

CAPÍTULO XXXV

EL DERECHO COMPARADO EN LA INVESTIGACIÓN

MANUELA DURÁN BERNARDINO

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

1. ASPECTOS CLAVES

La investigación jurídica española en ámbitos comparados, así como la formación de investigadores en este campo científico, no está teniendo el desarrollo deseado en la actualidad al no existir todavía un área de investigación específica de Derecho comparado¹. Las Facultades de Derecho de las Universidades Españolas no le han dado al Derecho comparado el espacio que merece, lo que ha provocado que la formación en metodología jurídica comparada de los investigadores sea, cuando menos, escasa, teniendo que enfrentarse con gran esfuerzo a la utilización del método comparatista en sus trabajos de investigación para elaborar sus trabajos jurídicos con contenidos de derecho comparado.

Una prueba de la falta de atención mostrada a la metodología jurídica comparada la encontramos actualmente en los trabajos fin de grado, máster y doctorado. Si hacemos una revisión de su normativa reguladora, proporcionada por la Facultad de Derecho (en el caso de los TFG)² o por la escuela de posgrado (si se trata de TFM), nos damos cuenta que, salvo alguna excepción, por regla general no se hace referencia alguna al método comparado, dejándose, eso sí, amplio margen de elección a los alumnos y tutores para la elección de la metodología a utilizar en el desarrollo de la investigación. Sin embargo, lo cierto es que pese a todo, la mayoría de trabajos jurídicos de investigación incluyen una parte de derecho comparado, y ello se debe a su importancia para todas las ramas jurídicas y todas las disciplinas jurídicas, por sus numerosos aportes al derecho y por la proyección científica que implica en la formación de los investigadores.

En primer lugar, la metodología jurídica comparada nos permite confrontar las semejanzas y las diferencias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo con la finalidad de comprender y mejorar el sistema jurídico de un determinado país.

Con carácter general, el derecho comparado permite que el derecho evolucione, proponiendo para tal efecto comparaciones o trasplantes, fusiones, escisiones entre otros tantos supuestos de derecho comparado, lo cual debe motivar estudios de esta importante pero descuidada disciplina jurídica.

¹ MORÁN, G. M., *El derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, ISSN 1138-039X, Nº 6, 2002.

² Concretamente, el artículo 4.8 de las Directrices sobre el desarrollo de los Trabajos Fin de Grado en el título de Grado en Derecho de la Universidad de Granada (aprobado en Junta de centro de 14 de mayo de 2014, modificadas parcialmente en sesión de Junta de Centro de 25/03/15), establece que estos trabajos deberán ajustarse a algunas de las modalidades recogidas en las Directrices Generales de la Universidad de Granada (Directriz 2.2).

Tiene importancia para todas las ramas del derecho y todas las disciplinas jurídicas por sus numerosos aportes al derecho y por la proyección científica que implica en la formación de los investigadores.

Es la conjunción entre estos dos factores (escasa formación de los alumnos en esta metodología y la importancia que tiene para su formación), lo que hace oportuno el estudio de la metodología jurídica comparada por todos los estudiantes de derecho a efecto de conocer las diferencias y similitudes entre distintas familias jurídicas y distintos sistemas jurídicos; y necesario explicar cómo se debe hacer un estudio de derecho comparado. Para ello, en esta comunicación se explican las diferentes etapas a seguir para realizar un análisis de derecho comparado, destacándose las principales dificultades a las que se enfrenta el investigador.

Dado el interés que suscita y la proyección científica que implica en la formación de los investigadores, se espera que este trabajo sea de utilidad práctica para quienes estén interesados en la comparación jurídica.

