DERECHO COMPARADO. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN*

COMPARATIVE LAW. A FIRST VIEW

*María Elisa Morales***

RESUMEN: Este trabajo presenta una síntesis de temas fundamentales en el ámbito del derecho comparado, con el objetivo de ofrecer una introducción concisa a esta disciplina. Se pone especial énfasis en aspectos clave, como los objetivos, los métodos y los trasplantes legales. La metodología utilizada es descriptiva, respaldada por un análisis de la doctrina más relevante en este campo.

PALABRAS CLAVE: derecho comparado, trasplantes legales, método comparado.

ABSTRACT: This paper offers a synthesis of some fundamental topics in the field of comparative law, with the purpose of providing a concise introduction to this discipline. Special emphasis is placed on certain key topics of comparative law, such as its objectives, methods and legal transplants. The methodology adopted is descriptive, supported by an analysis of the most relevant doctrine in this area.

KEYWORDS: comparative law, legal transplants. comparative method.

---

* Este artículo surge de la preparación de la asignatura de Derecho Comparado que he impartido en los programas de doctorado en derecho de la Universidad Austral de Chile –junto a la profesora María Paz Gatica– y Universidad de La Sabana, Colombia. Agradezco a Diego Nichi por su colaboración en los aspectos formales del trabajo.

** Doctora en Derecho. Académica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile. Correo electrónico: maria.morales@uach.cl

Introducción

Definir el derecho comparado es "fácil y difícil a la vez"[1]; es fácil en el sentido de que puede definirse como la comparación de normas jurídicas, conceptos, categorías o instituciones en un sistema con las de otro; pero es también difícil porque esa definición está plagada de ambigüedades. Por cierto, que se trata de un asunto complejo. El debate incluye variados aspectos que van desde la cuestión de si se trata de una disciplina o un método, a cuál debiese ser su denominación más correcta[2]. No obstante, es innegable la importancia que ha cobrado, lo cual se refleja en la proliferación de: revistas, blogs, asociaciones, congresos y artículos especializados en la materia. A estas alturas, se afirma que el derecho comparado se ha vuelto "indispensable para todos los investigadores doctorales, jueces y legisladores"[3].

Ahora, esta disciplina[4] tiene una evolución que es necesario mencionar aquí. Se dice que el derecho comparado contemporáneo se desarrolló como respuesta a la fragmentación de las leyes europeas tras la codificación[5]. Su llegada al mundo científico se suele situar en el "Congreso Mundial de Derecho Comparado" celebrado en París en 1900[6]. Desde entonces se habla de una perspectiva "tradicional", caracterizada por centrarse en el derecho privado de los principales sistemas jurídicos occidentales y por un gran protagonismo del método funcional[7].

En un resumen muy minimalista, la concepción tradicional se divide en tres partes: descripción de normas jurídicas, análisis comparativo y evaluación crítica. En dicho esquema, una pregunta funcional suele ser el punto de partida y guía de la investigación[8]. Esta estructura tradicional se ha caracterizado por un gran énfasis en la similitud, por lo tanto, se le relaciona con el objetivo de reducir las diferencias entre sistemas jurídicos y propender hacia la armonización o la unificación.

Luego, como una reacción, surge el denominado "derecho comparado moderno"[9] o "posmoderno"[10], que se diferencia del tradicional por agregar el ele-

[1] Samuel (2014) pp. 10-13.

[2] Al respecto véase Örücü (2007) pp. 44-47.

[3] *Op. cit.* p. 44.

[4] Si es que se está de acuerdo con esa afirmación, pues algunos sostienen que se trata de un método. Al respecto véase Mancera (2008) pp. 214-218.

[5] Glenn (2023) p. 57.

[6] Ancel (1971) p. 18.

[7] Husa (2024) p. 15.

[8] Siems (2022) p. 139.

[9] Husa (2024) p. 30.

[10] Siems (2022) p. 141.

mento de las diferencias al análisis. Este último desafía la concepción tradicional con un enfoque más escéptico. Esta perspectiva se centra en las diferencias entre los sistemas jurídicos, reconociendo que bajo estructuras aparentemente similares pueden existir significados distintos. Como explica Mathias Siems[11], bajo esta concepción, el principal objetivo del derecho comparado no es identificar denominadores comunes entre los diversos sistemas, sino apreciar su complejidad.

