

Iusnaturalismo y derecho comparado

POR

ALBERTO MONTORO BALLESTEROS

I. La pretensión de dotar de significación autónoma al estudio comparado del derecho es relativamente reciente: data de mediados del siglo pasado y tiene su precedente más próximo en la obra de Henri Summer Maine, "Ancient Law" (1861).

La aparición con este sentido de los estudios de derecho comparado en la segunda mitad del siglo XIX no es un acontecimiento casual sino un fruto característico del específico clima científico-espiritual del momento. El derecho comparado se articuló, en cuanto saber jurídico sustantivo, a partir de los diferentes presupuestos epistemológicos que brindaba el positivismo entonces vigente, viniendo a constituir una consecuente elaboración y desarrollo de determinados supuestos empíricos de carácter historicista, biológico, etnológico e incluso de un iusnaturalismo de significación sociológica...

La jurisprudencia comparativa partió del postulado genérico de que la experiencia constituía el único método para conocer las cosas y de que el mejor conocimiento de las mismas sólo podía conseguirse extendiendo la experiencia al mayor número de fenómenos posible para ponerlos en contacto entre sí, observarlos conjuntamente en sus relaciones recíprocas y, a través de ese proceso comparativo, inducir leyes y principios generales por medio de los cuales pudiera llegarse a una mejor comprensión del significado tanto de los fenómenos o hechos aislados como de la totalidad de



los mismos. Estos supuestos de carácter empírico tenían unas veces, según adelantamos ya, una significación histórica, lo que orientó los estudios comparatístico-jurídicos (operando con criterios históricos) al estudio comparado de las diferentes instituciones de los pueblos en cuanto unidades de sentido histórico; otras veces esos supuestos fueron de carácter biológico, ocupándose aquí el saber jurídico comparado de las instituciones y sistemas jurídicos de los pueblos, no ya en cuanto unidades históricas, sino en cuanto que constituían un determinado grupo étnico o raza, esto es, una específica unidad biológica; por último, interesa subrayar como muchos de los programas que intentaron desarrollar una ciencia del derecho comparado descansaban sobre supuestos iusnaturalista de carácter sociológico al suponer la existencia de ciertas formas o tipos de ordenaciones sociales fundamentales (matrimonio, propiedad, contrato, pena...) que constituían un “derecho natural real” en contraposición con la “idea” de derecho natural y que permanecían históricamente por encima de todo cambio o transformación (Cfr. Erik Wol: “Das Problem der Naturrechtslehre”, 1955, pp. 105 y ss. Véase también Iginio Petrone: “La última fase de la filosofía del derecho en Alemania”, Madrid —sin año—, pp. 151 a 153 y 157 a 160).

El derecho comparado se constituyó pues asimilando el método comparatista nacido en el campo de las ciencias naturales, como un saber universal (relativo a todos los derechos) y que considerando el derecho no como un sistema de normas sino como un simple fenómeno, producto de la realidad empírica, etnológica, cultural, o sociológica en general, trataba de descubrir los principios y leyes últimas que ordenaban todo el proceso evolutivo del mismo (Cfr. Felipe González Vicens: “El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea”, *Revista de Estudios Políticos*. Núm. 51, Vol. XXXI, Madrid, 1950, pp. 68 y ss.).

Con la heterogeneidad de supuestos epistemológicos anteriormente aludida se conecta la imprecisión tanto de denominación como de objeto que presenta el derecho comparado. Los diferentes nombres que conocen estos estudios —legislación comparada, derecho comparado, ciencia comparada del derecho (*Vergleichende Rechtswissenschaft*), derecho contractado (*contrastive law*)— son vagos, imprecisos, y aunque en principio nos puedan parecer claros luego responden muy poco a los contenidos reales de los mismos. Bajo el título genérico de derecho comparado aparecen trabajos de carácter sociológico, antropológico, de filosofía de la historia, de historia de las ideas... de modo que es difícil encontrar una temática común de esta disciplina, al menos en los primeros momentos de su génesis histórica.