2. PRINCIPALES DIFICULTADES AL EMPLEAR EL MÉTODO COMPARADO EN LA DOCENCIA E INVESTIGACIÓN

A la hora de utilizar el método comparado el investigador se enfrenta a numerosas dificultades que ha de superar, entre las que cabe destacar:

a. La principal dificultad a la que se enfrentará el investigador reside en los problemas derivados de las diferencias lingüísticas, semánticas y terminológicas. El léxico jurídico difiere notablemente de unos sistemas a otros con diversos lenguajes, no existiendo una terminología común, lo que da lugar a errores fruto de una deficiente traducción. Un error muy frecuente es la utilización de sinónimos de términos que nos parecen semejantes pero que su significado no es el mismo debido a la diversa traducción jurídica de donde proceden, como por ejemplo la traducción del término «ley» (norma) y el vocablo inglés «law» (derecho), términos que no se deben equiparar.

b. En segundo lugar, y no de menor importancia, las diferencias culturales no deben ser ignoradas por el investigador que emplee el método comparado. Los sistemas jurídicos están influenciados por la cultura y por la sociedad en su conjunto.

c. En tercer lugar, se debe evitar tomar el sistema propio como el más adecuado y trasladar sistemática y conceptualización jurídica a otros sistemas jurídicos. A tal fin, es necesario estudiar profundamente el sistema jurídico ajeno, lo que permitirá comprender sus propias estructuras e identidad, evitando así imponer el modelo jurídico del que partimos o descartar el ajeno por la simple falta de conocimiento sobre el mismo.

d. En cuarto lugar, la comparación debe ser viable, lo que se verá condicionado por factores socio-culturales, económicos, institucionales, culturales, etc., de cada sociedad.

e. El material de trabajo debe ser delimitado y clasificado con minuciosidad.

3. METODOLOGÍA EN LA COMPARACIÓN JURÍDICA. ETAPAS DEL ANÁLISIS COMPARADO

Se pueden distinguir cinco etapas que deberían seguirse por el investigador en la utilización del método comparado³: elección del tema objeto de comparación, búsqueda de información (normas, instituciones, bibliografía, etc.), identificación de analogías y diferencias en las soluciones adoptadas por los distintos sistemas estudiados, evaluación de las soluciones adoptadas en cada uno de los derechos confrontados.

A continuación se analiza cada una de ellas con ejemplos para facilitar su comprensión e implementación práctica.

³ De conformidad con los trabajos de la Escuela alemana juscamparartista y la de Análisis Económico del Derecho (AED), y con las aportaciones de autores como KAMBA: *Comparative law: a theoretical framework*, 1972, 23 *international comparative Law Quarterly*; y DE CRUZ (*Comparative Law in a Changing World* (2n ed. London, 1999).

3. 1. Materia objeto de comparación

La primera fase del derecho comparado es la elección del *tema objeto de comparación* y su contexto social, económico y jurídico. Consiste en ubicar un punto de partida común (*tertiumcomparationis*) un problema, una necesidad social, real que comparten dos o más países o sociedades a los cuales se requiere aplicar el análisis comparativo.

A modo de ejemplo: el tema elegido es la *protección jurídico-social de las personas en situación de dependencia* (son las personas que por razones derivadas de la edad o discapacidad necesitan ayuda de otra persona para realizar las actividades básicas de la vida diaria). Este tema de investigación permite realizar un estudio de derecho comparado básicamente por tres motivos:

a. Se trata de un problema social, como es el envejecimiento de la población, compartido por la gran mayoría de los países europeos.

b. A nivel europeo el envejecimiento de la población ha sido percibido como un nuevo riesgo que precisa ser protegido por los entes públicos, por lo que se han ido aprobando un conjunto de normas, un entramado jurídico para dar respuesta a esta situación, adaptado en cada país a su estado de bienestar y a su contexto social, económico y cultural (lo cual da como resultado un panorama comparado muy heterogéneo).

c. El tema elegido permite realizar una evaluación de resultados ya que las primeras respuestas se gestaron en la década de los noventa los países pioneros en esta materia fueron Alemania (1995) y Francia (1997), por lo que se puede estudiar no sólo la solución adoptada, sino también el recorrido e implantación efectiva en los diferentes modelos de protección a las personas en situación de dependencia y analizar los resultados obtenidos desde una perspectiva de derecho comparado.