Como se observa, el derecho comparado sigue un desarrollo orientado hacia la perfección de su técnica. La explicación de las nuevas tendencias no forma parte de los objetivos de este artículo, para lo cual se pueden consultar obras recientemente publicadas[12].

No obstante, la crítica a la concepción tradicional dominada por el funcionalismo, es este el enfoque que predomina[13]. De ahí la importancia de conocerlo, por lo menos en sus rasgos fundamentales. Es por ello que en esta ocasión, el interés radica en ofrecer una síntesis introductoria de lo que tradicionalmente se ha entendido por derecho comparado, mediante la explicación de sus funciones u objetivos principales, su relación con los trasplantes legales y una descripción del método funcional.

I. Las funciones del derecho comparado

En el contexto de una investigación jurídica surgen las interrogantes de: cuándo, por qué o para qué usar el derecho comparado. Esas preguntas se pueden responder recurriendo a las funciones del mismo[14]. Cómo explica Patrick Glenn[15], la idea de que el derecho comparado deba tener unos objetivos propios se generalizó en la medida que este pasó a ser reconocido como una disciplina. Hoy –continúa el autor– el razonamiento jurídico comparado es cada vez más evidente en casi todas las dimensiones del derecho. Es así como el derecho comparado está cada día más integrado en la ciencia jurídica como técnica fundamental. Incluso, se ha sostenido que debería considerarse una dimensión integral de todas las formas del quehacer jurídico[16]. En todo caso, es la pregunta de in-

[11] Siems (2022) p. 142.

[12] Véase Siems (2022) pp. 139-173.

[13] Kischel (2019) p. 14.

[14] Algunos autores hablan de "funciones" y otros de "objetivos", para referirse a los mismos tópicos. Así, por ejemplo, hablan de "las funciones y objetivos del derecho comparado" Zweigert & Kötz (1998) pp. 13-31. Otros autores solo se refieren a "objetivos" (*aims*), por ejemplo: Glenn (2023) p. 57 y Kischel (2019) pp. 45-59.

[15] Glenn (2023) pp. 57-65 y Kischel (2019) p. 14.

[16] Glenn (1999) p. 843.

vestigación la que implicará (o no) alguna forma de derecho comparado y determinará su uso. En esa decisión ayuda prestar atención a las funciones que desempeña.

En primer lugar, como cualquier disciplina, el derecho comparado contribuye al conocimiento[17], ya que frente a un problema puede brindar una gran gama de soluciones, mucho más amplia que si estudiamos tan solo el derecho nacional. Además, el empleo de este enfoque diluye los prejuicios de la nacionalidad, sirve para penetrar en diferentes sociedades y culturas, es de gran utilidad para los procesos de reformas de leyes, para el crecimiento del propio sistema y aporta al desarrollo de una actitud crítica que engendra más soluciones que las controversias doctrinales[18].

Además de los objetivos de mejora de la legislación nacional, deben considerarse otras aplicaciones más pragmáticas del razonamiento jurídico comparado[19]. Un ejemplo destacado es la armonización regional[20] o internacional del derecho, que implica ejercicios comparativos[21]. También se reconoce que el derecho comparado es una herramienta indispensable para ciertas formas internacionales de la práctica jurídica. De hecho, en la actualidad, la comparación de sistemas jurídicos e instituciones nacionales resulta esencial para diseñar estrategias y resolver asuntos transnacionales, así como en el ámbito de los arbitrajes internacionales[22].

En síntesis, siguiendo a Uwe Kischel[23], el derecho comparado facilita la comunicación entre los distintos sistemas jurídicos, destacando las diferencias culturales. Resulta de especial relevancia en la formación jurídica, pues evita la estrechez y el "narcisismo legal" o "provincialismo jurídico"[24], y amplía la perspectiva de los estudiantes al mostrar que las cuestiones jurídicas pueden resolverse o, incluso, abordarse, de formas diferentes a las del propio ordenamiento jurídico.

Además de todo lo anterior, el razonamiento jurídico comparado mejora la comprensión del derecho nacional, ya que, al compararse con soluciones extranjeras, se ponen de manifiesto tanto las fortalezas como las debilidades del sistema jurídico propio. También fomenta el interés por mejorar el sistema local mediante la influencia del derecho extranjero. De hecho, el derecho

[17] Zweigert & Kötz (1998) p. 34.

[18] *Ibid*.

[19] Glenn (2023) p. 62.

[20] Artículos que se refieren a armonización en Latinoamérica: San Martín, Salgado y Esborraz (2024) pp. 275-302 y De la Maza y Vidal (2024) pp. 303-358.