La multiplicidad temática sobre la que proyectó sus esfuerzos el derecho comparado desde el momento mismo de su nacimiento puede reagruparse en tres direcciones o corrientes fundamentales:

- la corriente etnológica e histórico-sociológica;
- la dirección filosófico-jurídica y,
- la orientación jurídica en sentido estricto o jurídico-positiva (Cfr. Mario Sarfatti: "Introduzione allo studio del diritto comparato". Torino, 1933, pp. 27 y 36).

1. La *dirección etnológica e histórico-sociológica*, muy próxima a la sociología jurídica y a la filosofía de la cultura hasta el punto de que no es fácil señalar su sustantividad frente a aquellas, tuvo por objeto la comparación recíproca de las leyes sociológicas y etnológicas obtenidas por inducción de los diferentes derechos o sistemas de derecho, con el fin de establecer entre unos y otros ciertos paralelismos, analogías y divergencias, hasta llegar, por reducción, a la causa primaria, esto es, a la ley superior que se encuentra en el fondo de las diferentes causas determinantes particulares, revelando así las leyes naturales y el sentido al que obedecían, en el seno de la vida social, los fenómenos jurídicos. (Cfr. Luis Legaz y Lacambra: "La filosofía del derecho y el derecho comparado", Santiago de Compostela, 1960, pp. 12 y ss.).

Dentro de esta dirección se pueden distinguir, a su vez, dos subgrupos: la *Jurisprudencia Etnológica*, representada por Adolf Bastian (*Der Mensch in der Geschichte*. 3 Bände. Leipzig, 1860), J. J. Banchofen (*Das Mutterrecht*, 1861), Hermann Post (*Grundriss der ethnologische Jurisprudenz* 1894-1895) y Giuseppe Mazzarella (*La nuova fase dell'Etnología Giuridica*, 1926), la cual, según Radbruch, (*Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1959, p. 12) en cuanto que pretende construir —sobre la base del estudio del derecho de los pueblos primitivos— la prehistoria del desarrollo del derecho de los países civilizados, desemboca en la *Historia Universal del Derecho*, que constituye el segundo subgrupo anteriormente aludido, y cuyos representantes más significativos fueron Henri Summer Maine (*Ancient Law*, 1861) y Joseph Kohler (*Rechtsphilosophie und Universal Rechtsgeschichte*, 1903). (Cfr. Mario Rotondi: "Il diritto come oggetto di conoscenza: Dogmática e Diritto Comparato", en *Studi nelle scienze giuridiche*. Pavia, 1927, pp. 1 y ss.).

Posición original, aunque próxima a las anteriores, en cuanto que incluye en su programa de Legislación Comparada una Historia Universal del Derecho, es la del profesor español Gumersindo de Azcárate (*Ensayo de una Introducción al Estudio de la Legislación Comparada y Programa de esta asignatura*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Tomo XLIV. Madrid, 1874. Véanse las pp. 83, 84, 86, 92, 93, 97 y ss. y 112).

2. Otras corrientes de carácter más acentuadamente jurídico renuncian a la magna empresa de realizar esas síntesis culturales que pretendían las anteriores orientaciones centrandó su atención en lo genuinamente jurídico. El derecho ha sido estudiado así comparativamente en su doble dimensión ideal-real, centrándose la atención de los estudiosos iuscomparatistas en uno u otro aspecto del derecho o en ambos a la vez. En este sentido se han podido distinguir tendencias comparatistas de marcada significación filosófico-jurídica, que se han manifestado bien como una “*teoría de los estilos del pensamiento jurídico*”—ocupada del estudio no del derecho ni de las ideas que inspiran cada sistema jurídico en particular o cada familia de sistemas jurídicos, sino del modo de pensar de los juristas, de las categorías estilísticas del pensamiento con las que los juristas han tratado de explicar tanto el derecho como los modos de creación, interpretación y aplicación del mismo; así las parejas conceptuales “formalismo” - “fualismo” (H. Kantorowicz: “Las épocas de la Ciencia del Derecho”, 1914), tópicos-sistema (T. Viehweg: “Topik und Jurisprudenz”, 1963), etc.— bien como una *Filosofía jurídica comparada*, orientada a la comparación de las ideas o principios que informan sistemas jurídicos positivos, para obtener, no los principios filosóficos universales que nutren todos los sistemas jurídicos sino el “apriori” jurídico de cada sistema en particular, los principios que integran el “ethos” jurídico de cada grupo o pueblo (principios jurídicos secundarios o aplicados) y que informan sus respectivos sistemas jurídico-positivos (Friedrich Darmstaedter: “Das Problem einer vergleichenden Rechtsphilosophie”, 1938). (Cfr. Luis Legaz y Lacambra: op. cit., pp. 17 y ss.).

