

Crítica filosófica a la teoría del Derecho Comparado

ARMANDO S. ANDRUET (H)

Propondremos al análisis de nuestros lectores (1) con el presente trabajo, una serie de consideraciones referidas a las vinculaciones recíprocas que cabe advertir entre la filosofía del Derecho y el Derecho Comparado (2), conceptualizando a éste, como un método de estudio y de investigación que es susceptible de ser aplicado a cualquier aspecto de la ciencia jurídica (3). Incluso también a la propia filosofía del

(1) Sobre la base de una conferencia dictada en el «Curso Superior de Derecho Comparado», organizado por la Universidad Notarial Argentina y la Universidad Católica de Córdoba, bajo la dirección del prof. Dr. Luis Moisset de Espanés.

(2) Vide bibliografía básica en español; DAVID, R.; «*Tratado de Derecho Civil Comparado — Introducción al estudio de los Derechos extranjeros y al método comparativo*», Rvta. Derecho Privado, Madrid, 1953; CASTÁN TOBEÑAS, J., «*Reflexiones sobre el Derecho Comparado y el método comparativo*», Reus, Madrid, 1957; DE SOLA CAÑIZARES, F.; «*El Derecho Comparado y los sistemas jurídicos contemporáneos*», Rvta. Jurídica La Ley, pp. 69-750; RODRÍGUEZ, J.; «*Concepto y métodos del Derecho Comparado*», México, 1941; MARTÍNEZ PAZ, E.; «*Introducción al estudio del Derecho Comparado*», Córdoba, 1934; ANGEL, M.; «*Un siglo de evolución del Derecho Comparado*», Rvta. Jurídica La Ley, pp. 139-1014; JUSTO, A.; «*Derecho Comparado*», Enciclopedia Jurídica Omeba, Bibliográfica Argentina, Bs.As., 1964, T. VII, p. 40; PIZZORUSSO, A.; «*Curso de Derecho Comparado*», Ariel, Barcelona, 1987; CONTANTINESCO, L.; «*Tratado de Derecho Comparado*», Universidad de Valparaíso, Santiago, 1987; LOSANO, M.; «*Los grandes sistemas jurídicos*», Debate, Madrid, 1982.

(3) No dejamos de reconocer las dificultades que doctrinariamente se han de formular respecto a la autonomía del Derecho Comparado, principalmente ellas son las marcadas con posterioridad a la obra del Prof. H.C. GUTTERIDGE en «*Comparative Law*», Cambridge, 1946, para quien el «El derecho Comparado no sería una rama autónoma de la ciencia jurídica sino simplemente, el empleo de un método particular, el método comparativo, aplicable a cualquier rama del Derecho». (SUSSINI, M.; Comentario crítico a la obra de ANGEL, M.; «*Utilité et methodes du droit comparé*», Rvta. Jurídica La Ley, pp. 146-1167).

Derecho (4).

Formulamos dicha propuesta porque en nuestra opinión, el marco del objeto material de la filosofía del Derecho no queda *cercenado* en manera alguna a aspectos sólo especulativos, como de ordinario se piensa. La filosofía del Derecho posee una dimensión práctica tan importante como la especulativa y ella autoriza —o acaso impone— el aporte desde tal orientación (5). La filosofía del Derecho tiene auténtica *autoritas* para discernir acerca del Derecho Comparado, en cualquier dimensión que se quiera comprender el mismo.

Seguro que en una primera impresión parezca de dudosa entidad la contribución que pretendemos brindar, sin embargo a no poco de andar, se ha de colegir que los diversos modos de aprehender al Derecho Comparado no lo sustraen en el mejor de los casos, de una perspectiva que supere los marcos meramente fenoménicos en que habitualmente queda inserto (6). De todas maneras, tampoco caemos en lo que a nuestro juicio es un exceso, como es pensar que el Derecho Comparado sea una ciencia eminentemente filosófica y que permite comprender en su seno una noción de ciencia del Derecho Universal Comparado (7).

El Derecho Comparado o la sola investigación comparatista —según como se prefiera, en atención a la discusión por la existencia o no de su autonomía (8)—, debe ser definido inicialmente como: «la comparación científica de sistemas jurídicos vigentes distintos o de un

(4) De alguna manera el análisis jurídico inaugurado con J. AUSTIN usando y también abusando de la comparación, así lo demuestra (Passim «*Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*», C.E.C., Madrid, 1981); GONZÁLEZ VICEN, F.; en el estudio preliminar a dicha obra así lo propone.

