

Sistemas jurídicos comparados

Lecciones y materiales

GIANMARIA AJANI

MIRIAM ANDERSON

ESTHER ARROYO AMAYUELAS

BARBARA PASA



SISTEMAS JURÍDICOS COMPARADOS

SISTEMAS JURÍDICOS COMPARADOS

Lecciones y materiales

Gianmaria Ajani

Miriam Anderson

Esther Arroyo Amayuelas

Barbara Pasa

Publicacions i Edicions



UNIVERSITAT DE BARCELONA



SUMARIO

<i>Nota a la edición española</i>	11
<i>Abreviaturas</i>	15

PARTE I CUESTIONES METODOLÓGICAS

1. Introducción a la comparación jurídica	19
1.1. La comparación como actividad cognitiva	19
1.2. Las diversidades del Derecho	23
1.3. La comparación descriptiva	29
1.4. Formantes, criptotipos, reglas operacionales	36
1.5. Lenguaje jurídico, terminología, traducción	40
1.6. Norma y contexto: la aportación del análisis económico a la comparación crítica	55
2. Circulación y trasplante de reglas jurídicas	61
2.1. Derecho, economía, política: el problema de la neutralidad de las normas	61
2.2. Circulación de las reglas y pluralismo jurídico	69
2.3. Los sujetos y los factores de la circulación de los modelos jurídicos	71

PARTE II LA COMPARACIÓN *COMMON LAW* / *CIVIL LAW*

3. Características del <i>common law</i> inglés	77
3.1. <i>Civil law</i> y <i>common law</i>	77
3.2. El <i>writ</i> como elemento caracterizador	79
3.3. La formación del jurista	86
3.4. La <i>equity</i>	89
3.4.1. <i>Undue influence</i>	90
3.4.2. <i>Trust</i>	90
3.5. Las reformas del siglo XIX y la organización de los tribunales	100

4. Tradición de <i>common law</i> y <i>stare decisis</i>	107
4.1. Del Bill of Rights al Human Rights Act	107
4.2. El estilo de la sentencia	134
4.3. La doctrina del precedente	140
4.4. La interpretación de la ley en Derecho inglés	145
4.5. Las aperturas del sistema	177
5. El <i>common law</i> estadounidense en el diseño de la Constitución federal	191
5.1. División y equilibrio de poderes en la Constitución federal	191
5.2. El control judicial de constitucionalidad	201
5.3. Las enmiendas y el Bill of Rights	207
5.4. La organización de los tribunales	214
5.5. Competencias federales y estatales	218
6. Jueces y doctrina en el <i>common law</i> estadounidense	231
6.1. Estilo de la sentencia y <i>stare decisis</i>	231
6.2. La interpretación de la ley	241
6.3. El papel de la doctrina	242
7. Tradición de <i>civil law</i> e <i>ius dicere</i>	245
7.1. <i>Civil law</i> y Derecho romano	245
7.2. La crisis del <i>ius commune</i>	248
7.3. La Revolución y la ley	257
7.4. El mito del código: integridad e interpretación	260
7.5. El diálogo entre jueces y doctrina	274
7.6. La originalidad del código	280
7.7. Codificaciones emergentes: el ejemplo de Cataluña	285
8. El modelo francés	289
8.1. La originalidad del Code Civil: contenido y lenguaje	289
8.2. La Escuela de la exégesis	308
8.3. El estilo de la sentencia	315
8.4. El éxito del Code Civil	321
8.5. Las proyectadas reformas del Code Civil	323
9. Los modelos de lengua alemana	329
9.1. La codificación austriaca	329
9.2. Del Código prusiano al BGB	331
9.3. El BGB: la abstracción y el sistema	343
9.4. La circulación del modelo alemán	356
9.5. La codificación civil en Suiza	363
10. Hacia un derecho privado europeo	369
10.1. La armonización del Derecho privado europeo	369
10.2. La circulación de modelos en el ámbito comunitario	386
10.3. Los vaivenes políticos y la creación de un Marco Común de Referencia	391

11. La responsabilidad extracontractual: cláusulas generales y rol del intérprete	403
11.1. Introducción: sentido de este capítulo	403
11.2. Pluralidad de enfoques sistemáticos	404
 <i>Bibliografía</i>	 435
<i>Índice de documentos</i>	443

NOTA A LA EDICIÓN ESPAÑOLA

Gianmaria Ajani, catedrático de Derecho comparado de la Universidad de Turín, se licenció en Derecho con la calificación *magna cum laude* en esa misma universidad en 1979. Con posterioridad, hizo cursos de especialización en la Faculté Internationale de Droit Comparé de Estrasburgo. Entre 1981 y 1983, fue *research fellow* en la Universidad Bocconi de Milán; posteriormente, lo fue en la Universidad de Trento, donde, en 1987, ganó la plaza de *professore associato* de la Facultad de Derecho y, finalmente, en 1990, obtuvo la de *professore ordinario*. Fue director del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Trento desde 1990 hasta 1996, fecha en la que regresó a la Universidad de Turín. En esta última universidad, fue director del Departamento de Ciencias Jurídicas desde 1998 hasta 2004 y, en la actualidad, es decano de la Facultad de Derecho, donde imparte además las asignaturas de Derecho privado comparado y Derecho chino.

Desde 2004 es, en sus relaciones externas, el interlocutor del *network* europeo conocido como Acquis Group, cuyo objetivo es desarrollar los *Principles of the Existing EC Private Law*, recogidos en dos obras editadas por el referido Acquis Group: *Contract I: Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, 2007, y *Contract II: General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services*, 2009, ambas publicadas por Sellier (Múnich).

Gianmaria Ajani ha sido *visiting professor* en la Universidad de California, Berkeley, donde ha impartido cursos de Derecho de la Unión Soviética (1988), Derecho comparado (1995) y Derecho europeo (1997); ha enseñado Derecho privado comparado en la Université de Fribourg, Suiza (2000), y Derecho de contratos en la Zhongnan University of Economics and Law, en Wuhan, República Popular China (2001). Ha impartido clases en muchísimas otras instituciones académicas, entre las cuales cabe destacar las universidades de Leiden (Bélgica), Harvard (EE.UU.), McGill (Canadá), Humboldt (Berlín) o Hanoi (Vietnam). Una de sus principales líneas de investigación se ha centrado en los trasplantes jurídicos y en el *legal change* en diversos países: República Popular China, Vietnam, Laos, Albania, Rusia, Ucrania, Somalia, Eritrea, Tanzania. Por este motivo, instituciones internacionales de muy alto rango han solicitado con frecuencia su asesoramiento: desde el Fondo Monetario Internacional hasta la Comisión Europea, pasando por el Consejo

de Europa, el Programa de Desarrollo para las Naciones Unidas o la Organización Internacional del Trabajo en relación con diferentes aspectos de las reformas jurídicas operadas en los países en transición del Este europeo, especialmente en el ámbito del Derecho mercantil y la codificación del Derecho civil. Durante los años 1998-2003, fue asesor experto para la agencia alemana Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit con el objetivo de proporcionar asistencia técnica a los ministerios de Comercio y de Finanzas y al Comité Económico del Parlamento de China.

El prof. Ajani es también miembro de la International Academy of Comparative Law y de la Association Henry Capitant, así como del Centre for Theoretical and Applied Ontology, y forma parte de los Consejos de Redacción de la *Review of Central and Eastern European Law* y de la revista *Contratto e Impresa Europa*.

Es autor de una decena de monografías y de más de sesenta publicaciones en italiano, inglés, alemán, francés, ruso y chino.