[21] Zweigert & Kötz (1998) p. 16.

[22] Ancel (1971) p. 18.

[23] Kischel (2019) pp. 45-59.

[24] Banfi (2004) p. 208.

comparado ayuda a identificar problemas y a encontrar soluciones modelo sin depender de la experiencia e imaginación propias, actuando, muchas veces, como ensayo o "prueba de campo jurídica". Es esencial que los conocimientos adquiridos en el extranjero se adopten en el país de origen con la cautela y el respeto necesarios hacia las diferencias legislativas y culturales, en lo que se conoce como un "trasplante por adaptación".

II. Trasplantes legales[25]

El principal objetivo del derecho comparado es conocer las soluciones que diferentes sistemas jurídicos extranjeros ofrecen a un determinado problema[26]. Por lo tanto, su estudio resulta valioso en contextos de procesos de reforma, cuando surge la idea de modificar normas locales o desarrollar soluciones jurídicas que respondan a una nueva necesidad. Así, el estudio del derecho extranjero suele tener algún papel en el proceso de formación de las leyes[27]. Es esta la función del derecho comparado que lo transforma en un instrumento para el cambio legislativo y que conecta con un tema clave en esta disciplina, los denominados "trasplantes legales".

Existe consenso respecto de que el término 'trasplante' en el derecho tiene, sin duda, una raíz metafórica tomada de la medicina por Otto Khan-Freund y Alan Watson. Ambos autores utilizaron el trasplante de órganos como metáfora para invocar la imagen de un sistema legal que adopta reglas o instituciones de otro sistema jurídico para implantarlas en el sistema nacional[28].

Ahora, determinar el significado preciso del término 'trasplante legal' no es sencillo, pues el asunto plantea "más preguntas que respuestas" y más "propuestas que estructuras plenamente consensuadas"[29].

Además, la denominación tiene varios sinónimos, ya que al término 'trasplante' se asocian otros tales como 'circulación de modelos legales', 'transferencias', 'recepciones', 'préstamos', o influencia del derecho extranjero, entre otros[30].

Luego, de entre las muchas definiciones que se pueden encontrar de trasplante legal, una que parece una perspectiva bien difundida, es aquella según la cual estos ocurren cuando el estudio de normas u otras fuentes de derecho

[25] En esta parte se sigue de cerca a Morales (2023) pp. 58-106.
[26] Zweigert & Kötz (1998) p. 15.
[27] Kischel (2019) pp. 54-59.
[28] Cairns (2013) p. 643.
[29] Kischel (2019) p. 60.
[30] Graziadel (2019) pp. 444-445.

extranjero conduce a los legisladores a integrar normas o instituciones legales específicas de leyes extranjeras en el derecho nacional[31]. Esta noción es tan amplia como para albergar todos los fenómenos relacionados.

Ahora, la noción se restringe cuando se asocia el fenómeno al uso de algún método comparado. En efecto, si se adopta una perspectiva idealista[32], el derecho comparado no debe confundirse con un simple conocimiento o descripción de un sistema jurídico extranjero o la caracterización de una norma puntual, o lo que podría ser, la simple referencia al derecho foráneo dentro del proceso de formación de las leyes o como una cita en una sentencia o en un artículo académico. Es así como se diferencia entre un trasplante legal producto del uso de algún método comparado de aquellos que no. El asunto es que un trasplante con derecho comparado debiese ser más eficaz porque entraña una reflexión y un método.

La conexión de la comparación con los trasplantes se sitúa bajo el enfoque dinámico del derecho comparado[33]. De ahí que la referencia a los trasplantes legales sea una herramienta conceptual útil para estudiar el movimiento de ciertas ideas jurídicas de un sistema determinado a otro.

Un caso típico y claro consiste en aquella situación en la que el legislador de un país promulga una nueva norma jurídica o institución que sigue, en gran medida, la de otro país[34], de modo que en los procesos de reforma o de redacción de leyes se constituyen como verdadero instrumento de política legislativa[35].

El trasplante suele no ser un evento único. Es un proceso continuo y complejo que involucra al legislador y a otros actores como académicos y profesionales del derecho. Recientemente, además, ha habido amplias discusiones sobre las citaciones de sentencias extranjeras en decisiones judiciales, lo que puede conceptualizarse también como una forma de trasplante legal[36].