(5) Así corresponde, al ser la filosofía del Derecho integrante de la filosofía del obrar, la cual es práctica por excelencia. Es parte de la *scientiae activae* (cfr. VERNAUX, R.; «Introducción general y lógica», Barcelona, T. I., p. 32; DE AQUINO, T.; «*Comentarios a la metafísica de Aristóteles*», II, 2 Nro. 290; estrictamente en el plano iusfilosófico, MASSINI, C.; «*El conocimiento práctico*», Rvta. *Prudentia Iuris*, Nro. 1 (1980) 27-63.

(6) Tal mediocridad —filosóficamente hablando— no parece razonable que deba habitar *per vitam* al Derecho Comparado, evitando de esta manera que el mismo encuentre auténticamente su propia razón de ser.

(7) Cfr. DEL VECCHIO, G.; «*Sull'idea di una scienza del diritto universale comparato*», en Riv. Italiana per la scienza giuridica, Nro. XLV (1908) 173. Una adecuada posición a este respecto toma CIURO CALDANI, M.A.; para quien el Derecho Comparado «adquiere una perspectiva nitidamente filosófica, superadora de sus exigencias estrictamente jurídicas» (cfr. «*Filosofía y método del Derecho Comparado*», Rvta. Jurídica La Ley T. 1989-C-1081).

(8) En opinión de W. GOLDSCHMIDT tal cuestión es inexistente. La discusión respecto a que si el Derecho Comparado es una ciencia o un método, es un enfoque errado. (Cfr. «*La alonomología*», Rvta. Jurídica El Derecho, T. 77-862).

aspecto de los mismos y de las causas que los han producido y los efectos que han resultado en los medios sociales y respectivos» (9).

A nuestro juicio el objeto formal del Derecho Comparado está compuesto por dos grandes esquemas operativos y cada uno de ellos, se corresponde con lo teórico y con lo práctico que a la gestión comparatista atañe (10). La dimensión práctica del Derecho Comparado es casi con exclusividad la que se cultiva por este tiempo, sin embargo junto a dicho campo activo, se levanta un espacio de análisis y estudio del Derecho Comparado, esencialmente especulativo el cual —como se indicará— en alguna de sus variantes, puede estar más próximo a lo filosófico en sentido estricto.

El objeto material por su parte, se mantiene idéntico en cualquiera de los dos casos —teórico o práctico—, siendo el mismo esencialmente explicitado por la actividad comparatista propiamente (11). En esta tesis, se impone decir entonces que el quehacer del comparatista no es otro que comparar.

Considerando la doble perspectiva del objeto formal del Derecho Comparado corresponde explicitar que la comparación como objeto material, puede estar orientada en un momento, a una finalidad práctica y es ejecutada confrontando los sistemas jurídicos nacionales, para así poder discernir mejor acerca de las conveniencias de un modelo jurídico sobre otro. En este caso, la comparación es eminentemente práctica o útil, la utilización es en la práctica jurídica. Las razones que abonan una elección en esta dimensión, se explican sólo desde la pretensión operativa, esto es hacerlo en pos de que el conocer sea en definitiva para poner dicho conocimiento en una realidad jurídica nacional determinada.

El otro modo de comparar, lo es, no ya con dicha pretensión sino con un carácter teórico y ella a su vez, puede asumir variables distintas: epidíctica, doctrinaria o propiamente filosófica. La comparación ahora, no es ya de valencia si se quiere utilitaria, es esencialmente desinteresada, es realmente especulativa (12).

(9) DE SOLA CAÑIZARES, F.; *Ob. cit.*, p. 754; GOLDSCHMIDT, *Ob. cit.*, dice que «se trata de una ciencia que investiga Derechos extranjeros, pero que en determinadas de sus partes obligatoriamente los compara entre sí y con el derecho previo, propone la sustitución de la noción de ciencia del Derecho Comparado —por ser este nombre equívoco— por el de alonomografía».

(10) *Cfr.* LATORRE, A.; «*Introducción al Derecho*», Ariel, Barcelona, 1984, p. 226.

(11) En la interesante clasificación que formula GOLDSCHMIDT de lo que en su juicio es el campo temático del Derecho Comparado —y que se resume en la distinta manera en que el binomio: estudio de Derechos extranjeros y comparación de diversos derechos—, la actividad comparatista es de indiscutida presencia, la diferencia quedará atrapada según cuál sea, la entidad de dicha comparación casual, facultativa, obligatoria parcial y obligatoria absoluta. (*Cfr.* *Ob. cit.*, p. 861).

(12) Esencialmente si el plano es filosófico en general, a pesar de las diversidades que se puedan plantear para cada uno de los momentos, dicho saber es verdaderamente

No debe creerse sin embargo que el hecho, de que el modo de comparación sea especulativo, no significa que en sí mismo no vaya a tener ninguna capacidad para incidir dentro del plano de la realidad jurídica normada, puesto que lo tendrá, pero dicha incidencia será ciertamente remota (13).

