no el único — que provoca la "disfunción" entre los textos legales y su aplicación es la exagerada longevidad de aquéllos.

Pero, de todas maneras, ni el "estilo", ni los "elementos determinantes", ni la "extensión", ni la "penetración" o la "cultura" jurídicas, llevarían a la identificación clara de una familia jurídica latinoamericana o iberoamericana amplia que, alcanzando un grado de coherencia mínimo, pudiera diferenciarla de otras familias. A lo máximo que se puede aspirar es a una aproximación mesocomparativa, camino no exento de dificultades, pero que adquiere cierta relevancia en la medida en que constituya un medio para alcanzar algún tipo de unificación convencional más o menos pretensioso<sup>105</sup>. Sin embargo, hemos podido comprobar<sup>106</sup> que así como la pertenencia a una misma familia (si se admite tal extremo) no garantiza el éxito de ningún esfuerzo unificador, es constatable que se han logrado no pocos resultados en trabajos *inter familias*, dependiendo de las materias afectadas<sup>107</sup>. Es decir que, en definitiva, en el ámbito de la microcomparación la clasificación no tiene ningún sentido y en los niveles meso y macrocomparativos su utilidad es muy relativa. ¿Debemos todavía agregar algo más?

#### NOTAS DE REFERENCIA

1 Nos referimos a nuestros trabajos "L'influence des conventions internationales sur l'actualisation du droit international privé: le cas latino-américain", en *Permeabilité des ordres juridiques. Rapports présentés à l'occasion du colloque-anniversaire de l'Institut suisse de droit comparé*, Zurich 1992, pp. 217-234 (versión castellana enriquecida en *Jurisprudencia Argentina* (Buenos Aires), núm. 5585 (1993) 2-14) y *La codificación del Derecho internacional privado en América Latina*, Madrid 1994 (en prensa). A ellos remitimos para la precisión de los términos "familia jurídica" y "latinoamericana", respectivamente.

- 2 En realidad, también resulta muy difícil agrupar con cierta rigurosidad no ya ordenamientos sino sistemas o subsistemas concretos, como hemos puesto de relieve respecto del Derecho internacional privado.
- 3 *Id.*, por todos, Malmström, A., "The System of Legal System. Notes on a Problem of Classification in Comparative Law", en *Scandinavian Studies in Law* (Estocolmo), 13 (1969) 127-149.
- 4 En este sentido, se han clasificado los criterios de clasificación (valga la redundancia) en: naturales-etnológicos, culturales, legislativos y jurídico-genéticos. Cf. Martínez Paz, E., *Introducción al estudio del Derecho civil comparado*, reimp., Buenos Aires 1960, p. 152. A su turno, Constantinesco, L.-J., *Traité de droit comparé*, Paris 1983, t. III, pp. 93 ss., se limita a hablar de criterios genéticos y tipológicos.
- 5 Cf. Martínez Paz, E., o. c., pp. 152-153 y Arminjon, P., Nolde, B., y Wolff, M., *Traité de droit comparé*, Paris 1950, t. I., p. 42.
- 6 Esmein, A., "Le droit comparé et l'enseignement du droit comparé", en *Congrès international de droit comparé. Procès verbaux*, Paris 1900, t. I, pp. 445 ss.
- 7 Bryce, J., *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford 1901, t. II, p. 189, citado por Constantinesco, L.-J., o. c., pp. 95-96.
- 8 Taylor, *The science of jurisprudence*, Nueva York 1903, p. 42, citado por Constantinesco, L.-J., o. c., pp. 95-96.
- 9 Esta clasificación se debe a Sauser-Hall, G., *Fonction et méthode du droit comparé*, Ginebra 1913, pp. 101 ss., y sucumbió, afortunadamente, a la autocritica, aunque demasiados años después. *Idem*, "Prólogo", en *Recueil de travaux suisses présentés au IV<sup>e</sup> Congrès international du droit comparé*, Ginebra 1959, p. XIII.
- 10 Es el criterio tomado por de Sola Cañizares, F., *Iniciación al Derecho comparado*, Barcelona 1954, pp. 169 ss., aunque él habla del "espíritu común" de los derechos agrupados en cada familia. La religión también se muestra como la base de la clasificación aceptada por von Fikentscher, W., *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Tübinga 1975-1977 y, en América, por Ayasta Gonzalez, J., *El Derecho comparado y los sistemas jurídicos contemporáneos*, Lima 1991, pp. 148-149. Para una crítica mesurada, Grossfeld, B., "Rechtmethoden und Rechtsvergleichung", en *RabelsZ* (Tübinga), 55 (1991) 4-16.
- 11 El Derecho chino se cae del cuadro debido, según el primer autor señalado en la nota anterior, a sus fundamentos filosóficos y morales, su carácter esencialmente consuetudinario y su "sovietización". Obviamente, muchas de estas consideraciones carecen, al menos, de actualidad.
- 12 Eichler, H., "Die Rechtskreise der Erde", en *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, Pamplona 1969, pp. 294 ss. *Idem*, *Gesetz und System*, Berlin 1970, pp. 66 ss.