La traducción castellana del libro *Sistemi giuridici comparati. Lezioni e materiali*, Turín, Giappichelli, 2006² es una iniciativa que se retrotrae al año 2004 y que se empezó a gestar en el seno del ya extinguido Proyecto Uniform Terminology for European Private Law, financiado con fondos de la Unión Europea, dentro del V Programa Marco (*Network Research-Improving Human Potential / HPRN-CT-2002-00229*) y del que el prof. Gianmaria Ajani era el investigador principal. En él participaban siete universidades europeas: Turín, Münster, Lyon 3-Jean Moulin, Nijmegen, Oxford, Varsovia y Barcelona. A esta última universidad pertenecen tanto la Dra. Miriam Anderson como la Dra. Esther Arroyo, actualmente profesoras agregada y titular de Derecho civil, respectivamente. La Dra. Barbara Pasa es *ricercatore di Diritto privato comparato* y docente de *Sistemi giuridici comparati* en la Universidad de Turín. El citado proyecto permitió realizar distintas estancias de investigación en alguna de las universidades pertenecientes a la red europea y, en concreto, fueron frecuentes los intercambios entre Turín y Barcelona mientras aquél estuvo vigente a lo largo de cinco años (2002-2006). El presente manual es fruto de esa colaboración, que aún continúa, tanto en el ámbito investigador como docente y, en este último caso, gracias al Programa Sócrates de la Unión Europea.

La edición castellana del libro *Sistemi giuridici comparati* conserva la estructura y el contenido básico de la obra original aunque, en parte, se han ampliado sus temas. Pero no se modifica el planteamiento del autor, cuya voluntad no es escribir un tratado, sino un manual de Derecho comparado que tiene en los estudiantes (no necesariamente de Derecho) a sus destinatarios principales. De ahí que, a pesar de haberse añadido algunas referencias, que parecían indispensables en un intento de ampliación y, en ocasiones, de actualización de la obra, deliberadamente se haya huido del acopio de citas eruditas, respetando así el diseño original del autor. La intención es proporcionar una visión general de los principales sistemas jurídicos europeos (exceptuando los sistemas islámicos y los países nórdicos, algo que quizás cabrá revisar en ediciones ulteriores), en un lenguaje sencillo y conciso. Se trata, en definitiva, de lecciones. Ese primer mérito de la obra corresponde,

pues, a su autor, el prof. Gianmaria Ajani. El segundo mérito es que las lecciones van acompañadas de materiales que acercan su lectura a los estudiantes y que sirven como guía en las explicaciones de clase. Sin que el método deba considerarse exótico entre los profesores italianos de Derecho comparado (*vid.*, entre otros, Lupoi, Varano, Barsotti, Monateri, Mattei), sí que es poco o nada habitual –al menos hasta la fecha–, entre los profesores españoles. De hecho, apenas existen manuales de Derecho comparado en nuestro país, a pesar de la lenta pero progresiva implantación de la asignatura en muchas de nuestras universidades. Este que ahora se presenta no es una excepción en el desierto editorial español porque, aunque traducido, está escrito por un profesor italiano que, además, profesa una clara devoción por las ideas de Rodolfo Sacco, de quien es discípulo. El lector lo apreciará, siquiera sea a partir de la terminología (y del significado que se le otorga) referida a los formantes legales. No es tampoco el único manual de Derecho comparado de un autor extranjero traducido al castellano, dentro o fuera de nuestro país (ya antes, se había traducido a Konrad Zweigert y Heinz Kötz, Alessandro Pizzorusso o René David, por citar sólo algunos); pero, por ahora, sí que es el más adecuado a los nuevos estudios de grado y el más actual, puesto que trata de romper con el esquema clásico de las familias jurídicas de René David e incorpora las tesis de Trento (*vid.* capítulo 1).

En la edición española se ha traducido la mayor parte de los contenidos y de los textos ya incorporados en la última edición italiana, pero también se ha suprimido otros que podían considerarse menos útiles e incluido algunos distintos, a veces para actualizar parte de las explicaciones (*v. gr.* capítulos 4, 7, 8, 10, 11), para ampliar las referencias al Derecho español y catalán (*vid.* capítulos 7, 10), y otras veces, en fin, se trataba de enriquecer el libro con las aportaciones realizadas por otros autores cuyos textos ya habían sido traducidos en España con anterioridad (*v. gr.* Reinhard Zimmermann). Además, se ha considerado conveniente dotar de independencia a lo que en el libro italiano era sólo un epígrafe del capítulo 7. Efectivamente, la importancia adquirida por el proceso de armonización del Derecho privado en Europa aconsejaba su explicación independiente en una nueva lección, el capítulo 10. De ahí que la traducción española de los *Sistemi giuridici comparati* cuente con una lección adicional, 11 en total.

La prof. Barbara Pasa, de la Universidad de Turín, ha sido interlocutora de las editoras españolas a la hora de ampliar el contenido de las explicaciones de los capítulos originales, así como los materiales, o para aclarar dudas del texto original, obtener bibliografía, recabar sugerencias y completar ideas. En definitiva, su colaboración ha sido indispensable a la hora de consensuar nuevas incorporaciones y, sobre todo, en la revisión de las traducciones de textos italianos.

Lo escrito por Gianmaria Ajani ha sido traducido íntegramente por la prof. Beatriz Gregoraci Fernández (Universidad Autónoma de Madrid), quien también ha traducido algunos de los materiales incluidos en el libro, originalmente escritos en italiano, y, además, nos ha procurado la versión manuscrita de algunos textos imposibles de fotocopiar. Jaume Ribalta Haro, además de aportar valiosas sugere-

rencias y ayudar en el diseño del libro, también ha efectuado la traducción del latín de las fórmulas de los *writs* (*vid.* capítulo 6) y suyo es también el esquema de la organización de los tribunales y el funcionamiento del recurso de casación en Francia (*vid.* capítulo 8). Finalmente, David Bondia es autor de la traducción del Human Rights Act (*vid.* capítulo 4). Con todo, la mayoría de escritos, originariamente publicados en inglés, italiano, alemán o francés, han sido traducidos por Miriam Anderson y Esther Arroyo, tal y como se señala oportunamente en las notas al pie de página, a partir de las versiones originales de los textos.

Una obra de la extensión de la presente ha exigido una estrecha colaboración entre todos los implicados en su publicación, de manera que sólo convencionalmente habrá que precisar que es la prof. Miriam Anderson quien ha adaptado (y, en ocasiones, ampliado) los capítulos 1-6 y la prof. Esther Arroyo quien ha hecho lo propio con las lecciones 7-10. El capítulo 11 ha sido reelaborado completamente, partiendo de algunos materiales previos, pero incorporando otros nuevos, especialmente en lo que concierne al Derecho español, y replanteando su estructura. El resultado de esta nueva versión del capítulo ha dado lugar a una autoría mancomunada indivisible por parte de las autoras españolas, correspondiendo en todo caso la supervisión general del conjunto a los profesores italianos.

Last but not least, nos resta agradecer con especial cariño la ayuda desinteresada de Lorenzo Bairati, siempre presto a atender a nuestras demandas de colaboración en la transcripción de algún texto o en el envío de bibliografía, desde Florencia, Turín, París, Barcelona o dondequiera que fuere el lugar en que se encontrara acabando su tesis doctoral. Vayan por delante también las gracias a la editorial Giappichelli por la desinteresada cesión de los derechos de publicación en España y a las Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona por sus amables gestiones con la universidad italiana, depositaria de los fondos europeos adjudicados para la edición de esta obra, y por la paciente espera hasta su conclusión definitiva, algo demorada respecto a la fecha inicial prevista.

Esther Arroyo, Miriam Anderson y Barbara Pasa

Barcelona, 21 de noviembre de 2009

1. INTRODUCCIÓN A LA COMPARACIÓN JURÍDICA

1.1. La comparación como actividad cognitiva

La comparación entre objetos físicos, situaciones, eventos, estados mentales, culturas, lenguajes u objetos sociales constituye una de las modalidades fundamentales del pensamiento. El acto comparativo puede ser «ingenuo» o «experto»: en el primer caso comparamos situaciones de la vida cotidiana, mientras que en el segundo la comparación se realiza en el ámbito de un discurso técnico o científico.

Todas las disciplinas utilizan la comparación: piénsese en la antropología (en la cual la comparación se establece entre maneras de pensar y de actuar de grupos humanos situados en distintos lugares), la lingüística (que, precisamente gracias a la comparación, puede deducir leyes de transformación del lenguaje), la literatura, la economía, la química, la medicina o la sociología. La comparación puede establecerse entre situaciones diferentes en el espacio (el sistema bancario en Japón y en Alemania en el año 2004) o en el tiempo (la estructura de las relaciones de filiación en la antigua Roma y en la Italia del siglo XIX); en el primer caso se trata de una comparación *sincrónica*, en el segundo de una comparación *diacrónica*.