La posición sistemática de la filosofía jurídica comparativa, que ocupa una posición intermedia entre la filosofía del derecho y los estudios jurídicos positivos de derecho comparado, nos sirve de gozne para aproximarnos a las direcciones comparatistas que se orientan fundamentalmente a la comparación de los sistemas jurídico-positivos.

3. La *orientación jurídica en sentido estricto* o dirección *jurídico-positiva* no presenta un único perfil sino que, sobre la base común de la comparación de los sistemas jurídico-positivos, conoce orientaciones de significación bien diferente. Así tenemos: a) la “corriente de carácter universalista” que desde los supuestos mismos del positivismo —estudio y comparación de los diferentes sistemas jurídico-positivos— pretende inducir unos principios éticos universales, si no eternos y permanentes, comunes, al menos, a la humanidad civilizada o a una comunidad o grupo de pueblos [R. Saleilles y su “Droit commun de l’humanité civilisée (Le droit commercial comparé, 1891; Conception et objet de la science du droit comparé,

1913); E. Lambert y su “droit commun législatif” (La fonction du droit civil compare”, 1903); G. del Vecchio y su ciencia universal del derecho (L’unita dello spirito umano come base della comparazione giuridica. 2.^a ed. 1953]; b) los programas de una teoría general del derecho que desde los supuestos epistemológicos y metódicos del positivismo —estudio comparado de los diferentes sistemas de derecho positivo— se orientan al hallazgo y formulación de las estructuras y formas lógicas universales del derecho, articulando así una teoría general del derecho, de base empiriológica, que no alcanza, en rigor, el grado de consideración filosófica a pesar de su pretensión de constituirse, en algún momento, en la única filosofía del derecho posible (J. Austin: Lectures on jurisprudence, 1863; A. Merkel: Ueber das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur “positiven” Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Teil derselben, 1874; Elemente der Allgemeinen Rechtslehre, 1890; E. R. Bierling: Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, 2 vols. 1877-1883; Juristischen Prinzipienlehre, 5 vols. 1894-1917), etc.); y c) los estudios de derecho comparado que persiguen una meta eminentemente práctica: aproximación, conciliación y uniformización de los diferentes sistemas jurídicos, etc. (Levy-Ullmann: De l’utilité des études juridiques comparatives, 1923; Vers le droit mondial du XX^e siècle, 1923; M. Sarfatti: Introduzione allo studio del diritto comparato, cit.).

Lo que interesa subrayar aquí es como la temática iuscomparatista se ha ido depurando progresivamente en el transcurso del tiempo hasta presentarse hoy con una estricta significación jurídico-positiva. El derecho comparado nació con el propósito de realizar una filosofía de la historia universal del derecho e incluso de constituirse en un sustitutivo de la filosofía del derecho, al tratar de encontrar los elementos permanentes de lo jurídico juntamente con el sentido de su proceso evolutivo y las leyes naturales que lo regían. Pero en realidad esto era pedir al derecho comparado más de lo que podía dar; por ello el iuscomparatismo actual, más consciente de sus limitaciones y de su auténtica tarea, ha adoptado una actitud cautelosa pero realista, llevando a cabo una revisión crítica de su temática y efectuando un viraje hacia objetivos menos ambiciosos pero que pueden resultar mucho más fecundos. Solá Cañizares observa en este sentido que la orientación predominante en estos estudios es la constituida por “un concepto realista del derecho comparado que dentro de una gran jerarquía científica va abandonando el campo de las abstracciones para inspirarse en preocupaciones de orden práctico... y (cuyo) denominador común (es) cultivar el derecho comparado como ciencia diferenciada que estudia el derecho vigente en los países civilizados y que puede tener las más diversas aplicaciones”. (Iniciación al derecho comparado. Barcelona, 1954, p. 50).