- 13 En estudios posteriores, Eichler afirma la existencia de caracteres originales en el Derecho latinoamericano. *Vid.* Eichler, H., "Codificación de Derecho civil y teoría de los sistemas de Derecho (algunas consideraciones acerca de un futuro sistema del Derecho civil)", *Revista da Faculdade de Direito* (San Pablo), 68-2 (1973) 229-256, y "Privatrecht in Lateinamerika", *Osterreichs Rechtsleben in Geschichte und Gegenwart*, Berlin 1981, pp. 481-507.
- 14 David, R. y Jauffret-Spinosi C., *Les grands systèmes de droits contemporains*, Paris, 1988, pp. 21-23.
- 15 David, R., *Tratado elemental de Derecho civil comparado*, trad., Madrid 1953, pp. 205 ss.
- 16 *Idem*, *ibid.* El último dato se incluye como elemento esencial en *Idem*, "Existe-t-il un droit occidental?", en *XXth Century Comparative and Conflicts Law. Legal essays in honor of Hessel Yntema*, Leiden 1961, pp. 56-64, como réplica a las críticas que habían suscitado sus afirmaciones en el Tratado. La misma explicación se reproduce sintéticamente en FRAMONT, M., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris 1987, p. 5.
- 17 David, R. y Jauffret-Spinosi, C., o. c.
- 18 Aquí aparecen órdenes tan disímiles como el musulmán, el hindú, el hebreo, el canónico (?), los derechos del Lejano Oriente y los del África negra y Madagascar. Con más rigor, en las últimas ediciones de la versión francesa de *Les grands systèmes...*, o. c. habla de "otras concepciones del orden social y del Derecho". *Vid.* también la Introducción al vol. II, cap. 1 de la *Int. Enc. Comp. Law.*, 1972, publicado como "Les différentes conceptions de l'ordre social et du droit", en *Le droit comparé. Droits d'hier, droits de demain*, Paris 1982, pp. 93-108. En contra del tratamiento "residual" de ciertos ordenamientos, Reynjtens, F., "Note sur l'utilité d'introduire un système juridique 'pluraliste' dans la macro-comparaison des droits", en *Revue de droit international et droit comparé* (Bruselas), (1991) 41-42.
- 19 Como veremos, en "L'originalité des droits de l'Amérique latine", en *Le droit comparé...*, o. c., pp. 161-173, R. David afirma en forma matizada esta cualidad. En España esta clasificación es seguida por J. Castán Tobeñas, quien dentro de la familia occidental identifica cuatro ramas. Dentro de la rama romano-cristiana, destaca la existencia de un grupo latino donde se sitúan los Derechos francés, italiano e ibérico. *Vid.* Castán Tobeñas, J., *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, Madrid 1956, p. 23.
- 20 Constantinesco, L.-J., o. c., pp. 99-101.
- 21 Bevilacqua, C., sin embargo, lo introduciría en esta clasificación como cuarto grupo. *Vid. Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado*, Bahia, 2<sup>o</sup> 1897.
- 22 *Vid.* Arminjon, P., Nolde, B. y Wolff, M., *op. cit.*, t. I, p. 45. El dato histórico, "des rapports de derivation et de ressemblance", se demuestra como el más importante, pese a que los autores señalen su pro-

ocupación por el contenido de los derechos privados considerados. En el mismo sentido, Constantinesco, L.-J., o. c., pp. 108-112 y Zweigert, K. y Kötz, H., *Introduction to Comparative Law*, trad., Oxford, 21992, pp. 69-70. En contra, de Maekelt, T. B., "Reflexiones sobre Derecho comparado", Libro homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez Covisa, Caracas 1975, p. 225.