Por lo que se refiere al objeto, la comparación puede tener lugar entre dos o más elementos de «dimensiones» circunscritas o de dimensiones extendidas. La dimensión puede estar determinada por la naturaleza del objeto (material o social) o por la cantidad de los elementos específicos que se toman en consideración. Y así, será circunscrita una comparación cuyo objetivo consista en indagar la influencia de un determinado anuncio publicitario sobre las preferencias electorales de dos modelos de personas comprendidas entre dos franjas de edad; por el contrario, será extendida una comparación entre el sistema electoral italiano y el francés.

Estos dos modelos de comparación se denominan «microcomparación» y «macrocomparación», aunque, obviamente, la distinción es convencional: cada dato, por muy restringido que sea, puede contener una infinita complejidad. En términos generales, podría afirmarse que la comparación micro da lugar, en todas las ramas de la investigación científica, a un mayor número de conclusiones atendi-

bles; no obstante, también la macrocomparación puede, en determinados sectores, producir resultados útiles. La *macrocomparación* no utiliza normalmente técnicas estadísticas de análisis, sino que opta por una reproducción narrativa de los resultados de la comparación.

La comparación no exige necesariamente que exista una afinidad entre los términos de la comparación, ni debe referirse únicamente a objetos que presentan características idénticas o similares en un determinado número de propiedades. Sucede más bien al contrario: quien compara opera a partir de la «sospecha» de que la comparación puede arrojar resultados incluso en aquellos casos en los que parece evidente la imposibilidad de la comparación.

Referirse a la comparación como una actividad que pone en relación dos o más objetos no excluye que sean posibles modos de comparación implícitos, caracterizados por que uno de los dos términos de la comparación, conocido para el observador, permanece sobreentendido.

La comparación puede realizarse a diversos niveles de complejidad; dichos niveles dependen de la combinación de:

- *objetos* (por ejemplo, una flor);
- *propiedades* (el aspecto del objeto sobre el que se realiza la comparación; en el ejemplo en cuestión, el color de la flor), y
- *estados* (el modo en que se presentan las propiedades; en el ejemplo de la flor, la intensidad del color).

La comparación juega, por tanto, con esos elementos y con la presencia del factor *tiempo*, que es sólo eventual en términos generales, pero necesaria en el campo del Derecho, ya que cada discurso jurídico es el resultado de una relación entre reglas y opiniones distanciadas en el tiempo.

Por último, es preciso recordar que, al tratarse de una actividad cognitiva, adquiere importancia, además de los elementos objetivos, la actitud del sujeto que compara; de él se presume la neutralidad respecto del campo de indagación, pero tal presunción, como veremos, no es fácil de respetar, en cuanto que quien observa se encuentra inmerso en un contexto cultural que puede condicionar su percepción del objeto.¹

Por esta razón, el punto de vista de un observador externo (a título de ejemplo, un jurista inglés que compara ordenamientos jurídicos continentales), aun adoleciendo del coste del menor conocimiento en detalle de los sistemas observados, cuenta con la ventaja de la lejanía respecto al objeto. El jurista externo no está condicionado, como en cambio lo está el jurista interno del sistema observado, por el preconocimiento de un sistema de reglas, por la concepción de las mismas como «naturales», obvias o racionales. En otras palabras, la *percepción* de un fenómeno

1. ECO, U., *Los límites de la interpretación*, Barcelona, Lumen, 1992. Traducción de H. Lozano.

es algo distinto a su *comprensión*, como sabrán, a nivel «ingenuo», aquellos que hayan intentado explicar las reglas gramaticales de su propia lengua a un extranjero.

Referirse al resultado de la comparación nos conduce a tratar la cuestión de la finalidad de la comparación:

- como actividad cognitiva, a la comparación le son indiferentes las utilidades que puedan derivarse de su resultado;
- en el campo de las ciencias sociales, el análisis comparativo cumple la función del análisis «experimental», propio de las ciencias naturales.

Lo que se acaba de exponer rige tanto para la comparación como actividad de conocimiento, en general, como para la *comparación jurídica*, entendida como comparación entre normas presentes en ordenamientos distintos, pero contemporáneos (comparación sincrónica), o alejados en el tiempo (comparación diacrónica).

La expresión «Derecho comparado» es, por tanto, sinónimo de la expresión «comparación jurídica», que indica una actividad cognitiva, un modo de observar y de representar el fenómeno jurídico.

Tal vocación se resume en la primera de las cinco «tesis de Trento»,² un «manifiesto» de la comparación jurídica adoptado por un grupo de estudiosos en 1987:

Documento 1. I tesis de Trento

La función de la comparación jurídica, sin la cual ésta no sería ciencia, es la adquisición de un mejor conocimiento del Derecho, del mismo modo que, en general, la función de todas las ciencias comparatistas es la adquisición de un mejor conocimiento de los datos pertenecientes al área a la que se refieren. La ulterior búsqueda y promoción del mejor modelo legal o interpretativo son resultados de la comparación de gran importancia, pero su ausencia no le priva del carácter de ciencia.

El Derecho comparado no tiene como objeto predeterminado de su observación un sistema cerrado de reglas como, en cambio, sucede en el Derecho internacional, el Derecho privado o el Derecho constitucional; incluso el estudio del Derecho romano, aunque referido a un sistema de reglas no vigente, se dirige hacia un objeto determinado. Por la naturaleza «abierta» del objeto, puede establecerse una afinidad entre el Derecho comparado y la sociología del Derecho, la historia y la filosofía del Derecho, y la teoría general. De modo similar a lo que sucede en las citadas disciplinas, la comparación jurídica se refiere tanto a da-

2. Las «tesis de Trento» están publicadas en GAMBARO, A., MONATERI, P. G., SACCO, R., «Comparazione giuridica», *Digesto delle discipline privatistiche* (Sez. Civile), vol. IV, Turín, Utet, 1988⁴, 48-58. Vid. también http://www.jus.unitn.it/dsg/convegna/tesi_tn/le_tesi.htm.

tos «reales», acaecidos históricamente y verificables, como a aquello que se dice que ha acaecido: aquello que se dice sobre los hechos se convierte en un hecho, susceptible de análisis histórico y de observación comparativa, tal y como se expone en la II tesis de Trento:

Documento 2. II tesis de Trento

La comparación fija su atención en los distintos fenómenos jurídicos existentes concretamente en el pasado o en el presente, según un criterio que considera real tanto aquello que efectivamente ha tenido lugar como lo que se dice acaecido. En este sentido, la comparación tiene el mismo criterio de validación que las ciencias históricas.

El hecho de tomar en consideración el dato histórico, como hecho realmente acaecido y como narración del mismo, no necesariamente veraz, apunta al *principio de la indiferencia* entre los datos que guía la comparación. En este sentido, el estudio del éxito del Código Civil francés y de su difusión en numerosos sistemas estatales, incluso extraeuropeos, se basa en la observación de hechos como, por ejemplo, la difusión del idioma francés como lengua internacional en la época de la adopción del código (1804) y la consiguiente difusión global de su contenido, pero también se debe a la fama que adquiere el Código a través de los comentarios sobre su presunta utilidad.

Las expresiones «Derecho privado comparado», «Derecho público o constitucional comparado», así como «Derecho penal comparado» o «Derecho administrativo comparado», indican la elección de cierto sector pero, dentro de ese ámbito, conservan una libertad de objeto. Normalmente, quien se ocupa, con finalidad de investigación o didáctica, del Derecho administrativo o del Derecho penal comparado centra su atención sobre uno o más ordenamientos con el fin de señalar sus diferencias y similitudes respecto del ordenamiento de origen, pero ello no excluye que un curso con dicha denominación se dedique exclusivamente a la comparación entre ordenamientos jurídicos extranjeros.

Resulta por otro lado evidente, a partir de lo dicho sobre la comparación, en general, que la comparación jurídica es una actividad distinta del estudio del Derecho extranjero. Aunque es cierto que el análisis de un conjunto de reglas pertenecientes a un ordenamiento distinto al del observador puede conducir a resultados típicos de la comparación implícita, si ello no sucede nos encontraremos ante una actividad útil y digna, pero distinta a la comparación. (*vid.* más adelante en este mismo capítulo, en documento 3).