II.— La gestión del comparatista especulativo puede ser diferenciada según los ámbitos en los cuales ella es desplegada, así en: epidíctico, doctrinario y filosófico. En el caso del epidíctico es en el cual, donde mayor distancia se advierte con el comparatista práctico. El epidíctico (14) pretende la especulación sólo por tal, es el que a partir de allí formula esquemas de sistemas mejores o peores, pero sin pretender con ellos, interferir en manera alguna en los sistemas jurídicos involucrados; lo epidíctico dice ante todo de una intelectualidad egoísta, cerrada y en última instancia monodológica.

Diferente es el iuscomparatista doctrinario, quien en su actividad, irá realizando elecciones y preferencias de un sistema jurídico sobre otro (15), analizando fortalezas y debilidades en cada uno de ellos, ponderando en definitiva de acuerdo a un método de inclusión hipotética fundamental (16), cómo un sistema jurídico específico se vería transformado dada la adición o supresión de tal o cual instituto jurídico concreto.

desinteresado y también inútil. Inútil en cuanto que es la filosofía *theoria*, esto es, contemplación de la verdad de la que surgen los principios, dicha inutilidad es el signo de su intrínseca nobleza y de su utilidad profunda. La cuestión debatida entre el decir común *primun vivere deinde philosophare* y el verdadero apotegma *primun philosophare deinde vivere* se resuelve en lo dicho (cfr. CATURELLI, A.; «*La filosofía*», Del Autor, Córdoba, 1961, p. 21; MILLÁN PUELLES, A.; «*Fundamentos de filosofía*», Rialp, Madrid, 1981, p. 31).

(13) La metafísica —como eje del saber especulativo— tiene la capacidad de dirigir desde lejos al saber práctico, existe una subordinación ontológica efectiva de uno a otro (Passim BASSO, D.; «*Acerca del conocimiento especulativo y del conocimiento práctico*», Rvta. *Prudentia Iuris* Nro. XIV (1984); ALVIRA, T., CLAVELL, L., MELENDO, T.; «*Metafísica*», EUNSA, Pamplona, 1989, p. 21).

(14) Propiamente la noción de epidíctico es aplicable a un género oratorio. Se trata de discursos en donde el papel del oyente no consiste en tomar una decisión, sino en apreciar el talento del orador (cfr. PERELMAN, CH.; «*Lógica jurídica y nueva retórica*», Civitas, Madrid, 1979, p. 145; ARISTÓTELES; «*Retórica*», 1358 b 12, dicho autor lo nombra como demostrativo).

(15) Utilizamos en manera indistinta nociones tales como: sistemas de derecho y familias jurídicas (cfr. DAVID, R.; *Ob. cit.*, p. 11; GOLDSCHMIDT, W.; *Ob. cit.*, p. 870).

(16) Método profusamente utilizado en el ámbito de la hermenéutica judicial, y que en el fondo, no es cosa distinta a un despliegue absoluto de la totalidad de medios existentes —y a disposición— para mejor orientar la elección del juicio y luego ordenar la acción (cfr. DE LA RUA, F.; «*El recurso de casación*», Zavalía, Bs.As., 1968, p. 175).

Por último, el comparatista iusfilósofo por excelencia tendrá como esencial preocupación el indagar desde la misma originalidad, a cada uno de los sistemas jurídicos, reconociendo que los sistemas jurídicos positivos en general, son siempre manifestaciones exteriores o fenoménicas de una determinada cultura popular; así, la gestión iusfilosófica comparatista se ahonda en los momentos iniciales —sociológicamente hablando— de un determinado ordenamiento, pretendiendo estudiar el fenómeno jurídico en una línea continua y ascendente con miras a descubrir en cada una de las familias de derecho, cuánto hay de permanente y de mudable. Procediendo incluso, a explorar cuáles son los esquemas ideológicos y filosóficos que alumbran intrínsecamente a cada uno de los estudiados sistemas de derecho, dicha operación se la hace confrontándola con otro sistema.

Tal perspectiva, creemos sin embargo, que no siempre ha sido suficientemente atendida y por tal motivo es que con frecuencia los comparatistas pueden llegar a asimilar desacertadamente y sin más que por elementos externos a sistemas jurídicos que intrínsecamente no se corresponden, o lo que con frecuencia sucede también, es que se anotan sólo las diferencias exteriores, habiendo no obstante una coincidencia absoluta en los puntos nodales de la estructura filosófica ideológica del sistema.

Precisamente, a causa de este olvido de la observación filosófica en el Derecho Comparado, se ha cultivado en dicho espacio —no siempre con debida conciencia en sus operadores— una concepción estrictamente positiva, desde que, los únicos elementos que se han tenido en cuenta para la toponomía de tales o cuales familias jurídicas han sido los exteriores con desprecio u olvido de los filosóficos o intrínsecos no necesariamente filosóficos como pueden ser los psicológicos, sociológicos y religiosos.