La tarea del derecho comparado consiste así, fundamentalmente, en la

yuxtaposición, confrontación y clasificación, en virtud de sus semejanzas o desigualdades, de varios sistemas jurídico-positivos —nacionales, intranacionales o supranacionales— o de algunas de las instituciones que los componen, debiendo advertirse que dentro de cada sistema o institución el derecho comparado no se limita al estudio de la legislación sino que puede y debe extenderse a la consideración de las costumbres, de las decisiones judiciales e incluso de la doctrina científica. Conviene aclarar además que esa tarea no aparece limitada exclusivamente a los sistemas normativos vigentes sino también al derecho y a las instituciones históricas, así como a los supuestos histórico-sociológicos de los sistemas o instituciones que se estudien, por lo que el iuscomparatismo se desenvuelve no sólo en la perspectiva dogmática, sino también en la histórica y sociológica.

En virtud de esa depuración y fijación de su temática se ha entendido modernamente que el objeto inmediato y común del derecho comparado “consiste en comprobar positivamente, por medios determinados y con un objeto fijo, lo que hay de particular y lo que hay de común entre dos o varios derechos nacionales o supranacionales, tomados en el más amplio sentido de la palabra” (Naojiro Sujiyama: “Essai d’une conception syntetique du droit comparé”, en *Recueil Lambert*, I, p. 50). Ese “objeto fijo” al que alude Sujiyama puede ser de naturaleza y alcance muy diversos y viene constituido por los fines aplicados o de segundo grado a los que se ordena la comparación de sistemas o instituciones, fines aplicados que en algún momento de la constitución del derecho comparado se han estimado como inherentes y sustanciales al mismo. Dichos fines son:

- la obtención de un sistema de principios ético-jurídicos, común a la humanidad civilizada o a los pueblos de una determinada cultura;
- la articulación de las formas lógicas fundamentales que constituyen el objeto de la teoría general del derecho;
- contribuir a la depuración y fijación del lenguaje jurídico, a la articulación de la ciencia del derecho en sus diferentes ramas y a la formación de los juristas;
- facilitar el mayor conocimiento del derecho en general y, de rechazo, una mejor comprensión de los rasgos y de la significación del propio derecho nacional;
- preparar las reformas legislativas;
- cooperar a la unificación legislativa o, cuando menos, a la aproximación, armonía y recíproco entendimiento entre los diferentes sistemas jurídicos (Cfr. René David: “Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos” (*Derecho comparado*). Trad. de la 2.ª ed. francesa, Madrid, 1968, pp. 7 y ss.).

II. La falta de fijeza del objeto propio del derecho comparado pudo llevar en algunos de sus desenvolvimientos, bajo los auspicios del empirismo jurídico positivista, a identificarlo con la filosofía del derecho e incluso a tratar de suplantar a la misma, constituyéndose así el derecho comparado en la única y auténtica filosofía del derecho posible (Austin, Mazzarella...). De todos modos la moderna epistemología jurídica ha subrayado con firmeza que el derecho comparado es, en el mejor de los casos, una ciencia, y nada más que una ciencia (otros sectores de la epistemología jurídica entienden que el derecho comparado constituye un simple método jurídico o bien un momento del proceso de integración de las ciencias jurídicas particulares o, cuanto más, una parte o capítulo de las mismas), no pudiendo arrogarse legítimamente cometidos propios de la filosofía del derecho ni, mucho menos, suplantarla.