- 23 Grisoli, A. *Corso de diritto comparato*, Milán 1962, p. 71 y Constantinesco, L.-J., l. c. nota anterior.
- 24 Es el criterio seguido por Sarfatti, M., *Introduzione allo studio del diritto comparato*, Turin 1933, pp. 51 ss. y Rodiere, R., *Introduction au droit comparé*, Paris, pp. 31-32.
- 25 Cabe mencionar, además, que la visión que los juristas del *common law* tienen acerca de la codificación dista bastante de los tópicos que suelen manejarse. *Vid.* Bodenheimer, E., "Is Codification an Outmoded Form of Legislation", *American Journal of Comparative Law*, 30 Supp. (1982) 15-29.
- 26 *Vid.* Catalano, P., "Sistemas jurídicos. Sistema jurídico latino-americano y Derecho romano", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 131 (1982) 173 ss. — para un breve "anticipo" de sus ideas, cf. *Idem*, "Derecho romano y países latinoamericanos", en la misma *Revista*, 128 (1979) 637-640 —, y Schipani, S., "Nota introduttiva" Y "Dal diritto romano alle codificazioni latinoamericane: l'opera di A. Teixeira de Freitas", en *Studi Sassaresi*, vol. V, Milán 1981, pp. VII-XXXV y 589-607, respectivamente. La influencia del Derecho romano sobre las codificaciones latinoamericanas es un tema recurrente. *Vid.*, recientemente, Iglesias, R. y Morineau, M., "La influencia del Derecho romano en el Derecho civil mexicano: los códigos civiles de 1870, 1884 y 1928", en *Revista de Derecho Privado* (México, D. F.), (1992) 51-63.
- 27 *Vid.* de los Mozos, J. L., "Perspectivas y método para la comparación jurídica en relación con el Derecho privado iberoamericano", en *Revista de Derecho Privado*, 60 (1976) 775. También Segal, R., Pinto, M. y Colautti, C. E., "Aperçu sur les systèmes juridiques de l'Amérique du Sud", en *Revue de droit international et droit comparé* (Bruselas), (1988) 105-133, parten de los códigos, aunque en un trabajo que incorpora elementos de Derecho público.
- 28 "Les codes sont une chose et le Droit en est une autre", señala con acierto sobre esta misma cuestión David, R., "L'originalité...", l. c., p. 162.
- 29 Bevilacqua, C., *op. cit.*, pp. 73 ss.
- 30 Constantinesco, L.-J., o. c., p. 102, hace hincapié en estos extremos para calificar como artificial el cuarto grupo agregado por C. Bevilacqua.
- 31 *Vid.* Martínez Paz, E., o. c., pp. 155 ss.
- 32 Se trata, por supuesto, del trabajo de David, R., "L'originalité...", l. c. Compárese la conclusión fundamental del mismo (p. 172) con los argumentos antes expuestos. No se nos escapa que este artículo fue escrito en 1953 y que puede pensarse en alguna