En líneas generales, la actividad comparativa se desarrolla independientemente del objeto (Derecho privado o público, penal o administrativo) y del área de observación. Se basa en esta secuencia:

- a) la elección del punto de vista (*macro* o *micro*);
- b) la elección de los campos de observación;

- c) la individualización de similitudes y diferencias entre los diversos objetos comparados;
- d) la síntesis comparativa;
- e) la explicación, sobre la base de los datos comparados, de las similitudes y de las diferencias;
- f) la valoración de los resultados.

Mientras que los puntos *a-d* son propios de una comparación de tipo *descriptivo*, los puntos *e y f* conducen a la comparación de tipo *valorativo*, que también podemos denominar «comparación crítica».

Y, finalmente, aunque el conocimiento es el fin de la comparación jurídica, ello no impide que los comparatistas puedan producir resultados adaptados a objetivos prácticos; así, la comparación de experiencias extranjeras tiene una finalidad empírica dirigida a:

- el legislador, para individualizar la «mejor norma» entre las diversas posibilidades que la experiencia le ofrece (comparación para la política de reforma legislativa);
- el intérprete, para encontrar una modalidad distinta de lectura de una norma (comparación para la interpretación del Derecho interno);
- el traductor, para individualizar el significado (el modo de funcionamiento) de un término jurídico en el contexto del documento que se traduce y proceder a la transposición en la lengua de destino;
- el abogado o el jurista de empresa que opera en un contexto transnacional (comparación para la práctica forense transnacional);
- cualquiera que trabaje en un proyecto de armonización del Derecho, en cuanto que el análisis de las diversas reglas presentes es presupuesto para la individualización de una norma uniforme (comparación para la unificación del Derecho).

1.2. Las diversidades del Derecho

Los ordenamientos jurídicos de las naciones se diferencian entre ellos por varios motivos, determinados por la evolución histórica y por decisiones políticas y culturales. Los ordenamientos pueden distinguirse por razón de los principios que los informan (piénsese en el diverso significado que se otorga a la pena capital en el ámbito mismo de la cultura jurídica occidental), o por razón de circunstancias de hecho (piénsese en el distinto significado que se le da, en diversos sistemas, a la donación); e incluso cuando principios y circunstancias de hecho coinciden, una distinta evolución histórica también puede ser el origen de la diversidad.

La diversidad global está en perenne mutación, porque los motivos de la diversidad son, a su vez, dinámicos. Nosotros percibimos dicha realidad, pero es-

tamos al mismo tiempo condicionados por esquemas de comprensión. Durante mucho tiempo, entre los siglos XVI y XVIII, los juristas activos en Europa postulaban la unidad del sistema de *ius commune*. Con la consolidación, en el siglo XIX, de un dominante y difundido sentimiento de identidad nacional (que puede definirse como de «nacionalismo jurídico»), tal tendencia sufrió una profunda modificación que, en el período comprendido entre 1850 y 1900, condujo a muchos juristas de diversos países europeos a concentrar su atención en el sistema jurídico nacional propio, tal y como lo había diseñado el legislador. De ahí surgieron numerosos ejercicios de superioridad, dirigidos a identificar el «mejor» modelo (el más racional, el más lógico) con su propio ordenamiento jurídico y a proclamar la existencia de situaciones de «imposible comparación» que hoy parecen absurdas (a título de ejemplo, entre los derechos inglés y francés, o alemán, o italiano).

En sentido opuesto, pero análogo, la actual exaltación del fenómeno de unificación de las reglas del comercio internacional hace que muchos profeticen el fin de la diversidad en el marco de un sistema de reglas globales.³

Se ha hecho referencia al positivismo jurídico, modalidad de comprensión del Derecho que ha marcado la cultura europea durante casi dos siglos, generando un esquema de comprensión del Derecho que se puede definir como «nacionalismo jurídico» (para el cual lo que cuenta, en la formación del jurista, en la interpretación de las normas y en la política legislativa, es el sistema y las reglas internas del ordenamiento estatal). En el positivismo jurídico es típico afirmar la identidad: Derecho = norma vigente. Tal identidad permite reconocer que los ordenamientos jurídicos nacionales son distintos, pero al enfatizar el origen legislativo del Derecho, se limita la posibilidad de la comparación:

- al solo dato legal;
- a los sistemas jurídicos nacionales no «demasiado» distintos, en el plano de las modalidades de producción de las reglas.

Añádase que ello deja al margen otros tipos de análisis distintos, más centrados en la manera en que los juristas «piensan» el Derecho o en cómo se toman las decisiones que llevan a proponer una determinada reglamentación o solución y no otra, así como en la política legislativa que permite que sea el juez y no el legislador quien determine la regla de Derecho aplicable o a la inversa. Es decir, análisis centrados en cómo se toman las decisiones que constituyen el contenido de las normas. De este modo, al depender el tipo de conocimiento que se produce de la metodología que se adopta, se obvia una modalidad de conocimiento que hoy en día tiene un significado notable, también desde el punto de vista práctico: la relativa a la *comunicación* entre juristas pertenecientes a ordenamientos jurídicos distintos.

3. Para una reflexión reciente sobre estas cuestiones, *vid.* SACCO, R., «Elogio a la uniformidad del derecho, elogio a la diversidad del derecho», *Anuario de Derecho Civil*, 2008, 2, 445-461.

Si, en cambio, nos abstraemos, gracias al conocimiento de la historia, de tales condicionamientos (sea de la fidelidad a la perspectiva positivista o de la exaltación de la globalización), advertiremos que la dinámica de la diversidad sigue flujos de circulación análogos a las lenguas (en continua mutación), las doctrinas filosóficas o los cánones artísticos. Tal circulación es normalmente un movimiento que sedimenta nuevos estratos sobre los niveles anteriores. A veces, la mutación es traumática y tiene lugar una transformación radical (pensemos en las revoluciones americana de 1787, francesa de 1789 y soviética de 1917, por citar algunos conocidos ejemplos).

A partir de estos apuntes se observa que el «Derecho» que puede ser objeto de análisis comparado es una noción mucho más amplia y mucho menos contingente que un conjunto de reglas contenidas en un texto normativo.

Se ha dicho ya varias veces que la comparación jurídica puede tener lugar entre ordenamientos jurídicos (*macrocomparación*) o entre fragmentos o institutos de los mismos (*microcomparación*). Pero ¿cuáles son las formas jurídicas de manifestación de los ordenamientos que pueden ser objeto de comparación? La comparación entre normas positivas vigentes en distintos ordenamientos nacionales ¿agota las modalidades de la comparación?

La respuesta a tales preguntas ha ido cambiando a lo largo del tiempo. Una respuesta reciente (III tesis de Trento) niega que la simple exposición «paralela» de ordenamientos sea una comparación:

Documento 3. III tesis de Trento

La comparación no produce resultados útiles hasta que no se miden las diferencias entre los sistemas jurídicos tomados en consideración. No hay comparación cuando el análisis se limita a los intercambios culturales o a la exposición paralela de soluciones explicitadas en las diversas áreas.

Sin embargo, en los primeros años del siglo XX, se denominaba también a la comparación jurídica «legislación comparada»: era evidente el tributo pagado al positivismo imperante, que identificaba las reglas jurídicas con la ley formal emanada del legislador estatal. Tal perspectiva originaba importantes exclusiones: ni la jurisprudencia, ni la doctrina, ni la costumbre merecían ser observadas cual depositarias de reglas, en cuanto simplificadas por la ficción de su plena conformidad con el dictado de la norma legal. La exaltación de la ley en sentido formal dejaba al margen de la observación aquellos ordenamientos en los cuales, por la distinta evolución histórica, la fuente escrita no había asumido la supremacía que se le reconocía en el continente europeo.