Como es posible advertir, son múltiples los factores que intervienen en el proceso de adopción de una norma extranjera y, a su vez, muchos los factores

[31] Kischel (2019), p. 57.

[32] Tal y como apunta Mathias Reimann, la perspectiva idealista señala que el estudio del derecho extranjero no es derecho comparado, ya que este último se define por la comparación y, en el estudio del derecho extranjero no hay comparación alguna, pero es el primer paso del estudio comparativo. Bajo una perspectiva realista, el estudio del derecho extranjero podría ser catalogado como derecho comparado porque en la realidad es a este ejercicio al que los comparatistas dedican la mayor parte del tiempo. Así, es fácil reconocer conferencias, publicaciones, etc. bajo "la bandera del derecho comparado", donde no se hace comparación alguna, sino que se describe, crítica y se aprende de los sistemas extranjeros. Reimann (2012) p. 15.

[33] Golbach (2019) p. 10.2.

[34] Siems (2022) p. 232.

[35] Ferreira y Morais (2018) p. 32.

[36] Siems (2022) p. 232.

de interés para los comparatistas estudiosos de estos procesos. La discusión gira en torno a la consideración del contexto del cual se desprende la norma o institución objeto del trasplante y del país receptor, dado que este ejercicio no se produce en un "vacío cultural"[37].

Sobre la base de la importancia dada a la consideración del factor cultural en el proceso comparativo que acompaña a un trasplante, una posición doctrinal sostiene que no es posible separar la norma de su contexto –comprendido el derecho como un fenómeno arraigado en una específica cultura– y esto redundaría en que los trasplantes legales son imposibles[38]. Sin embargo, esta es una postura extrema, existiendo posiciones más temperadas[39], según las cuales existirían trasplantes autónomos, así como también otros que pueden ser caracterizados como no autónomos, siendo los primeros aquellos que versan sobre instituciones menos relacionadas con su lugar de origen, lo cual haría viable un trasplante. En este sentido, se asume que una consecuencia de la globalización de la economía es que las normas de contenido patrimonial, como lo son, por ejemplo, las que integran el derecho del consumo, se trasplantan con mayor facilidad, mientras que las normas relativas a asuntos más vinculados a la cultura del sistema de origen[40] –como el derecho sucesorio o de familia– son más resistentes a la recepción.

En todo caso, los trasplantes legales suelen justificarse más que en factores culturales, en razones de prestigio percibido y –nuevamente– de globalización de la economía[41]. Por ejemplo, para cumplir con las condiciones exigidas por un tratado de libre comercio o para cumplir con las exigencias de alguna organización internacional[42].

---

[37] Husa (2018) pp. 129-150.

[38] Legrand (1997) p. 114.

[39] Graziadei (2019) p. 471.

[40] Así, por ejemplo, los debates en torno a la incorporación del concepto de *trusts* provenientes del *common law* en ordenamientos de la tradición romano-canónica, enfrenta la dificultad de adaptarse a sistemas que no tienen un equivalente a la idea de *equity* que, si bien es posible, requiere una profundización del estudio comparado para adaptar tal institución. Algo similar podría decirse de trasplantar la noción de buena fe en el derecho inglés a propósito del control de fondo de cláusulas abusivas.

[41] Graziadel (2019) pp. 458-459.

[42] Un ejemplo de esto es la pertenencia de Chile a la OCDE –organismo al cual Chile pertenece desde mayo de 2010– el cual emite recomendaciones que, si bien no son de naturaleza vinculante, "aspiran a que los países miembros mejoren gradualmente sus políticas públicas en el tiempo, como resultado de un proceso reflexivo", y en ese sentido empujan a los Estados miembros a adecuar su ordenamiento jurídico de modo que tales recomendaciones puedan ser ejecutadas. Se ha sostenido que, a raíz de la pertenencia a este organismo, se han conseguidos logros económicos, sociales y avances en materia de protección legal de ciertos grupos, tales como las modificaciones legales a la Ley n.º 19496 mediante la Ley n.º 20555, que fortalece los derechos de los consumidores en materia financiera.