- variación posterior en el pensamiento de su autor. Sin embargo, él mismo desvanece esta objeción en el Preface a *Le droit comparé...*, o. c., p. 8.
- 33 Lo que F. Schmidt denomina método "multi-axial", en "The Need for a Multi-Axial Method in Comparative Law", en *Festschrift für Konrad Zweigert*, Tübinga 1981, pp. 525-536.
- 34 Por ejemplo, resulta muy imprecisa la referencia a la unidad de tradición y de ideal.
- 35 Para la matización de esta influencia, a nuestro juicio ostensible, cf. Vilella, A.M., "Direito romano e sistema jurídico latino-americano", *Revista de Informação Legislativa* (Brasilia), (1981) 115-124. Vid. sin embargo, el revelador análisis de Castan Vazquez, J. M<sup>a</sup>, en *La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas*, Madrid 1984, pp. 64 ss., quien, contraponiendo "los rápidos cambios en el Derecho público" a "la permanencia del Derecho privado", trasciende ampliamente la tesis de David.
- 36 Para David, R., "L'originalité...", l. c., p. 169, resulta paradójico que este aspecto de la originalidad provenga "de la variété des modèles que les ont inspirés, et de l'universalisme même des sources de ces droits".
- 37 *Idem, Ibid.*, p. 171. No obstante, la idea según la cual la originalidad de los ordenamientos de Latinoamérica no es distinta a la de los otros que conforman la misma familia, es recogida a pies juntillas en Rodríguez Ramos, M., "Visión de conjunto del Derecho de América Latina", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, (1960) 7-27.
- 38 Vid., principalmente, de este autor, "El sistema de Derecho privado iberoamericano", en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, o. c., pp. 155-188. Cf. la repercusión de estas ideas en H. Eichler (*supra*, nota 13), de los Mozos, J. L., "Algunos aspectos de la influencia hispánica en el Código Civil de Andrés Bello", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, (1978) 437-467, Moisset de Espanes, L., "Derecho civil español y americano. Sus influencias recíprocas", *Revista de Derecho Privado*, 56 (1972) 599-614, *Idem*, "La codificación española y su influencia en el Código civil argentino", *Anuario de Derecho Civil*, 43 (1990) 713-735 y Baro Pazos, J., *La codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*, Santander 1993, pp. 151-161.
- 39 Vid. Castan Vazquez, J. M<sup>a</sup>, *La influencia...*, o. c., pp. 109-157.
- 40 En su discurso de contestación al de J. M<sup>a</sup> Castán Vázquez en la recepción pública de éste en la Real Academia de Jurisprudencia y legislación, A. Hernandez Gil resalta que, a diferencia de lo ocurrido en lo político y en las instituciones de Derecho público, "en las amplias áreas culturales que forman la lengua y el derecho privado, que son dos medios de comunicación entre las personas, sin un propósito preconcebido, se alcanzó la unidad". *La influencia...*, o. c., pp. 182-183.
- 41 *Idem, Ibid.*
- 42 Vid. de Castro y Bravo, F., "La doble nacionalidad", *Revista española de Derecho internacional*, I (1948) 104, y ponencia del mismo título en *Actas del Primer Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Madrid 1952, p. 361. Cf. Castan Vazquez, J. M<sup>a</sup>, "La comunidad iberoamericana en el pensamiento de Frederico de Castro", *Anuario de Derecho civil*, 36 (1983) 1217-1225.
- 43 Vid., especialmente, las obras de P. Catalano y S. Schipani, citadas *supra* en nota 26.
- 44 C. Fernandez Sessarego, por ejemplo, basa toda su argumentación sólo en el análisis — bastante superficial, por cierto — de los orígenes de algunos códigos latinoamericanos. Vid. "Comparación jurídica y unidades del sistema jurídico latinoamericano", *Revista de Derecho y Ciencias Políticas* (Lima), 42 (1978) 43-50.
- 45 Vilella, A. M., l. c., utiliza una metodología más realista tomada de L.-J. Constantinesco.
- 46 P. Catalano y S. Schipani, con algunas diferencias, adoptan esta postura teniendo en cuenta, precisamente, que el Derecho romano no ha mantenido en Europa la relativa pureza que se le descubre en América.
- 47 Es el caso de A. M. Vilella y C. Fernández Sessarego. Vid., sobre esta idea, Zajtay, I., "La permanence des concepts du droit romain dans les systèmes juridiques continentaux", *Revue internationale de droit comparé* (Paris), (1966) 353-363.
- 48 Esto es casi imposible de diferenciar en Estados Unidos, por ejemplo. Vid. Garro, A. M., "Shaping the Content of a Basic Course on Latin American Legal Systems", *Inter-American Law Review*, 19 (1988) 590.
- 49 Cf. Castan Vazquez, J. M<sup>a</sup>, *La influencia...*, o. c., pp. 77-82 y Pescatore, P., *Introduction à la Science du droit*, Luxemburgo 1960, pp. 60-61.
- 50 Merryman, J. H., "Modernización de la ciencia jurídica comparada", en *Boletín mexicano de Derecho comparado*, (1983) pp. 71-72 y 84. Un adelanto parcial de las ideas aquí expuestas se observa en *Idem*, "Fines, objeto y método del Derecho comparado", en el mismo *Boletín*, (1976) 65-92. Fix-Zamudio, H., "John Henry Merryman and the Modernization of Comparative Legal Studies", en *Comparative and Private International Law Essays in Honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday*, Berlin, 1990, pp. 25-47, y Cappelletti, M., "John Henry Merryman the Comparativist", en *Stanford Law Review*, 39 (1987) 1079-1086, comparten esa idea y destacan fielmente su influencia.
- 51 La aportación pionera de R. von Jhering a la configuración de un método comparativo crítico, no dogmático y realista, es analizada con maestría en Zwei-