Se ha dicho que la actividad de comparar está condicionada por el contexto en que se encuentra quien observa. Esto explica que haya cambiado el objeto «elegido» por quien se ha dedicado a la comparación jurídica en la época moderna. Hoy parecería cuanto menos ingenuo pensar que es posible conocer un sistema jurídico

con sólo atender a las normas contenidas en constituciones y leyes. El análisis del dato formal aporta una cierta comprensión del sistema. Pero, para lograr una comprensión más cercana a la totalidad, es necesario tener en cuenta otros datos, como el grado de aplicación de las reglas, la relación entre las reglas modernas y las antiguas, entre el Derecho y otros sistemas normativos supranacionales, o la que se establece entre el orden jurídico interno y otros sistemas normativos estratificados, como la religión, la tradición, etc. (*vid.* a continuación los epígrafes 1.3, 1.4. y 1.5). Además, no hay que olvidar que, entre los diversos elementos que construyen la noción de Derecho en un sistema (sea regional, nacional o supranacional), el dato contenido en la ley, aun apareciendo «sólido» como consecuencia de su naturaleza de fuente escrita, legitimada y de aplicación general, en realidad se cuenta entre los más precarios porque es susceptible de derogación o modificaciones. Es en el interior de otros elementos donde se depositan los datos de permanencia y continuidad de un sistema; es a ellos a los que es necesario prestar atención, tanto si la investigación es de *micro* como si es de *macrocomparación*.

Sin duda, todo ello complica el cuadro: si, de hecho, la comparación entre las normas incluidas en las leyes de los diversos sistemas se presenta como una actividad «técnica», para cuyo desarrollo tiene escasa relevancia el elemento «local» representado por la cultura y la tradición, cuando se abre el objeto de la comparación con la finalidad de considerar también el terreno en el que opera la fuente legal, surge la cuestión de la «viabilidad» de la comparación entre datos y experiencias culturales lejanas entre sí. Si, por ejemplo, comparar el texto de la Ley de la República Popular China sobre contratos (1999, que contiene tanto la disciplina general como el tratamiento de los contratos típicos) con la normativa sobre esa misma disciplina contenida en el Código Civil alemán (1900) es un ejercicio de simple desarrollo, la cuestión es distinta si queremos comparar de un modo más amplio el Derecho chino de los contratos con el alemán. Efectivamente, además del puro dato de Derecho positivo, ello exige tener en cuenta las actitudes de los contratantes frente al carácter vinculante de la promesa, los modos en que se resuelven las disputas, o la percepción de las eventuales diferencias entre los contratos relativos a la transmisión de bienes y los contratos que operan en el ámbito de las relaciones familiares.

Una valoración global de la evolución del fenómeno de la comparación jurídica exige poner de manifiesto que, ciertamente, se ha conseguido superar una actitud rígida y formalista (la de los primeros años del siglo XX) y hoy se puede considerar generalizada la concepción del Derecho como fenómeno cultural y la búsqueda de «estilos» que caracterizan a los diversos ordenamientos o grupos de ordenamientos. Pero tal evolución no supone un éxito completo de la disciplina. No puede negarse que se han dado muchos pasos en el plano del valor epistemológico de la comparación jurídica desde los primeros análisis, eurocéntricos, que negaban la existencia de «Derecho» en poblaciones distintas a las pertenecientes al mundo occidental. Pero, por otro lado, está igualmente bien fundada la idea de que la extensión del objeto, con el fin de comprender el mayor número de diversidades,

ha traído consigo la idea neorromántica de la inconmensurabilidad, esto es, de la imposibilidad de medir y, por tanto, de comparar, datos concebidos a priori como incomparables (ante todo: la «mentalidad jurídica» presente en culturas distintas), por la ausencia de una unidad de medida común a los objetos puestos en comparación.

Desde esta perspectiva, el Derecho, práctica social de una determinada comunidad, llegaría después de la historia, de la religión y de la lengua, para resolver los problemas cotidianos de la vida social. Así las cosas, se rechaza la idea de que sea posible una comparación funcional, centrada en la *función* que desarrollan las reglas en sociedades diversas, y se pone el acento en las particularidades culturales de la sociedad en la cual radica el sistema de reglas. Tal rechazo sirve de apoyo a las políticas de resistencia a los diversos proyectos de armonización jurídica, ya sea a nivel europeo, ya sea a nivel global. Su variante más radical (Legrand) llega a negar la posibilidad de comparar ordenamientos jurídicos distintos. Esta postura podría sintetizarse del siguiente modo: no se puede hablar de trasplante de una regla jurídica, si no hay también trasplante de su significado; ahora bien, el sentido de una regla jurídica no sería transferible porque está culturalmente engarzado a una determinada sociedad. Una regla jurídica lo es «allí». Esta última frase resume el punto de vista de quien sostiene que la función primaria de la comparación es desarrollar *actos de resistencia* contra los procesos de homologación.

En realidad, gracias a los estudios de psicología cognitiva, de antropología comparada, y también a la comparación aplicada a los ordenamientos jurídicos muy distintos entre sí, sabemos que el comportamiento humano, que es el que preside la producción de reglas jurídicas, es el resultado de una interacción entre las informaciones que provienen del ambiente (y que están, por tanto, cultural y socialmente determinadas) y el dato biológico que es común a todo ser humano. Si esto es cierto, entonces pierde parte de su significado la neta distinción entre lo que es cultural (y, por tanto, relevante en el plano local, específico dentro de la diversidad) y aquello que es biológico (y, por tanto, compartido por cada sociedad humana).

A partir de dicho estado de cosas accedemos a una ulterior serie de productos de la macrocomparación jurídica que nos indican, además de las diferencias y similitudes entre los sistemas, cuáles son los datos profundos, los *genotipos* del Derecho como actividad humana, presentes y permanentes en las diversas culturas, frente a los datos de primera apariencia, los *fenotipos*.

Documento 4. Diversidad y similitud en el Derecho: perspectiva tradicional (1900-1950)⁴

<p style="text-align: center;">SIMILITUDES INTERNAS EN LA CULTURA JURÍDICA OCCIDENTAL</p> <p style="text-align: center;"><i>Civil law / common law</i></p>	<p style="text-align: center;">DIFERENCIAS ENTRE OCCIDENTE Y EL RESTO DEL MUNDO</p> <p style="text-align: center;">Áreas</p>
<p>Pero:</p> <ul style="list-style-type: none"> ● <i>Desarrollo de funciones análogas</i> Ej.: la jurisprudencia de los tribunales superiores (Cour de Cassation, Conseil d'Etat, etc.) en Francia y el <i>case law</i> estadounidense ● <i>Expresión de valores similares</i> Ej.: legalidad, separación de poderes, prohibición al juez de legislar 	<ul style="list-style-type: none"> ● Países socialistas de tipo soviético ● Derecho nacionalsocialista ● Derecho fascista ● Derecho hindú ● Derecho islámico ● Derecho chino ● Derecho japonés ● Derecho aborígen ● Derecho tribal...

4. KENNEDY, D., «The Methods and the Politics», en LEGRAND, P. y MUNDAY, R. (coord.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 345-433.

Documento 5. Diversidad y similitud en el Derecho: perspectiva actual (1950-2000)⁵

<p style="text-align: center;">SIMILITUDES ENTRE LOS SISTEMAS JURÍDICOS DEL MUNDO</p> <p>Funciones universales del Derecho Todas las sociedades afrontan problemas análogos de desarrollo económico.</p> <p>Valores humanos universales Declaración universal de los derechos fundamentales.</p>	Pero:	<p style="text-align: center;">DIFERENCIAS ENTRE LOS SISTEMAS JURÍDICOS DEL MUNDO</p> <p>Grado de desarrollo económico Según el pensamiento neoliberal, a distinto grado de desarrollo económico corresponde un modelo jurídico diferente; los sistemas menos desarrollados encuentran, por tanto, útil la importación de los modelos normativos de los más desarrollados.</p> <p>Valores culturales Según el pensamiento social, las diversidades culturales reflejan la presencia de diversos grados de desarrollo.</p>
---	-------	--

1.3. La comparación descriptiva

Es evidente que los mapas, en geografía, así como las taxonomías, en botánica o zoología, cumplen una doble función: de señalamiento de lo existente (función ontológica) y de representación de los resultados de la observación.