El olvido a veces excesivo que el Derecho positivo propicia de lo especulativo del Derecho, lo lleva en no pocos casos, a tener que condenarlo al mismo a la mera *praxis*, como absoluta conducta desmembrada de cualquier ordenación finalista y, carente de toda metafísica interna. Sin embargo, lo interesante en la ocasión es presentar o al menos denunciar que, cualquier ámbito del Derecho no importa qué familia, merece y acepta un análisis iusfilosófico comparatista como el destacado antes.

La filosofía del Derecho, más allá de lo valiosa que pueda resultar a los iusfilósofos, debe servir igualmente a quienes no lo son, esto es a los hombres que operan el mundo científico jurídico en general y comparatista en particular. Es de esperar que en cuanto descubran o se les muestre —filosofía mediante—, que todo lo jurídico es bifronte, y que no hay sólo *praxis*, como que tampoco hay sólo teoría; acepten entusiastas el aporte de la filosofía jurídica. Así el juicio medio y generalizado que se tiene de la filosofía jurídica. Así el juicio medio y generalizado que se tiene de la filosofía del Derecho se verá seriamente mejorado.

De esta manera, un estudio que sea realizado desde ambas dimensiones será auténticamente omnicomprendivo de la realidad jurídica sujeta a tal análisis (17).

El Derecho Comparado no se encuentra ajeno a dicha preocupación, en consecuencia pueden ser estudiadas científicamente y filosóficamente las diversas familias de derecho o los distintos sistemas jurídicos. Un estudio así, es lo que auténticamente puede ser nombrado como de la realidad jurídica comparada en su conjunto. Otro ensayo, sin esta percepción será siempre incompleto.

III:— Es posible sin embargo, formular un conjunto de distinciones según sea el análisis teórico o práctico.

De ordinario el estudio comparatista que se hace, es privilegiando la perspectiva sólo práctica; principalmente haciendo una selección lo más acertada posible de algunos de los métodos comparatistas existentes y/o aceptados como parte de la aplicación; desde esta dimensión, se advierte la existencia de un auténtico pluralismo metodológico en el desenvolvimiento del Derecho Comparado.

Es nuestro propósito ahora, referirnos al otro aspecto del Derecho Comparado, de menor utilización —como se dijo— y de escasa observación como es el plano filosófico propiamente, al que ya hemos caracterizado en líneas generales más arriba.

Queremos ahora macroscópicamente relacionar cuáles son los elementos operativos que tal parcela de estudio privilegia, puesto que el hecho de que sea especulativo al igual que el doctrinario y el epidíctico, no impone que haya una misma manera de explorar o cultivar sus áreas de trabajo (18).

A dichos efectos nos interesa destacar como una de las herramientas propias de este nivel, la importancia de la crítica jurídica orientada al Derecho Comparado. La noción de crítica jurídica sin duda que es capital en nuestro discurso, la misma se encuentra profundamente emparentada con lo que es, la filosofía del conocimiento. En el caso será, del conocimiento jurídico.

(17) El esquema que se está proponiendo esencialmente es el que suministra J. MARTÍNEZ DORAL, cuando afirma los planos filosóficos y científicos del Derecho como la captación especulativa del saber jurídico, y el plano prudencial como nivel práctico de dicho saber. (Passim «*La estructura del conocimiento jurídico*», EUNSA, Pamplona, 1963).

(18) De esta manera está presupuesto que el plano teórico propone tres tipos distintos de abordar la cuestión; epidíctica, doctrinaria y filosóficamente. Algunos quieren ver en esta consideración, una emulación a la teoría de los grados de abstracción en el saber especulativo, cuestión que no compartimos.

Hemos preferido la noción de crítica a otras tales como: gnoseología, epistemología, teoría del conocimiento, ideología por situarnos la crítica —en atención al estudio etimológico— en lo que es el juzgar y con ello, a la entraña misma del juicio donde se consume propiamente la verdad y la certeza (19).

Desde esta perspectiva, criticar es escoger, elegir, en definitiva juzgar el valor de una cosa en función de una regla o un ideal. Por ello existe una crítica literaria, musical y también... jurídica.

Pretendiendo caracterizar el método de la crítica jurídica —a partir de un presupuesto filosófico como es obvio— hay que destacar que es prioritariamente «reflexión o análisis, es una reflexión sobre el conocimiento; un análisis del conocimiento del Derecho no limitado» (20).