- gert, K. y Siehr, K., "Jhering's Influence on the Development of Comparative Legal Method", en *American Journal of Comparative Law*, 19 (1971) 215-231.
- 52 Es lo que M. Ancel llama "realidad operacional" de un ordenamiento, en un contexto en el cual acentúa la importancia de la función social de cualquier institución sobre su definición o caracterización jurídica. Vid. "Le problème de la comparabilité et la méthode fonctionnelle en droit comparé", en *Mélanges en l'honneur d'Imre Zajtay*, Tübinga 1982, pp. 1-6.
- 53 Vid. la autorizada opinión de N. Bobbio en el Prólogo a la edición castellana de su *Teoría general del Derecho*, Madrid, 1991, pp. 9-10 y, con más amplitud, en *idem*, "El análisis funcional del Derecho: tendencias y problemas", en *Contribución a la teoría del Derecho*, trad., Valencia 1980.
- 54 Vid. Rozmaryn, S., "Les grandes controverses du droit comparé", *Inchieste di diritto comparato*, Milán-Nueva York 1973, t. II, pp. 580-582.
- 55 Resultan válidas en este sentido muchas de las críticas que H. Dölle dirige a K. Zweigert en "Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung", en *Rabelsz*, 34 (1970) 403-410.
- 56 Esta explicación matizadora se encuentra en Kötz, H., "Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik", en *Rabelsz*, 54 (1990) 203-216, respecto a la comprensión que había alcanzado la idea de un *fonktionelle und antidogmatische Methode* contenida en Zweigert, K. y Kötz, H., o. c., esp. pp. 2 ss.
- 57 Merryman, J. H., "Modernización...", l. c., pp. 83-84.
- 58 *Idem, Ibid.*, pp. 73 ss.
- 59 No obstante, J. H. Merryman se ha destacado en la aplicación práctica del método comparativo con la realización de investigaciones sumamente útiles sobre este campo. Vid. *Idem. The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin American*, Stanford, 1985, e *idem* y Clark, D. S., *Comparative Law: Western European and Latin American Legal Systems. Cases and Materials*, Indianapolis, 1978.
- 60 Merryman, J. H., "Modernización...", l. c., esp. 73-77.
- 61 *Idem, Ibid.*, p. 84.
- 62 Blagojevic, B., "La méthode comparative juridique", en *Inchieste de diritto comparato*, o. c., p. 22.
- 63 Vid. Gutteridge, H. C., *Droit comparé*, trad. Paris, 1953, pp. 102-103, Langrod, G., "Quelques réflexions méthodologiques sur la comparaison en science juridique", en *Revue internationale de droit comparé* (Paris), 9 (1957) 369, y Zweigert, K., "Méthodologie du droit comparé", *Mélanges offerts à J. Maury*, Paris 1960, t. I., p. 507.
- 64 Vid. Grzybowski, S., "Le but des recherches et les méthodes des travaux sur le droit comparé", *Inchieste de diritto comparato*, o. c., p. 332. Lógicamente, la finalidad perseguida define el objeto de la comparación.
- 65 Vid. en esta línea, la opinión de David, R., *Tratado...*, o. c., p. 27.
- 66 Vid. Constantinesco, L.-J., o. c., pp. 284-285, ensayando una refutación de H. C. Gutteridge y R. David.
- 67 Gutteridge, H. C., o. c., p. 104.
- 68 Es lo que en cierta manera propugna Ancel, M., en "Quelques considérations sur les buts et les méthodes de la recherche juridique comparative", en *Inchieste de diritto comparato*, o. c., pp. 9-10.
- 69 Vid. Ascarelli, T., "Función del Derecho comparado en la interpretación del Derecho y metodología del Derecho Comparado", *Revista del Instituto de Derecho Comparado* (Barcelona), 1 (1953) 26, para quien dicha fungibilidad guarda relación con las diferentes condiciones "ambientales" en las cuales se desarrollan las instuciones. Cf., asimismo, Zweigert, K., "Des solutions identiques par des voies différentes. Quelques observations en matière de droit comparé", en *Revue internationale de droit comparé*, 18 (1966) 5-18, Constantinesco, L.-J., o. c., t. II, pp. 81-86 y Rigaux, F., "Science comparative et droit positif", en *Festschrift für Karl H. Neumayer zum 65. Geburtstag*, Baden-Baden 1985, p. 515.
- 70 Es conocida al respecto la frase de F. Lawson: "even the most complete and most logical system of law is not perfectly intelligible until it is viewed in relation to other legal systems". Vid. "The Field of Comparative Law", en *The Comparison, Selected Essays*, Amsterdam 1977, t. II, p. 3.
- 71 Vid. Zweigert, K. y Kötz, H., o. c., pp. 29 ss.
- 72 De Maekelt, T. B., l. c., pp. 219-222, utiliza el ejemplo de la extensión práctica de las causales de nulidad del matrimonio con las cuales se integraba la carencia normológica de aquellos ordenamientos que no consagraban el divorcio vincular.
- 73 Para una crítica a esta actitud, vid. Kramer, E., "Topik und Rechtsvergleichung", en *Rabelsz*, 33 (1969) 9 ss. Vid. también Neumayer, K. H., "Fremdes Recht aus Büchern, fremde Rechtswirklichkeit und die funktionelle Dimension in den Methoden der Rechtsvergleichung", en *Rabelsz*, 34 (1970) 411-426, quien brinda elementos para la necesaria apreciación del Derecho en acción (*Rechtstatsachen*). Un catálogo de ejemplos de los errores más comunes en que suelen incurrir los comparativistas, puede verse a lo largo de la obra de David, R., *Tratado...*, o. c.
- 74 Merryman, J. H., "Modernización...", l. c., pp. 77-78 y Ancel, M., "Le problème de la comparabilité...", l. c., p. 6.
- 75 Valga como ejemplo el señalado por Rabel, E., "Tarea y necesidad del Derecho comparado", en *Revista del Instituto de Derecho comparado de Córdoba* (Argentina), (1947) 109: "los más perfectos derechos del inquilino, según el Código Civil alemán, no tuvieron en la práctica ningún efecto en virtud de los famosos formularios de los propietarios de casas".
- 76 Zweigert, K., define al Derecho comparado básicamente como una confrontación, ya sea entre ordenamientos jurídicos diversos por su espíritu o su estilo, ya entre instituciones o soluciones comparables pertenecientes a diferentes ordenamientos (Mé-