Igual que las otras ciencias que utilizan la comparación, también el Derecho comparado manifiesta la tendencia a construir taxonomías y a diseñar reagrupamientos en los que colocar los datos, con el fin de economizar en la representación y de señalar los aspectos de diversidad y de similitud que resultan de la comparación. Sin duda, esto es necesario, teniendo en cuenta que los ordenamientos jurídicos estatales son, en el mundo, casi doscientos; a éstos hay que añadir los ordenamientos jurídicos supranacionales (como la Unión Europea, por ejemplo) y los ordenamientos que coexisten dentro de un mismo Estado, en relación con los que hay que individualizar el grado de autonomía en la producción del Derecho respecto al sistema estatal (por ejemplo, el ordenamiento jurídico catalán y otros derechos civiles territoriales en España, o los derechos de cada uno de los estados en EE.UU., etc.).

5. KENNEDY, «The Methods and the Politics», *cit.*

A diferencia de lo que sucede en las ciencias naturales, la comparación jurídica tiene que representar objetos sociales de percepción compleja y variable. Pero, del mismo modo que sucede en las primeras, lo que cuenta es el criterio de clasificación que se decide adoptar convencionalmente. La taxonomía de las especies vegetales será distinta si asumimos como criterios discriminatorios el color de las hojas, su forma, la estructura del tronco, la fisiología (presencia de raíces o de otros sistemas de nutrición, etc.). De la misma manera, el Derecho comparado no puede producir una única taxonomía. Y ello por dos motivos fundamentales, uno atiende a las categorías espaciales y otro a las temporales:

- los fenómenos jurídicos no son objetos del mundo físico;
- el Derecho está en continua mutación.

No existe, por tanto, un único atlas que muestre las particularidades de los ordenamientos jurídicos nacionales y que también indique reagrupamientos señalados por caracteres de afinidad. Sí que, en cambio, tal y como ha expuesto en una imponente obra el comparatista L. Constantinesco,⁶ existen distintas clasificaciones, que son siempre parciales y que se caracterizan, aunque en distinta medida, por la incapacidad de representar el aspecto dinámico de la circulación de las reglas y de los modelos jurídicos.

A continuación se presentará un breve esbozo, limitado a las clasificaciones que presentan un interés en el plano de los criterios. No se aludirá a las clasificaciones más antiguas, anteriores a 1950, que son las que se basaban en una simple transposición de los datos obtenidos de la geografía política y que, además, resultaban simplificadas por el hecho de que gran parte de los continentes africano y asiático se encontraban bajo la colonización de un número restringido de Estados europeos.

Hay que advertir, además, que, al igual que otras disciplinas, el Derecho comparado emplea una terminología propia para exponer los resultados de la investigación. Por lo que se refiere a la clasificación, es útil tener en cuenta los siguientes términos:

- *sistema*: conjunto de reglas jurídicas aplicadas en una comunidad (local, estatal, supraestatal);
- *familia* (o *gran sistema*): grupo de ordenamientos con características comunes;
- *flujo*: cualquier dato de la experiencia jurídica que, propio de un sistema, sea recibido en otro e introduzca en este último un elemento de desequilibrio;⁷

6. Vid. sobre esta materia, CONSTANTINESCO, L. J., *La scienza dei diritti comparati* (ed. italiana de R. Favale), Turín, Giappichelli, 2003, especialmente el libro II, 59-140.

7. LUPOI, M., *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Nápoles, ESI, 2001, 60.

- *estilo*: macronoción que comprende cinco elementos de caracterización de un sistema: el desarrollo histórico, la naturaleza de las fuentes y de la interpretación, la mentalidad de los juristas, la presencia de institutos jurídicos propios (como el *trust* en el Derecho inglés o el abuso del Derecho en los sistemas romanogermánicos) y la ideología (entendida como el conjunto de las voces políticas o religiosas que influyen en el Derecho).⁸

La expresión «sistemas jurídicos», referida, por ejemplo, a los cursos universitarios italianos introductorios a la comparación jurídica, debe su éxito a la obra del jurista francés René David (*Les grands systèmes de droit contemporains*, 1960 [primera edición]). En ella, David, utilizando dos factores, la ideología y el modo de producción de las reglas, identificaba cuatro familias de Derecho o *grandes sistemas*:

- a) *romanogermánico*, en el que se incluyen los ordenamientos jurídicos que se han desarrollado en el continente europeo a partir del siglo XII, al sur de la actual Dinamarca y al oeste del límite oriental del Sacro Imperio Romano, y que después se ha difundido por las posesiones controladas principalmente por España, Francia y Alemania, en tres continentes;
- b) *de common law*, que tuvo su origen en la colonización normanda de Inglaterra (siglo XI) y que, posteriormente, se extendió a las posesiones (Irlanda) y colonias (Estados Unidos, Canadá no francés, Australia, Nueva Zelanda) inglesas;
- c) de tipo *socialista*, comenzado por la revolución bolchevique de 1917, radicado en los territorios rusos con el poder soviético y extendido luego a los Estados (de la Europa centrooriental, de Asia y de África) que, tras la Segunda Guerra Mundial, optaron por la colectivización de los recursos productivos y por el monopolio del poder de un partido de inspiración comunista;
- d) *filosóficos o religiosos* (Derecho musulmán, hindú, hebreo, Derechos de Extremo Oriente, de África, etc.).

La clasificación propuesta por David ha sido objeto de muchas imitaciones pero también de muchas críticas. Se ha observado que, aunque útil para la representación de similitudes y diferencias de nivel macro y significativa en el plano de la individualización de los aspectos caracterizadores de las grandes tradiciones jurídicas occidentales, la división de los sistemas en cuatro grandes familias no es satisfactoria, ya que es:

8. ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H., *Introducción al Derecho comparado* (traducción de A. Aparicio Vázquez; revisión de A. Torres Estrada), México, Oxford University Press México, 2002, 76.

- fuertemente *eurocéntrica* (muchos sistemas no europeos asumen aquí relevancia sólo en cuanto al pasado de colonización);
- indiferente hacia las situaciones de *pluralismo jurídico* (*vid. infra* epígrafe 2.2);
- decididamente *estática*;
- excesivamente *macro*: ello ha conducido a los especialistas del área (por ejemplo, América Latina, pero también los ordenamientos escandinavos) a reivindicar la especificidad de ciertos sistemas respecto a la clasificación propuesta;
- *desequilibrada* en el plano del objeto, por la preeminencia del Derecho civil respecto al Derecho constitucional o administrativo;
- *no homogénea* en el plano de los criterios de clasificación, en cuanto que la especificidad de la familia socialista aparecía determinada por la presencia de una ideología que afirmaba la distinta función política de las normas, aun estando en presencia de un dato formal similar al del sistema romanogermánico; mientras que la gran diversidad entre los sistemas distintos a aquellos de origen europeo se simplificaba agrupándolos en la gran clasificación denominada «sistemas religiosos o filosóficos».

Las clasificaciones sucesivas que han ido realizando correcciones en el esquema de David individualizan mejor las especificidades entre las diversas áreas, sin, por otro lado, excederse en el detalle. Entre las de mayor difusión se encuentra la propuesta realizada por los comparatistas alemanes Konrad Zweigert y Heinz Kötz, que, en su *Introducción al Derecho comparado*,⁹ proponen una taxonomía más sensible hacia los estilos de los distintos sistemas y exaltan el aspecto eurocéntrico:

- a) sistema romanístico;
- b) sistema germánico;
- c) sistema angloamericano;
- d) sistema escandinavo;
- e) sistema de los países socialistas;
- f) otros sistemas, incluyendo, también aquí con un valor residual, el Derecho;
- g) de Extremo Oriente, islámico, hindú.

Más recientemente, Antonio Gambaro y Rodolfo Sacco,¹⁰ en su obra *Sistemi giuridici comparati*, han individualizado la existencia de suficientes aspectos

9. ZWEIFERT y KÖTZ, *Introducción*, 71-82, y en la propia estructura del libro. La obra ha sido traducida también al inglés (1977-1998) y al italiano (1998).