En el caso concreto del Derecho Comparado y de acuerdo a la propia consideración que nosotros venimos formulando, la teoría crítica (21) es un momento esencial a la metafísica (22), puesto que permite profundizar el estudio del fenómeno jurídico hasta sus últimas consecuencias empiriológicas (23); tal conocimiento es una fase previa del conocimiento ontológico o metafísico, puesto que, permite sobre una base histórica y factual, científicamente considerada, dar oportunidad a que se pueda realizar un estudio no ya sólo fenoménico, sino también metafísico propiamente.

En nuestra opinión, la crítica jurídica del Derecho Comparado implica abordar el conocimiento pleno de los diversos sistemas jurídicos o familias de derecho. Dentro de tal noción, se reconoce como un capítulo primario el de poder indagar y reconocer la génesis de los sistemas jurídicos o familias de derecho. Es parte entonces, del objeto

(19) Cfr. DE ALEJANDRO, J.M.; «*Gnoseología*», B.A.C., Madrid, 1974, p. 4.

(20) Cfr. VERNAUX, R.; «*Epistemología general o crítica del conocimiento*», Herder, Barcelona, 1979, p. 5.

(21) Cabe indicar, además del sentido nuclear, esencial y restringido que hemos otorgado a la crítica jurídica, hay también otro uso, un tanto más general, pero que en manera alguna puede ser despreciado porque en el fondo, se vincula con el anterior y lo completa. Esta noción se reconoce como criticismo y «es la actitud que considera la realidad, o el mundo, desde un punto de vista crítico, es decir, la actitud según la cual no es posible, ni deseable, conocer el mundo, o actuar en él sin una previa crítica, o un previo examen, de los fundamentos del conocimiento y de la acción... el criticismo no es sólo una posición en la teoría del conocimiento, sino una actitud que matiza todos los actos de la vida humana» (FERRATER MORA, J.; «*Diccionario de filosofía*», Aguilar, Madrid, 1984, T. I, p. 674, 2.ª col., voz criticismo).

(22) En este sentido diríamos que al inicio, la reflexión crítica, se ocupa de modos infrafilosóficos de conocer, cómo son el empírico y el científico para luego dar lugar a un auténtico conocimiento metafísico del Derecho (cfr. VERNAUX, R.; «*Epistemología general...*», *Ob. cit.*, p. 22).

(23) Vide MARITAIN, J.; «*Filosofía de la naturaleza*», Club de Lectores, Bs.As., 1980, p. 61; GHIRARDI, O.; «*Hermenéutica del saber*», Gredos, Madrid, 1979, p. 158.

material de la teoría crítica jurídica del Derecho Comparado el reconocer y resolver los momentos originarios de cada uno de los sistemas de derecho.

IV.— Dentro de la crítica del Derecho Comparado y dada la especial atención que brinda la misma a los orígenes, nos ha parecido apropiado nominar una fracción de su objeto material como genealogía jurídica. Bajo este nombre, se atrapan aquellos modos de pensar que son nombrados como genéticos y que se fundan en la idea de una exploración en busca de la génesis del propio pensar (24). Modalizado este aporte de la filosofía al pensamiento iusfilosófico comparado, se debe indicar que es la indagación por los orígenes, por el modo de ser originario de cada uno de los distintos sistemas jurídicos.

Dicho capítulo no puede ser despreciado porque permite con claridad posterior, seguir la línea evolutiva del Derecho desde su momento originario (25). La genealogía jurídica aparece como una pieza clave dentro de la utilización teórica del Derecho Comparado fundamentalmente de aquel, que se orienta en el plano filosófico y crítico, debido al carácter metafísico que puede poseer todo estudio de crítica jurídica.

Siendo el objeto último de todo aquél que filosofa la concreción de la unidad, utilizará de dicho aporte para la metafísica del Derecho Comparado no parece en modo alguno desatinado.

De esta manera la genealogía jurídica como parte de la crítica del Derecho Comparado propone una utilización al iuscomparatista teórico muy importante, ya sea en el plano empiriológico como en el ontológico. Por la genealogía jurídica se exploran y reconocen los distintos elementos que sirven como generadores de modelos para luego ubicar a nuevos ordenamientos en los ya clásicos sistemas de derecho.

Habitualmente los campos materiales en los que opera el iusfilósofo comparatista son los siguientes: Contenido y Principios del Derecho, Estructura del Derecho y Teoría de las Fuentes del Derecho (26). En nuestra opinión y como se ha de advertir siendo sometidos ellos a un análisis escrupuloso, brindan una seria insuficiencia en su completitud, y que se traslada a la teoría del Derecho Comparado.