La principal dificultad a la que el investigador se enfrenta en esta fase es la delimitación de la materia, de manera que nos permita obtener buenos resultados sin que nos veamos desbordados con la investigación. No es fácil enfrentarse a una investigación, y cuando tenemos que estudiar diferentes ordenamientos jurídicos la investigación se complica.

3.2. Búsqueda de información

La segunda fase consiste en encontrar las normas, instituciones o procesos jurídicos con los que los países examinados han intentado resolver el problema o necesidad que comparten, (las soluciones jurídicas del problema). En esta fase se estudiará el funcionamiento de cada sistema jurídico y su aplicación práctica, teniendo en cuenta que el resultado puede ser muy diverso de país a país sin que esto prive del significado a la comparación. Se debe prestar especial atención a la terminología y a su adecuada traducción.

En definitiva, se estudiarán en paralelo los sistemas jurídicos describiendo su forma de actuar, sus estructuras, fuentes, nociones jurídicas sobre las que se asienta, y los problemas jurídicos que conlleva su aplicación.

En primer lugar, es importante que estudiemos y analicemos muy bien el sistema jurídico propio, lo que nos permitirá conocerlo para a continuación realizar el estudio comparativo.

En el ejemplo expuesto, se parte del modelo de protección social a las personas en situación de dependencia instaurado en España, estudiando y analizando su marco normativo, aplicación, desarrollo y resultados obtenidos.

Una vez comprendido el sistema jurídico propio, se estudian otro u otros sistemas jurídicos que nos permitan realizar el estudio comparado.

En el ejemplo tratado, el análisis comparado se realizó a nivel europeo, estudiando los cuatro modelos de protección de las personas en situación de dependencia existentes: modelo nórdico (consolidado en Dinamarca, Finlandia, Suecia, Noruega y Holanda), modelo anglosajón (Reino Unido e Irlanda), modelo continental (instaurado en Austria, Alemania, Luxemburgo y Flandes) y el modelo mediterráneo (Italia, España). A tal fin, se crearon grupos donde se engloban ordenamientos jurídicos similares, siendo cada grupo diferente respecto a los demás.

Las principales dificultades que presenta esta etapa son fundamentalmente dos. Una, en la búsqueda de información y otra en el idioma.

a. Búsqueda de información.

Se deben utilizar fuentes de información adecuadas y serias. Las universidades españolas disponen de una amplia base de datos (Westlaw – Aranzadi Instituciones, Tirant Online, V-Lex, La Ley Digital, Dialnet, Ciss Online, entre otras muchas), que nos permite acceder al material bibliográfico que necesitemos sin demasiada dificultad. Además, cuenta con convenios que nos permite acceder a material no disponible en nuestras bibliotecas pero si en otras a nivel andaluz (Cbua) y nacional (catálogo Rebiun). Un paso más se ha dado recientemente en esta filosofía de préstamos interbibliotecario con la aprobación de un proyecto internacional que permite acceder a cualquier libro, revista, informe o documento que se encuentre en cualquier biblioteca del mundo. Se trata de un proyecto interesante, especialmente en el caso del estudio comparado, puesto que nos permite acceder a las bases de datos de todas las universidades sin que la distancia sea un impedimento para acceder a un material que consideramos interesante en nuestra investigación.

b. Idioma.

Se debe prestar especial atención a la terminología y a su adecuada traducción.

En un principio, para tener un primer acercamiento con la materia podemos empezar a trabajar con informes en castellano (en el ejemplo expuesto fueron muy útiles los informes de Gobierno para la Evaluación de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia) o estudios de otros autores que hayan realizado un estudio comparado en la materia que se quiere abordar. A continuación, es conveniente acceder a los textos normativos originarios y a publicaciones realizadas en el país cuyo sistema jurídico se está estudiando.