Esta distinción entre filosofía del derecho y derecho comparado se sustenta y viene exigida por la diferencia de objetos formales, de fines y de métodos existentes entre ellos, pero conviene advertir que esa distinción no implica, ni mucho menos, separación o aislamiento entre ambos saberes, pues la filosofía y las ciencias jurídicas son dos niveles del conocimiento del derecho que necesariamente se requieren y complementan. La filosofía del derecho no puede elaborarse de espaldas a la problemática de la ciencia jurídica so pena de volverse estéril para la vida jurídica. De otro lado la ciencia jurídica no podría elaborarse rigurosamente si prescindiese del apoyo epistemológico y metodológico que le proporciona la filosofía del derecho.

Desde estos supuestos podemos ya acercarnos con más seguridad al problema de la significación de la filosofía del derecho y, concretamente, del derecho natural, para el derecho comparado.

En este sentido hay que subrayar, ante todo, la significación ontológica del derecho natural como supuesto previo para articular, en el ámbito de la filosofía del derecho, una auténtica criteriología y metodología de la ciencia jurídica.

El derecho natural constituye el tema fundamental de la filosofía jurídica en cuanto que nos proporciona un conocimiento radical y último acerca del ser del derecho; en cuanto que investiga los principios últimos sobre los que se articula y en función de los cuales se ordena la vida social, así como los criterios radicales de justicia que prestan contenido y validez al derecho. En cuanto tal, la teoría del derecho natural se constituye así en una auténtica ontología jurídica. En el derecho natural coinciden pues el tema ontológico, propio de toda metafísica, con el ético, característico de la filosofía moral, pues el derecho es un ser ético, configurándose así el derecho natural no como un estudio del ser en cuanto ser,

pura y simplemente, sino como un estudio de ese aspecto o dimensión del ser que es el ser ético y, de modo más concreto, el ente jurídico. Esta posición supone —frente a Kant y frente a todos los seguidores del dualismo metódico que han distinguido, dentro de la temática de la filosofía del derecho, una ontología y una axiología jurídicas— deducir el “debe ser” del “ser”, lo que entraña una fundamentación metafísica, ontológica, de la filosofía moral.

Frente a las concepciones de signo positivista que denuncian la superfluidad del derecho natural para la teoría y la práctica jurídicas. —“Toda filosofía del derecho [decía Gastón Jézé]— es una obra de imaginación, una novela escrita por un jurista, lo peor del género aburrido, monumento de orgullo y de inutilidad... y no es esto (añadía) pereza de espíritu sino una triste convicción de la inutilidad de la investigación que retrae a la mayoría de los juristas actuales de profundizar el problema del derecho natural”—hay que destacar como el planteamiento ontológico del derecho que supone el derecho natural, posibilita la sólida construcción de una criteriología y de una metodología jurídicas. En este sentido conviene precisar que el derecho natural es un tema necesario, indispensable, para la ciencia jurídica y para el mundo del derecho en general en cuanto que el derecho, en cierto modo, no es sino un conjunto de normas ético-políticas que sólo cobra pleno sentido a la luz del derecho natural. De esta manera, si la filosofía del derecho es necesaria desde el punto de vista de las ciencias jurídicas particulares en cuanto que ella, como *epistemología* y *metodología jurídicas*, es la única que puede ordenar las categorías mentales para la mejor comprensión del material jurídico y discernir sobre la posibilidad, notas y exigencias del saber científico del derecho, así como acerca de los métodos más adecuados para el estudio y la aplicación del mismo, resulta que eso sólo puede hacerlo rigurosamente en virtud de un planteamiento metafísico, ontológico, de esa problemática, lo que quiere decir, en otros términos, que ello sólo es suficientemente posible en conexión con la doctrina del derecho natural que es la que posee, en cuanto ontología jurídica la respuesta última acerca de lo justo.

La *epistemología o criteriología jurídica* entendida como investigación filosófica de la aptitud de la razón humana para el conocimiento de la verdad de lo jurídico, así como de los límites de ese conocimiento, esto es, como aquella disciplina que investiga las condiciones de validez tanto del saber científico, como del filosófico acerca del derecho, resulta posible en virtud del planteamiento ontológico de lo jurídico: “sólo cuando la investigación gnoseológica, lógico-analítica, se funda en los principios de una ontología jurídica, adquiere el rango de tema filosófico, y su carácter

alcanza con ello una dimensión crítica” (Mariano Hurtado Bautista: “Filosofía del Derecho”, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix. T. IX, Barcelona, 1958, p. 813).