10. GAMBARO, A. y SACCO, R., *Sistemi giuridici comparati*, Turín, Utet Giuridica-Wolter Kluwers, 2009³.

comunes entre los sistemas de origen «occidental», lo cual justifica una nueva clasificación basada en:

- a) la tradición jurídica occidental;
- b) el Derecho de los países islámicos;
- c) el Derecho indio;
- d) el Derecho de Extremo Oriente;
- e) el Derecho del África subsahariana.

Esta última clasificación ha superado un defecto de las taxonomías de David y de Zweigert/Kötz. Incluso a quien no se haya ocupado hasta ahora de la comparación jurídica no se le escapará, de hecho, que los derechos de matriz religiosa (en primer lugar, el Derecho islámico) o tradicional (derechos africanos, por ejemplo) no pueden ser incluidos de manera generalizada en un único grupo. Por lo que se refiere a los sistemas de Derecho socialista, con la excepción de Cuba y Corea del Norte, éstos pertenecen al pasado. Basta observar la transformación a favor del mercado que en los últimos veinte años se ha llevado a cabo en el Derecho civil y de la empresa en la propia República Popular China, que aunque todavía mantiene en su Constitución como referente el modelo comunista, sin embargo, ya no puede considerarse un modelo «socialista». El abandono de la ideología de tipo comunista y el tránsito de la economía planificada a la de mercado, por otro lado, no significan –y el caso importante de Rusia lo demuestra– una adhesión automática a un sistema de valores y de libertad característico de los sistemas romanogermánicos. Se crea, así, dentro del área europea, un problema de reclasificación que es mucho más significativo de lo que lo es la identificación –sin embargo, correcta– de un sistema escandinavo distinto de los sistemas germánicos y romanísticos.

Finalmente, todos los esquemas indicados ignoran tanto la dimensión supranacional como la que se refiere a la existencia de diversos ordenamientos dentro de un mismo Estado. Ésta es una elección que disminuye la capacidad de comprensión tanto de las transformaciones del Derecho europeo como de los procesos de armonización en curso en otras áreas.

En definitiva, cualquier representación estática basada en la geografía sufre en el plano de la representación dos límites inevitables: uno se refiere a la dificultad de representar la mutación; el otro, a la necesidad de reducir a pocas unidades los criterios de clasificación. Ello resulta todavía más inadecuado si se tiene en cuenta que, con frecuencia, los distintos elementos que contribuyen a definir el perfil de un sistema están también presentes con diferente intensidad en otros sistemas u ordenamientos.

Si se toma prestado un esquema de inmediata percepción visual elaborado en el campo lingüístico,¹¹ la idea de conexión entre los ordenamientos o sistemas puede ser representada de este modo:

11. PENCO, C., *Introduzione alla filosofia del linguaggio*, Roma-Bari, Laterza, 2004, 113.

Documento 6. Caracteres comunes y diversidad

;-) ;-) ;- ;= etc.

Teniendo presente todo lo anterior, pasamos a considerar la clasificación propuesta por Ugo Mattei,¹² que se inspira, no ya en un criterio geográfico-cultural, sino en el reconocimiento y en la medida del papel jugado por tres factores de control social: el *derecho*, la *política* y la *tradición*. Son todos ellos factores presentes en cada sistema jurídico, aunque con diferente intensidad y en distinta relación entre sí. Esta clasificación se propone superar los defectos de las precedentes, como el eurocentrismo y el carácter estático de la descripción. Primero, porque considera que todos los sistemas son igualmente importantes, sea cual sea el factor que prevalezca. Segundo, porque la naturaleza triangular del diagrama de representación, centrado sobre tres polos de atracción y sobre un campo común entre los diversos elementos, supone ya una ventaja respecto a la tradicional configuración de tipo geográfico. Más concretamente, se puede observar que, a lo largo del tiempo, cada ordenamiento nacional puede conocer oscilaciones entre los tres polos. Por ejemplo, el Derecho italiano está hoy más lejano de las influencias de tipo religioso de lo que lo estaba antes de la reforma del Derecho de familia en 1975.

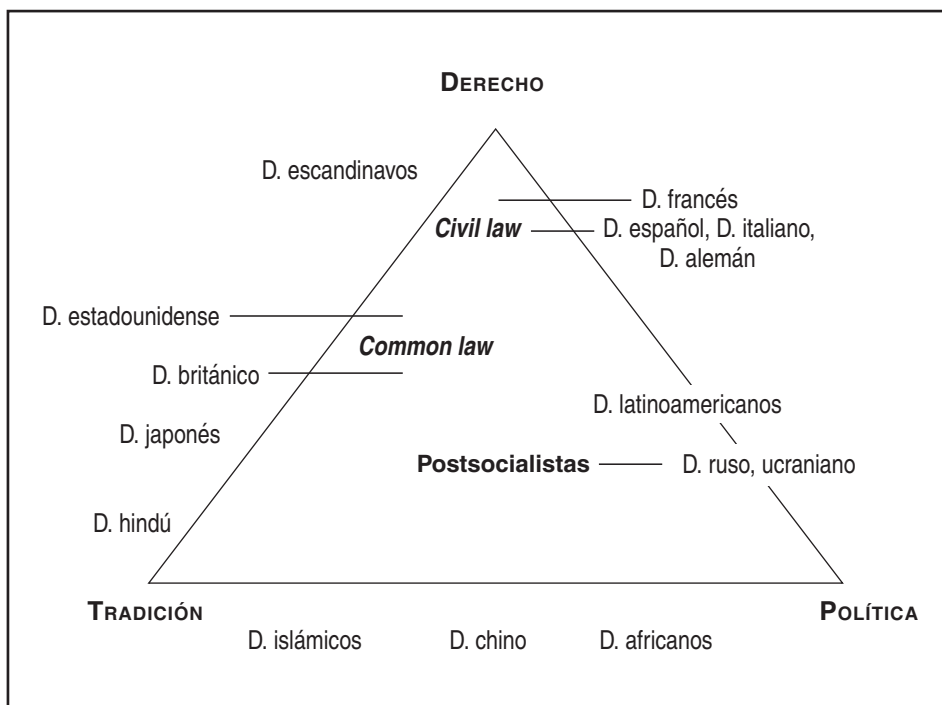
Lo que sigue es la presentación narrativa del esquema propuesto en el documento 7:

- a) área caracterizada por la *hegemonía profesional del Derecho*, tal y como se entiende en la tradición jurídica occidental, incluyendo sistemas de tipo romanogermánico, de *common law* o mixtos, como el Derecho en los países escandinavos o en Israel. El denominador común de tales sistemas está constituido por la convergencia de las diversas evoluciones históricas en lo que concierne a la separación entre Derecho y política: a tal emancipación se denomina, con referencia a la experiencia inglesa, *rule of law* (y sobre la formalización de tal noción en una Carta de los Derechos en la Inglaterra de 1688, *vid. infra* el epígrafe 4.1);
- b) área caracterizada por la *hegemonía de la política* como modelo de organización social, que incluye a los sistemas postsocialistas y a los países en vías de desarrollo en los que la contingencia política (transición completa al mercado, logro de objetivos de desarrollo) prevalece sobre la autonomía del Derecho;
- c) área caracterizada por la *hegemonía de la tradición religiosa o filosófica*, en la que se incluyen los sistemas en los que la organización social, si

12. MATTEI, U., «Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici», en *Studi in onore di G. Gorla*, I, Milán, Giuffrè, 1994, 775-797.

bien efectivamente está gobernada por el Derecho, presenta la prevalencia de reglas de tipo religioso (Derecho islámico) o de reglas tradicionales con matriz filosófica (Extremo Oriente, India).

Documento 7. Derecho, política, tradición¹³



Separados así los sistemas partitocráticos y religiosos/tradicionales con el fin de subrayar la mayor consideración que los sistemas no-occidentales reclaman en la época actual, una lectura crítica de la reconstrucción propuesta por Mattei conduce a afirmar que la reconducción de todos los sistemas restantes a un único criterio, el del «área basada en el Derecho», en una taxonomía que tiene por objeto sistemas jurídicos, resulta tautológica. Por lo que se refiere al área caracterizada por la hegemonía de la política, hay que recordar que no tanto la política (que está presente como primer motor de la norma legal en todos los ordenamientos con base parlamentaria), cuanto la supremacía de la voluntad partidista, es lo que ha caracterizado a ordenamientos como el ruso-soviético o el chino.