(24) Se destaca con especial interés la idea de pensar genético o genealógico a J. BEAUFRET, en su prefacio a la traducción francesa de la obra de HEIDEGGER, «*Der Satz vom Grund*», 1957, p. 9/34. Se trata de un modo de pensar que consiste en remontarse a las fuentes (cfr. FERRATER MORA, J.; *Ob. cit.*, T. II, p. 1344, 1.ª col. voz genealogía, génesis, genético).

(25) Análogamente la importancia del tema, es la misma que cobran en el presente, las discusiones científicas respecto a la cosmología y cosmogonía, prioritariamente respecto a los temas que se vinculan con la formación del universo y las tesis de la explosión inicial y del big bang (cfr. COUDERC, P.; «*El universo*», Eudeba, Bs.A., 1979, p. 136).

(26) Cfr. DAVID, R.; *Ob. cit.*, p. 13.

No se trata de deficiencia porque las mismas, ontológicamente consideradas si bien no son útiles, lo son a manera de delimitadores en buena medida de la realidad jurídica comparada, sin embargo, no permiten al estudioso y doctrinario del iuscomparatismo arribar a una comprensión absoluta y primigenia del fenómeno analizado, un derecho comparado, sin la dimensión inicial que proporciona la genealogía jurídica se resuelve en una disciplina meramente estructuralista del Derecho (27).

A efectos de mejor ilustrar la consideración tripartita clásica, brevemente hemos de considerar cada uno de los aspectos que se han denotado, tratando con tal esfuerzo, dejar a la luz la ausencia que existe en el plano de los orígenes y que se pretende paliar con la consideración de la genealogía jurídica. Así el estudio de la teoría del Derecho Comparado se convierte en plena e integral en cada uno de los miembros de las distintas familias o sistemas de derecho.

V.— El estudio comparativo que se efectúa bajo el rótulo de los contenidos en el Derecho; no es otra cosa que, el análisis de los distintos principios que tal o cual familia de derecho reconozca como válidos, razonables o valiosos a los efectos de las tomas de decisión posteriores por los jueces (28).

Con rapidez se puede advertir, que estando de por medio los principios que informan a una determinada familia de derecho, la cuestión se complica en grado sumo, puesto que en definitiva el tema se traslada a lo ideológico filosófico, principalmente tras la huella de saber si dicha familia de derecho se inclina o adhiere en mayor o menor medida a una concepción inmanentista o trascendentalista del Derecho positivo (29).

(27) Sabemos la dificultad existente en la comprensión unívoca de lo que es «estructuralismo», y de lo agravado que se vuelve al decirlo del Derecho.

Queremos con la noción, indicar que el Derecho es sólo reconocido como estructuras en nada vinculadas o equiparables a realidades últimas de carácter metafísico. Metodológicamente son principios de explicación y ontológicamente formas según las cuales se articulan las realidades (cfr. FERRATER MORA., J.; *Ob. cit.*, T. II, p. 1046, voz estructuralismo).

(28) La consideración mínima en tal cuestión; es la de saber cuáles elementos integran el ordenamiento jurídico, cómo se colman sus lagunas, y qué rol cumple la voluntad del juez en la sanción sentencial, etc.

(29) Cfr. GRANERIS, G.; «Contribución tomista a la filosofía del Derecho», Eudeba, Bs.As., 1979, p. 9. Preferimos hablar de esta manera para evitar escozores en algunos ámbitos —hoy anacrónicos— que todavía siguen enfrentando insensatamente lo positivo a lo natural, teniendo por claro que ninguna de tales cuestiones en soledad, operativamente, pueden llegar a buen resultado; en un caso, por el riesgo de deshumanizarse de manera tal que obligue a que el hombre, se deba formalizar a una estructura y comportamiento para el cual no está preparado. El restante por la auténtica imposibilidad de imponer conductas de extensión restringida tanto material como espacial.

No caben dudas respecto a la importancia que toma en dicha indagación el poder conectar tales conclusiones, con las propuestas que la genealogía jurídica proporcione.

No basta con saber cuál es, por caso, la vinculación filosófica o ideológica de una determina familia jurídica sino tan importante acaso como ello, es averiguar —mediante la genealogía jurídica— cómo se relaciona tal extremo con los orígenes de la familia jurídica.

Otro de los elementos de los que se debe servir el estudioso del Derecho Comparado, se refiere a la cabal comprensión de la Estructura del Derecho de la familia jurídica que tiene como operación, debiendo entenderse por tal, el conocimiento de las divisiones primarias de dicho ordenamiento positivo como igualmente, del conjunto de conceptos jurídicos fundamentales con los cuales se articula el mismo.