La filosofía del derecho, en cuanto lógica jurídica, desemboca en la investigación científica *del método*, en una teoría del uso de las leyes lógicas referentes a la investigación científica del derecho y a su aplicación práctica. Ello es una perspectiva más a la que se abre el planteamiento ontológico del derecho respecto del cual la metodología jurídica, en cuanto sistema de reglas técnicas y de procedimientos ordenados al conocimiento y a la realización de lo justo, presenta un carácter subordinado. En este sentido ha señalado Federico de Castro: “Método significa dirección dada al conocimiento respecto a un objeto; camino para conseguir un saber teórico o para poder convertir en realidad práctica la teoría. Es necesario saber a donde se va antes de preguntarse cómo se va mejor. Se requiere partir de la idea del ser del derecho para poder determinar con exactitud el método jurídico a seguir” (Derecho Civil de España. Vol. I. Madrid, 1955, pp. 489 y 490). Y M. Hurtado Bautista subraya: “Cuando la lógica jurídica tiene sus raíces en el tema ontológico del derecho y no es, en relación con la consideración universal del derecho, sino una dimensión analógica de la lógica y la gnoseología filosófica como tales, ofrece a la filosofía del derecho los supremos principios y las leyes o métodos del pensamiento jurídico, sus posibilidades para aprehender la *veritas ontológica* de lo jurídico” (Op. cit., p. 810).

Vista así la virtualidad del planteamiento ontológico del derecho para la teoría y para la práctica jurídicas puede comprenderse mucho mejor la significación del derecho natural en el ámbito del derecho comparado.

Desde esa perspectiva lo primero que llama nuestra atención es la insuficiencia de los programas y de las realizaciones del iuscomparatismo desde los planteamientos del positivismo jurídico, y la necesidad de un replanteamiento de los mismos a partir de los supuestos epistemológicos de la filosofía del derecho tradicional y, concretamente, de un derecho natural, material y concreto.

El derecho comparado, vinculado por una relación de genealogía con el positivismo jurídico y con el legalismo, acusa, en su planteamiento originario, una insuficiencia que se manifiesta en dos direcciones fundamentales: la primera, mostrándose incapaz, en su formulaciones de tipo sociológico y generalizador, de encontrar las leyes y principios que rigen las líneas fundamentales de la evolución del derecho, porque el derecho, en su génesis y desarrollo, no responde a los principios de las ciencias de la naturaleza. Por esta razón los métodos de dichas ciencias resultan inadecuados para el derecho comparado, y los primeros objetivos que éste se propuso

(programas de la Etnología Jurídica y de la Historia Universal del Derecho) parecen inalcanzables desde esos planteamientos iuspositivistas. (Cfr. Armijon, Nolde y Wolff: "Traité de Droit Comparé". T. I. Paris, 1959, pp. 27 y ss.).

La insuficiencia del derecho comparado, en su versión positivista, se manifiesta, en una segunda perspectiva, en su pretensión de suplantar a la filosofía del derecho, de constituirse en la única filosofía jurídica posible, porque el derecho comparado es incapaz de darnos las respuestas últimas acerca del concepto, de la esencia y del fin del derecho.

Frente a estas limitaciones la filosofía del derecho, en cuanto epistemología y ontología jurídicas, puede contribuir de modo decisivo y fecundo a los estudios del derecho comparado. La filosofía del derecho, en cuanto epistemología jurídica, tiene la última palabra acerca de la posibilidad, autonomía y métodos del derecho comparado y, en cuanto ontología jurídica, fundamenta la respuesta adecuada acerca del objeto y del fin de la comparación.