- thodologie...". I. c.). En cualquier caso, parece difícil y desaconsejable el divorcio de ambos aspectos de la confrontación.
- 77 Vid., especialmente, Drobnig, U., "Methods of Sociological Research in Comparative Law", en *RabelsZ*, 35 (1971) 496-504. Para elementos de una relación entre Derecho comparado y Sociología del Derecho, vid. *Idem*, "Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie", en *RabelsZ*, 18 (1953) 295-309.
- 78 Señala R. David que utiliza la palabra "funcional", por tratarse de una expresión "à la mode". Vid. "Existe-t-il un droit occidental?", I. c., p. 58.
- 79 Para R. David esa característica esencial que distingue al Derecho occidental es la "rule of law", el ideal según en cual la sociedad debe estar regida totalmente por el Derecho. *Idem*, *Ibid.*, pp. 59-60.
- 80 Esta teoría vio la luz en el trabajo "Zur Lehre von den Rechtskreisen", en *XXth Century Comparative and Conflicts Law. Legal essays in honor of Hessel Yntema*, o. c., pp. 42-55 y se adopta con alguna variación en Zweigert, K. y Kötz, H., o. c., pp. 63-75.
- 81 Romanista, alemana, nórdica, del *common law*, socialista, asiática, hindú e islámica.
- 82 Para una crítica concienzuda sobre ambos extremos cf. la reseña de David, R., *Revue internationale de droit comparé*, (1972) 516-519. Preñadas de subjetivismo, la mayor parte de las ácidas críticas de Constantinesco, L.-J., o. c., t. III, pp. 127-136 y 155-157, no merecen atención por mor de su inconsistencia.
- 83 Vid. Constantinesco, L.-J., o. c., t. III, pp. 164 ss., esp. 227-235. Las bases de esta teoría se fundan en su concepción acerca del método comparativo desarrollada en el t. II de la obra citada.
- 84 Así, dentro del sistema continental europeo, el autor diferencia cuatro familias: romanista, latinoamericana, nórdica y germánica, y dentro del sistema angloamericano, las familias inglesa y norteamericana. *Idem*, *Ibid.*, pp. 84-85.
- 85 Téngase en cuenta que L.-J. Constantinesco tenía prevista la publicación de un cuarto tomo del Tratado destinado a la clasificación de los sistemas jurídicos, es decir "al" objeto de la ciencia de los derechos comparados, pero falleció poco antes de terminar el tercero. Por esta razón, sus conclusiones se infieren de los tomos publicados y de otros trabajos, desconociendo cualquier evolución posterior.
- 86 Aunque, en otro trabajo (*The Civil Law Tradition...*, o. c., pp. 1-5) su autor haya afirmado la existencia de tres tradiciones jurídicas principales: *common law*, romano-canónica y socialista.
- 87 Merryman, J. H., "Modernización...", I. c., pp. 78 ss.
- 88 *Idem*, *Ibid.*, pp. 80-81.
- 89 Vid. *El concepto de Derecho*, trad., Buenos Aires 1963.
- 90 Merryman, J. H., "Modernización...", I. c., pp. 72-73.