Habiendo sin duda, una muy profunda vinculación entre la teoría de los conceptos jurídicos fundamentales y las adhesiones filosóficas que en dichas familias jurídicas se emplacen (30), la incorporación del análisis desde la perspectiva genealógica, permitirá descubrir la existencia o no, de alguna línea evolutiva coherente de los conceptos jurídicos desde su origen (31). A partir del conocimiento inicial de los conceptos jurídicos confrontándolos con los actuales (32), podrán explicarse las mutaciones o evoluciones del Derecho (33), permitiendo incluso, poner en crisis una noción que está arraigada en el Derecho Comparado como es la del fijismo a tal o cual familia de derecho.

(30) Cfr. nuestro trabajo «*El tema de los conceptos jurídicos fundamentales — en la perspectiva nominalista y realista*» en Semanario Jurídico Nro. 808 (20-9-90).

(31) El Prof. O. GHIRARDI aunque en un modo todavía no totalmente sistemático ha introducido meditadas consideraciones y ensayos al respecto. Por tal razón estimé de pleno provecho para otros estudios que en el futuro se puedan asumir, citar brevemente la bibliografía del nombrado donde la cuestión de los conceptos, virtualmente está analizada. Cfr: «Notes pour une epistemologie des concepts juridiques» en Rvta. Beiheft A.R.S.P. Nro. 25 (1986- Stuttgart) 140; «*Quelques réflexions sur une loi logique qui régit l'évolution des concepts juridiques fondamentaux*» en Rvta. de la Recherche Juridique Droit Prospectif Nro. 23 (1985- Marseille), 723; «*El concepto persona en el Derecho*» en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, T. XXV, 1986, Córdoba.

(32) Puesto que presumimos con gran solvencia, que las admitidas unánimemente como familias de derecho son de reconocida historicidad y por lo tanto, debe haber habido clara evolución en no pocos de sus conceptos jurídicos. El ya citado GHIRARDI en el trabajo «*Quelques réflexions sur...*» muestra a manera de ejemplificación la evolución del concepto daño en la familia jurídica romanista continental.

(33) La diferencia a nuestro juicio es que cuando nos referimos a evolución, indicamos una línea continua donde es el mismo núcleo del concepto jurídico el que se amplía o se restringe; en cambio la noción de *mutación* es la introducción de un nuevo concepto jurídico sin anterior presencia como por ejemplo el de *tercerista biológico* —según nosotros hemos utilizado— a propósito de las nuevas formas de reproducción humana asistida (passim nuestro opúsculo «*La fecundación in vitro —Ensayo ético jurídico*», La Moneda, Córdoba, 1986).

El tercer elemento con que habitualmente se cuenta a los efectos de elaborar estudios de la teoría del Derecho Comparado se refiere, a las Fuentes del Derecho. En dicho tópico, se indaga respecto a cuáles son los manantiales formales y materiales por donde se expone el Derecho o de donde fluye el mismo.

Dicho análisis, puede parecer en lo inmediato tener mucho que ver con lo que nosotros proponemos bajo el rótulo de genealogía del derecho; y en verdad somos de la opinión que así debería ser, si el esquema de estudio y de abordamiento de las fuentes del Derecho fuera dinámico y superador de una visión absolutamente positiva (34). No siendo sin embargo, ello así, la presunta superposición queda plenamente desalentada.

Todo estudio que de las fuentes del Derecho se produce, nos proporciona una cristalización de dicho sistema jurídico; pero en modo alguno, se propone descubrir el motivo, la razón o causa de ello, su misión se agota con explicar lo que fenoménicamente se observa, desde esta perspectiva, la genealogía jurídica permitirá a la teoría tradicional o limitatoria de las fuentes del Derecho, enlazar el estatismo que las caracteriza con una comprensión de sus causas.

Por el conjunto de consideraciones que hasta aquí nos hemos permitido hacer, a propósito de la genealogía jurídica; estimamos que la incorporación de tal criterio, superaría la insuficiencia ya denunciada de un esquema tripartito. Con este cuarto elemento —genealogía jurídica— se podrá profundizar sobre áreas no exploradas por los anteriores enfoques y acercará sin dudas un análisis sobre los aspectos vinculados principalmente con lo que es originario de las distintas familias de derecho (35).

Se trata entonces de un estudio por las causas de los sistemas de derecho debiendo entenderse causas en un sentido no exclusivamente metafísico sino también físico.

Las causas metafísicas serán centro de atención y estudio casi con exclusividad por la sección metafísica del Derecho Comparado (36); la noción de causa física por el contrario, apela a la comprensión de

(34) Cfr. nuestro trabajo «Fuentes del Derecho» en Rvta. Notarial, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba. Nro. 61 (1991) 19.

(35) El aporte fundamental a lo que hemos denominado genealogía jurídica lo hallamos en el trabajo de GHIRARDI, O.; «Un antiguo problema siempre actual. Common law, Derecho continental y el problema de los universales», en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Anales del Cincuentenario (año académico 1990), Córdoba, 1991. Fue la lectura de dicho estudio la que motivó el presente ensayo por lo cual, tributamos otra vez, público agradecimiento a quien tanto debemos.