Todos los esquemas de representación aquí resumidos, elaborados por comparatistas en el arco de medio siglo y todos ellos con diferencias, tienen, sin embar-

13. MATTEI, U. y MONATERI, P. G., *Introduzione breve al diritto comparato*, Padua, Cedam, 1997, 79.

go, una nota común: se basan en una suma de datos obtenidos a partir de criterios de observación ampliamente macro.

El tipo de formación que se exige en un curso introductorio de Derecho comparado requiere profundizar algo más en el análisis. Por ello –y solamente por este motivo–, los capítulos que siguen a esta primera parte introductoria tienen por objeto la individualización de los aspectos característicos, el estilo y el modo de producción y de interpretación de las reglas, que tienen lugar en dos grandes agrupaciones:

- el romanogermánico (en la acepción restringida, que excluye a los Derechos escandinavos), denominado también *civil law*;
- el de *common law* (en particular, el Derecho inglés y el Derecho estadounidense).

Conviene insistir en que esta delimitación del campo de la comparación no refleja una pretensión de supremacía o de mayor interés científico de los sistemas en cuestión y solamente obedece a la necesidad de descender a niveles más analíticos, que permiten afinar el método comparativo a quien se presume que operará como jurista en el interior de la tradición jurídica occidental. Lo cual deviene más significativo si se advierte que ninguna de las clasificaciones arriba indicadas pone de relieve la comparación en el ámbito del Derecho, ya sea privado o público, de la Unión Europea. Y, sin embargo, el sistema de Derecho europeo es hoy aquel en el que, más que en cualquier otro, se aplica la comparación entre diversos modelos, sea para su armonización, sea para la finalidad opuesta de la tutela de las especificidades locales. De todas maneras, el capítulo 10 se dedica al Derecho privado europeo, con la pretensión de proporcionar algunas pinceladas de introducción al sistema.

1.4. Formantes, criptotipos, reglas operacionales

La crisis del positivismo jurídico y de los métodos dogmáticos y formalistas que limitaban el discurso a la identidad «Derecho = Derecho positivo», o que basaban el control de validez de un modelo fundado solamente en la coherencia interna de las distintas definiciones, ha conducido en Europa al reconocimiento de la norma como mera porción de una regla jurídica que es más amplia. Efectivamente, hoy se acepta de manera general la validez de la ecuación: «Regla = norma escrita + interpretación». Obviamente, cuanto más débil sea el valor semántico de la norma –en el supuesto de que sea indeterminada, vaga o incoherente respecto a las otras normas jerárquicamente superiores–, mayor será la aportación de la interpretación en el proceso de individualización de la regla.

Llegados a este punto, parece obvio que la comparación jurídica no puede limitarse a la comparación entre normas. Además, no todas son reglas de com-

portamiento: algunas proclaman principios, otras aportan definiciones. Y cuando lo son, no siempre una única norma o varias del mismo nivel contiene tal comportamiento. Antes bien, frecuentemente, una parte de la regla se contiene en una norma general y abstracta y, otra, en normas de detalle. Tanto la primera como las segundas pueden mutar en tiempos distintos, obedeciendo a diversos motivos del legislador. Propositiones contenidas en normas particulares con frecuencia desarrollan su significado sólo si se ponen en relación con otras proposiciones que están presentes en otros lugares del ordenamiento; a este respecto, es ilustrativo lo que sucede en diversos ordenamientos europeos en materia de responsabilidad extracontractual, tal y como resulta de los textos del capítulo 11.

Si el objeto que aquí interesa es la regla, y no la sola norma legal, tenemos que distinguir la presencia de diversos componentes o *formantes* que individualizan:

- la regla que *determina* la decisión: el *formante operacional*;
- los esquemas conceptuales utilizados para *entender* la regla: el *formante conceptual*.

La observación de los formantes, teorizada por Rodolfo Sacco en su *Introduzione al diritto comparato* (1972), y posteriormente acogida como criterio de análisis en otras disciplinas (por ejemplo, en el Derecho penal) y también por parte de comparatistas no italianos, no se reduce a una simple descripción del sistema de las fuentes, integrada por el reconocimiento del papel de los intérpretes, porque ello simplemente conduciría a identificar banalmente un formante legal, uno jurisprudencial y otro doctrinal. Y no se limita a ello, por las siguientes razones:

- cada sistema jurídico contiene diversos componentes a nivel legal: la Constitución, la ley ordinaria, los decretos del ejecutivo, etc. También a nivel jurisprudencial existe pluralidad: pronunciamientos de los tribunales superiores, de apelación, de primera instancia. Y no menos variados son los elementos de derivación doctrinal (algunos compartidos y mayoritarios, otros excéntricos y minoritarios). Pues bien: en cada uno de tales componentes es posible individualizar formantes que determinan la decisión y formantes conceptuales. Es decir, el formante conceptual y el formante práctico no vienen rígidamente atribuidos, el primero al legislador o a los intérpretes y el segundo al juez: la ley puede contener definiciones y la doctrina puede elaborar soluciones capaces de determinar la decisión del juez;
- no existe preeminencia de un formante sobre los otros. Los análisis histórico y comparativo indican que el rol de los formantes en el interior de los sistemas puede ser variable;
- en el interior de cada uno de los formantes se pueden individualizar enunciados distintos: en parcial integración unos con otros, pero también en

- posible contradicción. El caso típico es el de la doctrina, aunque la jurisprudencia y la ley también pueden contener enunciados contradictorios;
- los distintos formantes tienden a influirse recíprocamente, pero no existe un único sentido o dirección en que tal influencia se propague;
 - algunos formantes son más adecuados que otros para producir reglas. En el caso de la responsabilidad extracontractual, resulta evidente que la jurisprudencia desarrolla mejor que la ley el deber de decidir la distribución del coste de los accidentes;
 - puede que algunos formantes no estén expresados, ya sea porque se entiende que son implícitos o porque se ignoran: se habla, en este caso, de «criptotipo». El criptotipo es una regla perceptible, pero no enunciada. La mayoría de las veces ello es así porque se considera obvia, o perteneciente a la mentalidad, a la cultura; la percepción de los criptotipos es de extrema importancia para la comparación, por cuanto representan uno de los principales factores obstaculizadores de la armonización de las reglas presentes a nivel del formante legal;
 - junto a los ahora indicados, es posible individualizar otros formantes que se atienen a la modalidad de enunciación e interpretación de las reglas, sin que éstos pertenezcan a la tríade clásica: pensemos en la ideología, que ha operado como un «formante» más en los sistemas de tipo socialista, obligando a los jueces y a la doctrina a ofrecer lecturas de la norma compatibles con la voluntad política y con los textos del marxismo-leninismo.

Por tanto, el análisis de los formantes nos ofrece enunciados distintos que interesan para la comprensión de una determinada regla. Al recogerlos, el comparatista no elige, en cuanto que tales enunciados representan datos útiles para el conocimiento de un sistema y, por ese motivo, están inventariados. Si, por ejemplo, el examen del formante doctrinal pone de manifiesto la coexistencia de una serie de proposiciones coherentes con el significado tradicionalmente atribuido a la norma X y, a la vez, de otras, quizás más recientes, no coherentes con aquella lectura, el deber de quien compara es señalar tal coexistencia, que podría ser el signo del emerger de una presión social o doctrinal tendente a modificar la función de la norma X: si sólo se eligiese una entre varias opciones, por ejemplo, obviando el significado coherente porque es más antiguo, o, todo lo contrario, la más reciente porque se considera incoherente con el sistema de Derecho positivo, entonces se perdería la percepción de tal presión.

La mayor contribución que la teoría de los formantes ofrece a la comparación jurídica se entiende a la luz de lo expuesto en el epígrafe 1.3 relativo a la taxonomía entre los sistemas: mientras que las clasificaciones elaboradas por David, Zweigert, Kötz y otros logran dar cuenta del aspecto estático, siguiendo un criterio que se resiente mucho de la planimetría de los geógrafos, el recurso a la teoría de los formantes exalta el aspecto de comparación dinámica entre los sistemas.