Luego, surge la pregunta sobre cómo ocurren los trasplantes legales en la realidad. Sobre esto, se han verificado diferentes formas y estilos. Margit Cohn[43] señala que los estos pueden ser analizados según su grado de conformidad con la norma original. De ahí que un trasplante pueda clasificarse de acuerdo con el grado de recepción en el país importador, entre aquellos que logran "convergencia plena", si el trasplante opera adoptando la norma o institución deforma idéntica; luego, con grados decrecientes la tipología pasa del "ajuste fino" a diferentes modos de transformaciones y adaptación, hasta aquellos casos en los que hay distorsión total. Así, por ejemplo, algunos estudios han revelado que, al menos en Latinoamérica, y, particularmente en Chile, si bien se sigue en buena medida el derecho europeo, dicha influencia es inicial[44] o mezclada con otras fuentes y, en consecuencia, se produce lo que se llama una "adaptación"[45]. Hay también ejemplos de copia sin adaptación. Así, la trasposición que el Reino Unido hizo, por primera vez, de la directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas[46].

En resumen, cuando se intenta mejorar el propio ordenamiento jurídico, ya sea en la labor legislativa o académica, resulta obvio mirar al otro lado de las fronteras. Esa esa la justificación de un trasplante. Con todo, importar normas y soluciones del extranjero puede no funcionar debido a la diferencia de contexto. De ahí que pueda ser necesario, además, un estudio contextual exhaustivo[47]. Luego, para ello es recomendable utilizar el método comparado en el proceso de trasplante, especialmente considerando las perspectivas más modernas. Esto es fundamental, con el objetivo de proyectar y evaluar, en cierta medida, la eficacia de la nueva solución además de evitar otra clase de problemas jurídicos, como, por ejemplo, la superposición normativa.

III. Síntesis del método funcional

El derecho comparado tradicional ha sido criticado por su visión algo imprecisa respecto a los métodos empleados en su investigación. Aunque el uso de metodologías comparativas guarda ciertas similitudes con las ciencias exactas, se distingue de ellas por la naturaleza "heurística" de su enfoque[48], lo que ha generado una percepción de flexibilidad metodológica. No obstante, las corrien-

[43] Cohn (2010) p. 592.
[44] Un ejemplo sobre esto puede verse en Morales y Tambussi (2024) pp. 417-452.
[45] Caffera, Momberg y Morales (2024) pp. 453-474.
[46] Morales (2017) pp. 281-304.
[47] Van Hoecke (2015) p. 3.
[48] Husa (2024) p. 18.

tes contemporáneas del derecho comparado han corregido estas deficiencias mediante la incorporación de métodos empíricos e interdisciplinarios, promoviendo una mayor rigurosidad en el análisis comparativo[49].

Debido al carácter introductorio de este trabajo, resulta pertinente, por el momento, la descripción tradicional del proceso de investigación comparativa. En cualquier caso, es importante destacar, siguiendo la perspectiva de Mark van Hoecke, que los métodos sean excluyentes entre sí, estos pueden combinarse o utilizarse de manera complementaria para lograr un estudio más profundo y exhaustivo. En este sentido, los métodos se conciben como una "caja de herramientas" disponible para la investigación, aportando diversos enfoques, y no como una "hoja de ruta metodológica fija"[50]. De este modo, son el objetivo y la pregunta de investigación los que determinarán qué métodos resultan más adecuados para su aplicación.

A continuación, se expone una descripción del método tradicional del derecho comparado: el método funcional, por ser el más extendido y considerado la "corriente principal"[51].

El método funcional ha sido llamado "el mantra" del derecho comparado, el método tradicional, y para sus defensores, es el método más fructífero[52]. Para algunos, el método funcional es el punto de partida para casi todos los estudios de derecho comparado[53].

Cada vez que se estudia el método funcional y, por cierto, cada vez que se escribe sobre derecho comparado, hay una referencia obligada: la introducción al derecho comparado de Konrad Zweigert y Hein Kötz. Bien lo ha expresado en nuestro medio María Ignacia Besomi:

> "La formulación contemporánea más difundida del método funcionalista se la debemos a Konrad Zweigert y Hein Kötz, quienes, siguiendo en esto a Rabel, pusieron al centro del método comparativo la idea de función"[54].

Konrad Zweigert & Hein Kötz[55] aciertan al señalar que, como toda actividad intelectual, la investigación comparativa comienza con una pregunta que a menudo surge de una insatisfacción con la solución que ofrece el propio sistema jurídico. Esta insatisfacción sirve como impulso para observar cómo otros sistemas han resuelto el mismo problema, en busca de una solución superior.

[49] Véase Siems (2022) p. 141 y ss.
[50] Husa (2024) p. 18.
[51] *Ibid.*
[52] Michaels (2006) p. 346.
[53] Kischel (2019) p. 88.
[54] Besomi (2024) p. 32.
[55] Zweigert & Kötz (1998) p. 34.