(36) Vide FRAGUEIRO, A., «Las causas del Derecho»; Assandri, Córdoba, 1949; VIGO, R.; «Las causas del Derecho»; Abeledo Perrot, Bs.As., 1983; también nuestro inédito aún «Curso de metafísica del Derecho», Córdoba, 1985.

vincular tras ella, elementos intrínsecos y extrínsecos que posibilitaron la génesis determinada de una familia jurídica.

Dentro de ese profuso cuadro de causas nombradas en último lugar; y que en el caso rigen el acontecer del Derecho, pueden incluirse desde las que son psicológicas, históricas, culturales, étnicas, sociológicas, políticas, económicas, geográficas y religiosas, hasta otras más extremas, que posibiliten dar respuesta adecuada al principio de razón suficiente del Derecho Comparado genealógicamente considerado, el que tendría un postulado análogo al siguiente: «¿por qué tal familia de derecho es de este modo, fenoménicamente considerada; por qué corresponde a esta naturaleza; y no a otra distinta?».

La pregunta antes que metafísica u ontológica, es del aquí y ahora, y exige una respuesta comprometida con las explicaciones profundas y no meramente contingentes que se puedan brindar.

De esta manera se podrá llevar adelante un estudio de los diferentes sistemas de derecho, no sólo por lo distinto o semejante que en el hoy puedan ser, sino principalmente presuponiendo que sólo en cuanto, se conozcan las diferencias o semejanzas originarias, allí en el *ilo temporis*, podrán realizarse también estudios comparatistas de reconocida ponderación y con auténtica calidad científica. Desconociendo los orígenes, el análisis que se puede realizar —aunque bueno—, es siempre más, el fruto del azar que del trabajo auténticamente especulativo que en estas cosas debe ejecutarse en manera auténticamente constringente.

Mientras más se ciña el modo de estudio a la cosa estudiada, habrá menos espacios librados al azar y así, se podrá decir con razón que el fenómeno jurídico es conocido auténticamente; de lo contrario se conoce sólo el presente del derecho de tal o cual familia, lo cual en el caso extremo de aceptación pasiva, puede importar adherir —tal vez implícitamente— a la tesis de que el Derecho es una realidad ahistórica lo cual es severamente un despropósito.

En nuestro criterio la genealogía jurídica se inscribe como de especial interés dentro de la teoría comparatista, siendo herramienta clave para comprender cualquier variación dentro del sistema de Derecho en análisis, es más, aparece de repente tan valiosa que se puede llegar a afirmar, que no existe teoría válida *in integrum* del Derecho Comparado, sino a partir del aporte que se obtiene de este cultivo.

La genealogía jurídica propondría una suerte de descenso a lo fundante; sin embargo en la preocupación genealógica la vuelta es al fondo del fondo, es *grund des grundes* y lo es, no para hacer historia, ni tampoco para deleitarse con revivir el pasado, sino para hacer el pasado presente, de esta manera transparente y sólo de esta forma auténticamente comprensible.

Tomando como parámetros para la comprensión absoluta del Derecho Comparado los cuatro elementos de los que venimos hablando, estimamos que la utilización en conjunto de ellos no dudamos de calificarla como de contenido altamente valioso para la filosofía del Derecho. Ello con auténtica independencia que el *homo* comparatista esté en posesión o no de dicha consideración, en no pocos casos la pregunta genealógica en lo jurídico —comparado o no—, es de estricto orden filosófico en su respuesta (37).

Por el contrario —también creemos— que, una preocupación pivotada sólo en los tres elementos clásicos es típica y exclusivamente jurídica, puesto que hay un apetito intelectual que se satisface en la averiguación del saber juzgar y preferir un fenómeno jurídico sobre otro; pero si a tal actitud le anexamos la presencia de la preocupación genealógica, la comparación se efectúa no sólo para juzgar y preferir, sino prioritariamente para comprender el por qué del fenómeno en su conjunto (38), de esta manera, se habrán de superar obligadamente los despliegues meramente normativos de los sistemas de derecho que se comparan, incorporando dimensiones axiológicas, sociológicas y etiológicas no tenidas antes suficientemente en cuenta.

(37) Subyace aquí la cuestión, de que lo que condiciona en gran medida el acto filosófico es más la interrogación que la respuesta. No hay dudas que una buena pregunta asegura una mejor respuesta (cfr. ARISTÓTELES, «Tópicos», VIII, 1,4,5).

(38) Cfr. CIURO CALDANI, M.A.; *Ob. cit.*, p. 1082.