- 91 Cf. Ancel, M., "Le problème de la comparabilité...", I. c., p. 5. Sin embargo, según Zajtay, I., "Réflexions sur l'évolution du droit comparé", en *Festschrift für Konrad Zweigert*, Tubinga 1981, pp. 595-601), la clasificación es indispensable y determina el grado de comparabilidad, ¡incluso en estudios microcomparativos! La misma idea podía inferirse ya de *Idem*, "Réflexions sur le problème de la division des familles de droit", en *RabelsZ*, 37 (1973) 210-216.
- 92 Zweigert, K., "Méthodologie...", I. c., p. 585.
- 93 *Idem*, *Ibid.* El autor es tajante: "le comparatiste qui ne considèrerait que le droit anglais à l'exclusion du droit américain ferait fausse route".
- 94 Constantinesco, L.-J., o. c., t. III, p. 113.
- 95 También parece seguir esta tendencia el trabajo de de los MOZOS, J. L., "Perspectivas...", I. c., que reclama una atención prioritaria del "sistema interno" como objeto del método comparativo.
- 96 Vid. Villela, A. M., I. c., pp. 119 ss.
- 97 Vid. de Maekelt, T. B., I. c., pp. 227-228.
- 98 Después de revisar escuetamente cómo se configuran los elementos determinantes del Derecho latinoamericano, Villela, A. M., I. c., concluye que "jurídicamente, pelo menos, a America Latina faz bloco único com a Europa".
- 99 Vid. de Maekelt, T. B., I. c.
- 100 La referencia a estos países se supone hecha con una óptica eminentemente iusprivatista.
- 101 De Maekelt, T. B., I. c.
- 102 En contra, Constantinesco, L.-J., o. c., t. III, pp. 19-49 y 75-78, para quien constituye el centro de su argumentación (también en *Tratado de Derecho comparado*, trad., Madrid 1981, vol. I, pp. 309-317). Sin embargo, como puede observarse a los largo de estas reflexiones, no hemos pretendido, tampoco creemos que proceda, tratar aquí la tantas veces llevada y traída falsa dialéctica "ciencia de los derechos comparados vs. método comparativo", posiblemente una de las discusiones menos fructíferas que se han desarrollado en el ámbito de la Ciencia jurídica.
- 103 Aguilar Navarro, M., *Derecho internacional privado*, Madrid 1976, vol. I, t. I, p. 70. Desde hace tiempo se destaca la escasez de resultados prácticos que se obtienen mediante las clasificaciones.
- 104 En este sentido, vid. Segal, R., Pinto, M. y Colautti, C. E., o. c.
- 105 Finalidad esencial reconocida a los estudios comparativos.
- 106 Vid. nuestros trabajos citados en nota 1.
- 107 Diversos aspectos de esta idea vienen siendo puestos en tela de juicio desde hace algún tiempo. Vid. Strömholm, S., "Rechtsvergleichung und Rechtsangleichung. Teoretische Möglichkeiten und praktische Grenzen in der Gegenwart", en *RabelsZ*, 56 (1992) 611-622. Incluso se ha dicho que referirse a la "armonización" del Derecho en el seno de una familia jurídica, implica en cierto modo una tautología ya que "families of law constitute systems which include a harmonization component by definition". Vid. Boodman, M., "The Myth of Harmonization of Laws", en *American Journal of Comparative Law*, 39 (1991) 704.