La inquietud intelectual puede, también, tener su origen en la simple búsqueda de conocimiento, lo que lleva a estudiar soluciones extranjeras que, por su mayor calidad en comparación con la realidad nacional, incitan a contrastar y profundizar en la crítica del propio ordenamiento.

Con independencia de la motivación, Konrad Zweigert & Hein Kötz[56] sostienen que un principio fundamental rige toda investigación comparada: el funcionalismo. Según este punto de vista:

> "lo incomparable no puede ser comparado de manera útil y, en dere cho, solo son comparables aquellas instituciones que cumplen la misma función".

La función es, en este esquema, la piedra angular, y "cumple el rol de *tertium comparationis*, o punto de referencia común, para estructuras y conceptualizaciones jurídicas heterogéneas"[57].

Esta idea se basa en lo que se llama "presunción de similitud" o "universalismo"[58], es decir, la presunción de que todos los ordenamientos jurídicos se enfrentan esencialmente a los mismos problemas, resolviéndolos de maneras diversas, pero alcanzando resultados equivalentes. Por ello, la comparación resulta útil para descubrir las distintas soluciones a un mismo problema y los resultados de las mismas.

En consecuencia, según el funcionalismo, la pregunta de investigación que guíe el estudio comparado debe formularse en términos estrictamente funcionales, es decir, debe centrarse en la función de la institución jurídica, sin referirse a conceptos propios del sistema jurídico específico. Konrad Zweigert y Hein Kötz[59] ilustran esta idea con el siguiente ejemplo: ¿qué requisitos formales se exigen para los contratos de compraventa en el derecho extranjero? Una pregunta de este tipo constituye un punto de partida que debería guiar el análisis comparativo, afinándose de manera progresiva según el ámbito y los ordenamientos seleccionados para la comparación. Si al hacerse la pregunta respecto de un ordenamiento seleccionado el investigador concluye que "no hay nada que reportar", debiese replantear los términos de la misma y depurarla de todo aquellos que pertenezca a su propio sistema. En otras palabras, quiere decir que su pregunta está mal planteada, o que debe explorar más allá de la norma jurídica contenida en la ley, pues es posible que la solución se encuentre en la costumbre[60].

---

[56] Zweigert & Kötz (1998) p. 34.
[57] Besomi (2024) p. 32.
[58] Husa (2024) p. 15.
[59] Zweigert & Kötz (1998) p. 34.
[60] *Ibid*.

El método funcional se encuentra muy relacionado a la visión y estructura tradicional de la investigación comparativa. Jaakko Husa lo ha explicado de manera clara a través de un esquema que "muestra los principales pasos del enfoque comparativo tradicional"[61] y que se expresa como sigue:

i. La formulación de una pregunta de investigación en términos funcionales (*a functional reseach question*),
ii. Construcción del marco comparativo. (Esto es la identificación y decisión del objeto de comparación o sistemas que serán comparados).
iii. Descripción de los objetos de comparación.
iv. Enumeración de similitudes y diferencias.
v. Análisis y explicaciones de esas similitudes y diferencias y de las respuestas a la pregunta.
vi. Evaluación de los descubrimientos producto de la comparación.

La pregunta de investigación es determinante, pues identifica tanto el problema de investigación como el rango que va a considerar, es decir, qué sistemas y qué partes de esa selección se van a comparar. Esta decisión debe tomarse con cautela, evitando abarcar más de lo que permiten los recursos del comparatista, ya que decisiones en exceso ambiciosas conllevan varios riesgos. Entre ellos, realizar comparaciones superficiales que carezcan de fiabilidad e impacto o no comprender de manera cabal el funcionamiento de las instituciones analizadas, entre otros posibles problemas.

Así, se distinguen niveles de comparación que diferencian entre macro y microcomparación[62]. La forma más ambiciosa consiste en comparar sistemas jurídicos en cuanto tales, y a esto se le llama "macrocomparación", y

> "abarca las funciones e influencia de las fuentes formales del derecho (ley, jurisprudencia, doctrina y derecho forense), las técnicas legislativas y judiciales y los procedimientos de resolución de conflictos"[63].