Para abordar el estudio comparado expuesto a modo de ejemplo el país seleccionado para realizar una estancia fue Italia, ya que su modelo de protección a las personas dependientes es muy próximo al nuestro, al igual que su contexto social, económico y cultural.

El idioma no debe ser un impedimento en el desarrollo de nuestra carrera profesional, aunque lo cierto es que en el caso de un trabajo fin de grado o máster es complicado realizar una estancia por cuestiones de tiempo que durante el desarrollo del doctorado.

Si no existe esta posibilidad siempre está la opción de contar con traductores que pueden facilitar el trabajo de la traducción, no obstante, es importante que además de conocer el idioma se tengan conocimientos jurídicos para que la traducción sea más correcta.

3.3. Identificar semejanzas y diferencias entre los sistemas jurídicos comparados

La tercera fase pretende identificar las analogías y diferencias en las soluciones adoptadas en respuesta al mismo problema por los sistemas estudiados, así como encontrar las razones que puedan explicarlas. En esta etapa debe tenerse en cuenta el contexto socio-cultural, económico y político para percibir con mayor destreza dichas similitudes y diferencias.

	MODELO NÓRDICO	MODELO ANGLOSAJÓN	MODELO CONTINENTAL	MODELO MEDITERRANEO
PROTECCIÓN	UNIVERSAL	ASISTENCIAL	UNIVERSAL	UNIVERSAL
PRESTACIÓN	SERVICIOS/ ECONÓMICA	SERVICIOS/ ECONÓMICA	SERVICIOS/ECONÓMICA	SERVICIOS/ ECONÓMICA
COBERTURA	PARTE DEL RIESGO	PARTE DEL RIESGO	PARTE DEL RIESGO	PARTE DEL RIESGO
FINANCIACIÓN	PÚBLICA/COPAGO	PÚBLICA/COPAGO	COTIZACIONES/IMPUESTOS/ COPAGO	IMPUESTOS/ COPAGO
DESCOORDINACIÓN SANITARIA	-----	-----	-----	-----
SOSTENIBILIDAD FINANCIERA	-----	-----	-----	-----
REGULACIÓN	INESPECÍFICA	INESPECÍFICA	ESPECÍFICA	ESPECÍFICA
CUIDADOS	PROFESIONALES	FAMILIARES	PROFESIONALES	FAMILIARES
SISTEMA			PÚBLICO	PÚBLICO

Este es el cuadro resultante del análisis comparado realizado en el trabajo de investigación expuesto a modo de ejemplo, donde claramente se pueden ver las semejanzas y diferencias entre los sistemas jurídicos analizados. Lo cierto es que se llegó a la conclusión de que existe una tendencia hacia la convergencia de los modelos europeos de protección social a la dependencia en aras a la construcción de un bloque común en esta materia. No obstante, esta tendencia se ve fuertemente contrarrestada por las diferentes líneas seguidas por cada uno de los Estados Miembros como fruto de su fidelidad a los diferentes tipos de Estados de Bienestar implantados en Europa. Por ejemplo, en el modelo nórdico no existe una regulación específica, sino que como mecanismo de reacción ante el envejecimiento de la población, fueron extendiendo progresivamente la red de servicios sociales municipales a medida que la demanda social fue aumentando.

Las soluciones adoptadas por los diferentes países tiene una justificación clara, y es que los nuevos sistemas implantados parten de sus mecanismos protectores tradicionales (es decir, no parten de 0 en la protección de las personas dependientes, sino que ya contaban con algunos mecanismos de atención, en unos casos más desarrollados que en otros). Esta situación da como resultado un panorama comparado muy heterogéneo a nivel europeo, reflejo de los diferentes modelos en los que se inserta la protección de la dependencia. Un claro ejemplo de ello lo tenemos en el modelo de protección social a la dependencia adoptado por los países nórdicos, que encuentra su justificación en el sistema de servicios establecido previamente y en los principios y valores, políticos y sociales, en los que se sustenta. La transición demográfica se produjo pronto en los países nórdicos, por lo que antes se enfrentaron a los cambios en los modelos de familia y antes invirtieron en servicios comunitarios. Si no se hubiese producido la inversión en servicios comunitarios, la demanda se hubiera dirigido hacia las clínicas u hospitales, resultando ser una alternativa más cara y menos apropiada dados los cuidados que requieren las personas en situación de dependencia.