Desde un planteamiento ontológico, iusnaturalista, el derecho comparado puede dar una respuesta justa al problema de la semejanza existente entre los diferentes sistemas jurídicos, semejanza que obedece fundamentalmente a la esencial unidad de la naturaleza humana, de sus exigencias y necesidades (Cfr. Adolf F. Schnitzer: *Vergleichende Rechtslehre*. Band I. Basel, 1961, pp. 69 y ss. Luis Legaz y Lacambra: *op. cit.*, pp. 21 a 26, 27, 35 y ss.). Pero aparte de que los diferentes sistemas jurídicos posean elementos comunes, debidos unas veces a la unidad de la naturaleza humana, a la que el derecho trata de servir, y otras, a influjo recíproco y a la comunicación entre los pueblos, cada sistema jurídico particular posee caracteres propios que, con frecuencia, ocultan y disimulan los comunes y desde los cuales es difícil ascender a una visión tan completa del fenómeno jurídico que permita comprender y relacionar rectamente los diferentes aspectos de los diversos sistemas jurídicos con los que el derecho comparado trabaja. Por eso el derecho comparado encuentra un sólido punto de apoyo, para la realización de su tarea, en la filosofía del derecho la cual, en cuanto derecho natural y teoría fundamental del derecho, pone a disposición del iuscomparatista los principios éticos y las categorías lógico-formales precisas para su trabajo científico. Así se comprende como Aristóteles fue un gran comparatista, entre otras cosas, gracias a los apoyos ontológicos que el estudio comparado de las constituciones encontró en su iusnaturalismo —Aristóteles llevó a cabo un estudio comparado de las constituciones políticas de los diferentes pueblos, no a través de un proceso inductivo y generalizador, como modernamente se ha hecho, sino sobre el supuesto de lo "justo natural"—. (Cfr. Walter

Schönfeld: "Grundlegung der Rechtswissenschaft". Stuttgart und Köln, 1951, p. 169; G. Mondrud: *Aristóteles Athenaeernes Statsforfatning*". Copenhagen, 1938, p. 16).

El derecho comparado necesita pues, como un supuesto previo de su desenvolvimiento, de esa fundamentación filosófica, ontológica, que estaba implícita en Aristóteles y que más tarde trataría de cubrir esa pieza movediza del "ius gentium" romano, que no supo aprovechar suficientemente el legado del estoicismo. La doctrina moderna, desde distintos supuestos epistemológicos, ha subrayado esa necesidad. Así *Gumersindo de Azcárate*, en su ya citado "Ensayo de una Introducción al Estudio de la Legislación Comparada" (pp. 83 y 84) sostiene: "...al hablar de comparar legislaciones, surge, ante todo, la idea de que es para estimar su bondad o justicia respectiva; lo cual no puede alcanzarse con la mera comparación de las mismas entre sí, sino que es necesario referirlas a algo superior a ambas: y al mismo tiempo, hecho este doble juicio, se produce de suyo la comparación directa de las dos legislaciones antes referidas a un tercer término; siendo de notar, que, aun cuando se entendiera la comparación directa de dos legislaciones, siempre sería preciso un elemento "a priori", puesto que sin él es de todo punto imposible determinar y delimitar, por ejemplo, una institución jurídica, ni compararla con la misma de otra legislación, en cuanto es necesario conocer los elementos esenciales que la constituyen, para estimarlos en su debida relación en cada una de sus manifestaciones, y poder caracterizar la de cada país o la de cada época por la distinta combinación de aquellos elementos o predominio de uno de ellos".

Por su parte *Giorchio Del Vecchio* ha subrayado con firmeza la necesidad que siente el derecho comparado, en orden a su constitución, "de terminar lógicamente lo que se ha de entender por derecho, esto es, los elementos de que esencialmente depende la juricidad, el ser jurídico de un fenómeno... El acopio y selección de los fenómenos jurídicos —añade— no sería, en efecto, posible sin la guía y sin el fundamento de un esquema conceptual que debe estar por lo menos latente ya en nosotros al comenzar la selección y la coordinación de los datos. Sólo y exclusivamente dicho esquema produce y mantiene la unidad de la investigación que tiene siempre por objeto el derecho, no obstante las diferencias a veces grandísimas que se mantienen en el contenido de los fenómenos jurídicos examinados; sólo y exclusivamente dicho esquema hace posible la comparación de tales fenómenos, la cual tiene precisamente por requisito un elemento de identidad que subsiste y se reconoce constantemente a través de la variación de los términos comparados... Si la ciencia del derecho universal comparado —concluye diciendo, más adelante— es tributa-