Luego, se encuentra la "microcomparación" que "se concentra en problemas específicos". La estructura de una microcomparación que utiliza el método funcional puede plantearse de manera bastante sencilla. Se inicia con una pregunta específica, seguida de una selección justificada de las instituciones concretas de diferentes sistemas a comparar. Luego, se procede a describir los aspectos fundamentales de cómo funcionan esas instituciones en los respectivos ordenamientos extranjeros, para, terminar por llevar a cabo una reflexión crítico-comparativa del fenómeno analizado[64].

---

[61] Husa (2024) p. 15.
[62] Zweigert & Kötz (1998) p. 4.
[63] Banfi (2012) p. 210.
[64] En Chile, trabajos que siguen esta estructura: Morales (2018) pp. 67-91.

El método descrito ha sido criticado como simplista y desprovisto de otras consideraciones importantes al efecto. Como se ha explicado:

> "las doctrinas, principios, instituciones y reglas en examen están enraizadas en un contexto económico, social, político, cultural y moral determinado, el que a menudo sólo puede entenderse desde una perspectiva histórica"[65].

Todas estas consideraciones son incorporadas por aproximaciones más recientes sobre el derecho comparado.

Estas nuevas perspectivas son metodológicamente "más versátiles". En efecto, la idea que predomina es que un estudio de derecho comparado puede usar varios métodos y, en consecuencia, el comparatista no necesita "un método", sino que una "caja de herramientas de métodos"[66]. Esto quiere decir que el método tradicional no ha sido abandonado, sino que se espera que este sea complementado por los nuevos enfoques metodológicos.

Conclusiones

En conclusión, el derecho comparado y los trasplantes legales son tópicos fundamentales para la evolución de los sistemas jurídicos, ya que permiten la incorporación de soluciones extranjeras adaptadas a las necesidades locales. Un análisis comparativo riguroso amplía el abanico de soluciones posibles, promoviendo tanto la adaptación legislativa como el enriquecimiento normativo.

El método funcional, históricamente predominante en el derecho comparado, ha recibido críticas por centrarse en las similitudes y, en ocasiones, ignorar las complejidades contextuales de los sistemas jurídicos. No obstante, a pesar de sus limitaciones, sigue siendo valioso cuando se complementa con enfoques modernos que reconocen las diferencias culturales entre los sistemas comparados.

En este sentido, el uso del método comparado en los trasplantes legales resalta la importancia de una adaptación cuidadosa, donde el estudio de las normas foráneas trasciende la mera importación. La implementación adecuada de los trasplantes exige que el análisis comparativo actúe como guía, garantizando que las soluciones extranjeras no solo se ajusten a las particularidades del nuevo contexto, sino que, también, sean coherentes con la cultura jurídica del país receptor.

[65] Banfi (2012) p. 211.
[66] Husa (2024) p. 15.

Finalmente, aunque la globalización ha facilitado el intercambio de normas jurídicas entre países, la eficacia de los trasplantes legales depende de un análisis crítico y contextualizado. El derecho comparado, en este sentido, no solo contribuye al entendimiento mutuo entre los sistemas jurídicos, sino que, también, se consolida como un mecanismo esencial para la mejora y actualización de los ordenamientos nacionales.

Bibliografía

Ancel, Marc (1971): *Utilité et méthodes du droit comparé* (Neuchâtel, Editions Ides et Calendes).

Banfi, Cristián (2012): "Reflexiones generales sobre el derecho privado comparado", en Universidad de Valparaíso (eds.), *Actas del Congreso Internacional de Derecho. En homenaje al centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso,* tomo iii (Valparaíso, Edeval).

Besomi, María Ignacia (2024): "El funcionalismo como método en el derecho comparado", en Gatica, María Paz; Gutiérrez, Arantxa; Ithurria María Jesús; Morales María Elisa y Wegmann, Adolfo (eds.), *Estudios de derecho comparado* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).

Caffera, Gerardo; Momberg, Rodrigo y Morales, María Elisa (2024): "Legal Transplants: A Case Study of Private Law in Its Historical Context", in Siems, Mathias and Yap, Po Jen (eds.), *The Cambridge Handbook of Comparative Law* (Cambridge, Cambridge University Press)

Cairns, John (2013): "Watson, Walton, and the History of Legal Transplants", *Georgia Journal of Intternational* & *Comparative Law* vol. 41: pp. 637-696.

Cohn, Margit (2010): "Legal Transplant Chronicles: The Evolution of Unreasonableness and Proportionality Review of the Administration in the United Kingdom", *American Journal of Comparative Law* vol. 58: pp. 583-629.