3.4. Valoración de las soluciones adoptadas y los resultados obtenidos

La cuarta fase consiste en evaluar las soluciones adoptadas en cada uno de los derechos confrontados, su eficacia o eficiencia, en el sentido de buscar cual es el mejor adaptado a una situación histórica determinada.

Para evaluar las soluciones adoptadas y determinar el éxito o fracaso de las mismas se analizaron los resultados obtenidos a lo largo de los años por los diferentes países en lo que se refiere al grado de protección de las personas en situación de dependencia, comprobando que los modelos europeos de protección a la dependencia más avanzados son el continental y el nórdico, en los que se ha inspirado el modelo de protección español. Concretamente, se determinó que el modelo de protección que había demostrado ser más garantista ha sido el continental, ya que al integrar la protección de las personas dependientes en el sistema de seguridad social se garantiza su reconocimiento como derecho subjetivo pleno y universal a las personas dependientes y una cobertura uniforme, equitativa y pública a todos los ciudadanos.

4. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, se destacan a continuación los motivos claves por los que la utilización de la metodología de derecho comparado es útil en los trabajos de investigación a realizar y en los proyectos que en un futuro se emprendan.

a. El trabajo se verá enormemente enriquecido por las soluciones adoptadas en los sistemas jurídicos estudiados. Permite abstraerse del sistema protector instaurado en España, observando que quizás la solución adoptada no es la más correcta.

b. Permitted hacer propuestas de mejora. En el ejemplo expuesto se llegó a la conclusión de que la solución adoptada en Alemania podría ser perfectamente viable en España y así se reflejó en las conclusiones del trabajo de investigación, como una propuesta para contribuir a la evolución positiva de la regulación vigente y a la mejora de las instituciones creadas, siendo esta la finalidad que había guiado la realización del estudio comparado.

c. E igualmente permitió saber que nuestra sociedad camina hacia las pautas jurídicas establecidas en los sistemas jurídicos más avanzados a nivel europeo.

Por todo lo aquí explicado y la experiencia adquirida, se emplaza a todo investigador y docente a utilizar la metodología de derecho comparado en los trabajos de investigación que emprender en el ámbito académico y/o profesional, así como en las aulas.

5. BIBLIOGRAFÍA

DE CRUZ: *Comparative Law in a Changing World*, 2n ed. London, 1999.

FIX ZAMUDIO, H. «La importancia del derecho comparado en la enseñanza jurídica Kamba»: *Comparative law: a theoretical framework, international comparative Law Quarterly*, 23, 1972.

GARCÍA CANTERO, G: *Estudios de derecho comparado*, El Justicia de Aragón, Aragón, 2010.

GUAYO CASTIELLA, I.: «Derecho comparado: el contexto europeo», en VV.AA. MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Derecho de la regulación económica*, Vol. 3, Tomo 1, 2010.

LONASCO, A.: «Importancia del derecho comparado en la enseñanza del Derecho», Seminario de profesores de la Facultad de derecho, 1985.

MACERA TIRAGALLO, B.: «Una metodología para el Derecho comparado europeo», *Revista de Administración Pública*, Nº 169, 2006.

MORÁN, G. M.: *El derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, ISSN 1138-039X, Nº 6, 2002.

WASMANA, M. P. «Enseñar derecho comparado en el siglo XXI», *Revista sobre Enseñanza del Derecho*, Nº. 11, 2008.