## A Remissão no Direito Tributário Brasileiro<sup>1</sup>

EURÍPEDES GOMES FAIM FILHO

Juiz de Direito no Estado de São Paulo.

Ex-professor de Direito da UNESP, ITE e UNOESTE.

Membro do IBDT/USP.

Pós-graduando da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da USP

### INTRODUÇÃO

Encontramos pouca literatura jurídica sobre o tema remissão tributária, a maioria dos livros e tratados apresenta breve estudo sobre o assunto, às vezes resumido a uma única página, por isso entendemos que é necessário discorrer mais sobre este tema dando-lhe um tratamento mais profundo e foi o que tentamos fazer aqui e isto também porque achamos que a remissão tem sido usada como errado instrumento de política fiscal, como exporemos no texto.

Assim, tentaremos neste trabalho dizer o que se pode entender como sendo remissão, qual sua natureza jurídica e requisitos legais, bem como outras observações sobre o assunto, sem ter a pretensão de esgotá-lo.

Por fim, analisaremos um exemplo concreto de lei que tenha concedido este benefício fiscal para averiguar se os requisitos legais têm ou não sido seguidos.

Desta forma pretendemos dar uma pequena contribuição sobre o assunto que achamos de grande relevância pelos motivos que daremos no decorrer do texto.

### CONCEITO DE REMISSÃO

Pode-se conceituar a remissão como sendo o ato praticado pelo credor que, por liberalidade, desobriga o devedor de quitar a dívida.

Jardim<sup>2</sup> ensina que a origem etimológica da palavra é a seguinte: *re* (para trás) + *missio* (deixar-se levar) = *remissio-onis* (mandar para trás, abrandamento, suavidade, indulgência e perdão).

Lembra Baleeiro<sup>3</sup> que não se pode confundir remissão com remição, que antigamente tinha a mesma grafia causando maior confusão do que hoje. Explica ele que remição vem do latim *redimere* ato de remir, redimir ou resgatar a dívida por parte do devedor ou algum interessado<sup>4</sup>.

Já remissão tem sua origem na palavra latina *remissio*, *remissionem*, ato de remitir, em outras palavras, perdoar a dívida, renúncia do credor ao seu crédito.

Ocorre muita confusão também com o instituto da anistia fiscal, o que não deveria acontecer porque esta abrange exclusivamente as infrações cometidas<sup>5</sup> enquanto que a remissão não trata de infrações, mas sim de débitos fiscais normais.

Ensina, contudo, Denari<sup>6</sup> que na essência as noções de anistia e de remissão estão interligadas, pois ambas estão relacionadas ao perdão de um débito tributário, sendo a anistia espécie de remissão que se aplica às penalidades por infrações tributárias.

Tanto no Direito Tributário quanto no Direito Privado a remissão pertence à parte obrigacional e se trata de uma liberalidade do credor, a diferença reside no fato de que neste ela resulta da vontade das partes e naquele ela se origina na lei.

Ressalte-se que como a remissão é um ato de disposição de patrimônio o credor que a realiza necessita possuir capacidade para agir e disponibilidade do bem, o que se aplica no Direito Tributário onde apenas o ente com capacidade de instituir o imposto pode perdô-lo.

Por fim, não se olvide que no Direito Privado o instituto da remissão não se confunde com a