De la Maza, Íñigo y Vidal, Álvaro (2024): "Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos (PDLC): Una presentación de sus contenidos fundamentales", en Gatica, María Paz; Gutiérrez, Arantxa; Ithurria María Jesús; Morales María Elisa y Wegmann, Adolfo (eds.), *Estudios de derecho comparado* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).

Ferreira de Almeida, Carlos y Morais Carvalho, Jorge (2018): *Introducción al derecho comparado* (Santiago, Ediciones Olejnik).

Glenn, Patrick (1999): "Vers un droit comparé intégré", *Revue Internationale de Droit Comparé* vol. 51 n.º 4: pp. 841-852.

Glenn, Patrick (2023): "Aims of comparative law", in Smits, Jan. M.; Husa, Jaakko; Valcke Catherine and Narciso, Madalena (eds.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing).

GOLDBACH, Toby (2019): "Why Legal Transplants", *Annual Review of Law and Social Science* vol. 15: pp. 10.1-10.19.

GRAZIADEL, Michele (2019): "Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions", in Reimann, Mathias y Zimmermann, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford, Oxford University Press, second edition).

HUSA, Jaakko (2018): "Developing Legal System, Legal Transplants, and Path Dependence: Reflections on the Rule of Law", *The Chinese Journal of Comparative Law* vol. 6 Issue 2: pp. 129-150.

HUSA, Jaakko (2024): "Traditional Methods", in Siems, Mathias and Yap, Po Jen (eds.), *The Cambridge Handbook of Comparative Law* (Cambridge, Cambridge University Press).

KISCHEL, Uwe (2019): *Comparative Law* (Oxford, Oxford University Press).

LEGRAND, Pierre (1997): "The Impossibility of 'Legal Transplants'", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* vol. 4: pp. 111-124.

MANCERA, Adrián (2008): "Consideraciones durante el proceso comparativo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* vol. 41: pp. 213-243.

MICHAELS, Ralf (2006): "The functional method of comparative law", in Reimann, Mathias & Zimmermann, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford, Oxford University Press, second edition).

MORALES, María Elisa (2017): "La reforma del derecho inglés en materia de cláusulas abusivas", *Revista Chilena de Derecho Privado* n.° 28: pp. 281-304.

MORALES, María Elisa (2018): "Control by Negotiating: Un estudio de derecho comparado", *Latin American Legal Studies* vol. 2: pp. 67-91.

MORALES, María Elisa (2023): "Dos ejemplos de trasplantes legales en el derecho del consumo chileno", *Latin American Legal Studies* vol. 11 n.° 1: pp. 58-106.

MORALES, María Elisa y TAMBUSSI, Carlos (2024): "La influencia europea en el control de cláusulas abusivas en Latinoamérica: Los casos de Argentina y Chile", en Gatica, María Paz; Gutiérrez, Arantxa; Ithurria María Jesús; Morales María Elisa y Wegmann, Adolfo (eds.), *Estudios de derecho comparado* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).

ÖRÜCÜ, Esin (2007): "Developing Comparative Law", in Örücü, Esin and Nelkin, David (eds.), *Comparative Law: A Handbook* (Hart, Oxford).

REIMANN, Mathias (2012): "Comparative Law and neighboring disciplines", en Bussani, Mauro & Matteo, Ugo (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law* (Cambridge, Cambridge University Press).

SAMUEL, Geoffrey (2014): *An Introduction to Comparative Law Theory and Method* (Oregon, Oxford and Portland).

SAN MARTÍN, Lilian, SALGADO, Catalina y ESBORRAZ, David (2024): "¿Por qué obligaciones y no contratos? El trabajo de Gadal", en Gatica, María Paz; Gutiérrez, Arantxa;

Ithurria María Jesús; Morales María Elisa y Wegmann, Adolfo (eds.), *Estudios de derecho comparado* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).

Siems, Mathias (2022): C*omparative Law* (Cambridge, Cambridge University Press, third edition).

Van Hoecke, Mark (2015): "Methodology of comparative legal research", *Law and Method* vol. 12: pp. 1-35.

Wegmann, Adolfo (2024): "Comparativismo histórico", en Gatica, María Paz; Gutiérrez, Arantxa; Ithurria María Jesús; Morales María Elisa y Wegmann, Adolfo (eds.), *Estudios de derecho comparado* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).

Zweigert, Konrad & Kötz, Hein (1998): *An Introduction to Comparative Law* (Oxford, Oxford University Press).