ria de la esfera de la experiencia, alimentándose de los datos de la fenomenología jurídica, tiene, sin embargo, toda una serie de premisas y de engranajes filosóficos, sin los cuales necesariamente se derrumbaría". (La ciencia del derecho universal comparado, en *Hechos y Doctrinas*. Madrid, 1942, pp. 69, 70 y 78).

Ahora bien, la significación de la filosofía del derecho y, concretamente, del iusnaturalismo para el derecho comparado no se agota en procurar los apoyos ontológicos precisos que hagan posible la comparación sino que presenta una mayor virtualidad constituyéndose en supuesto necesario de la "efectiva" realización de los fines específicos a los que sirve el derecho comparado. Así, dejando a un lado la incuestionable función que el derecho natural desempeña en la mejor comprensión y crítica de los sistemas de derecho positivo y en la formación de los juristas en general, conviene subrayar la significación del mismo en relación con el desenvolvimiento de una teoría general del derecho de auténtico rango filosófico (teoría fundamental del derecho), con el mejor y más seguro desarrollo de la política jurídica y con la armonía y recíproco entendimiento de los diferentes sistemas jurídicos, tareas éstas a las que de modo más o menos sustancial han aparecido vinculados, en sus diversos planteamientos, los programas del iuscomparatismo.

La tradicionalmente denominada teoría general del derecho no es ni puede ser auténticamente filosofía jurídica sino sólo una ciencia de base empiriológica, pues la universalidad que pretende y caracteriza al saber filosófico no debe confundirse con la mera generalización. La consideración lógico-analítica del derecho, si de verdad no quiere frustrarse como auténtico estudio filosófico y verse reducida, en el mejor de los casos, a una teoría del derecho positivo, requiere un planteamiento de base ontológica, iusnaturalista, para desde ahí extraer el concepto universal del derecho y las formas permanentemente válidas de lo jurídico. Es más, la teoría fundamental del derecho se enraiza directamente, como tema de la filosofía jurídica, en el estudio ontológico del derecho, como una exigencia de este mismo que reclama a su vez, so pena de frustrar su objeto, el estudio lógico-formal de la realidad jurídica.

El derecho natural presenta, por otro lado, una dimensión crítica de singular importancia en el proceso de transformación y perfeccionamiento del orden del derecho, posibilitando así, en cuanto ideal del derecho, el desenvolvimiento riguroso y seguro de la política jurídica. El iusnaturalismo no agota su tarea al respecto con ofrecer un firme asidero ontológico a la política jurídica sino que debe además esforzarse, como señala Recasens Siches, en cumplir otra misión: "la de establecer el puente entre sus primeros principios y los problemas de una política legislativa y una

política judicial justa... (En este sentido, añade) algunos iusfilósofos contemporáneos se han esforzado y se están esforzando en formular directrices que sirven como criterio para la elaboración de normas jurídico-positivas tanto legislativas como judiciales, en asuntos particulares" (Tratado General de Filosofía del Derecho, México, 1965, p. 614).

Por último hay que hacer notar que la armonía y el entendimiento recíproco en el orden internacional, que se ha perfilado modernamente como uno de los fines de "posible" realización por el derecho comparado, sólo puede cuajar sólidamente y echar raíces sobre los supuestos de un auténtico "humanismo", en donde la tradición iusnaturalista debe jugar un papel de especial importancia. A este respecto resulta ya significativa la idea del "ius gentium" romano, como un derecho observado por todos los pueblos que sirvió de base a sus relaciones recíprocas y a su entendimiento mutuo, porque se fundaba sobre sus necesidades comunes, aunque con las modificaciones que imponían las diversas circunstancias.

Agosto de 1972.

