

DÁRIO MOURA VICENTE,
Direito comparado, vol. 1: Introdução.
Sistemas jurídicos em geral,
2º edição, revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2012, 564 páginas;
ISBN 978-972-40-4928-1.

Francisco Cuenca Boy

Facultad de Derecho, Universidad de Santander

Recepción: 15 de junio de 2013

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2013

Sana envidia: eso es lo primero que siente el autor de esta recensión al tomar en sus manos el libro que se dispone a comentar. No hay nada en la doctrina española que se le pueda comparar, pero además, por la amplitud de su perspectiva y por la abundancia y pertinencia de la información que ofrece, así como por el equilibrio y la claridad de la exposición, la obra del profesor Moura se sitúa, a día de hoy, por delante de algunas tan conocidas como la traducción inglesa de la introducción de Zweigert y Kötz: *An Introduction to Comparative Law*, cuya tercera edición, última hasta la fecha, data de 1998¹.

El profesor Moura Vicente no es nuevo en estas lides del derecho comparado². Catedrático actualmente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa y Presidente de su Instituto de Cooperação Jurídica, el hecho de haber enseñado en Angola, Brasil, Cabo Verde, Goa, Guinea-Bisáu, Macao, Mozambique y Timor Oriental, además de en Portugal, su propio país³, seguramente le ha predispuesto hacia este campo de estudios, en el que nos brinda una obra de gran altura científica que sería muy conveniente introducir e imitar en España. Queda lanzado el reto, el comentario que sigue sólo pretende hacerlo más atractivo.

1 De esta traducción hay versión española: *Introducción al derecho comparado*, México, 2002.

2 D. MOURA VICENTE (coord.), *Direito Comparado. Perspectivas Luso-Americanas I*, Coimbra, 2006; D. MOURA VICENTE y M.J. BREGER (orgs.), *Direito Comparado. Perspectivas Luso-Americanas II/Comparative Law Portuguese-American Perspectives II*, Coimbra, 2010.

3 A sus alumnos de todos estos países dedica su libro el autor.

El libro se divide en una introducción de contenido conceptual y metodológico (pp. 17-54) y dos títulos de extensión muy desigual: bajo el rótulo de sistemas jurídicos comparados, el primero (pp. 55-478) se compone de siete capítulos dedicados, por su orden, a los sistemas jurídicos en general, la familia jurídica romano-germánica, la familia jurídica de *Common Law* (con tres secciones: preliminares, derecho inglés y derecho de los Estados Unidos de América), la familia jurídica musulmana, los sistemas jurídicos africanos (atención al cambio de nomenclatura), el derecho hindú, el derecho chino y la síntesis comparativa de los sistemas jurídicos analizados. De enorme interés, el segundo título (pp. 478-552) recoge el estudio de la interacción de los sistemas jurídicos y se divide en dos capítulos, uno sobre los sistemas jurídicos híbridos y otro sobre la aproximación entre sistemas jurídicos y sus límites. Al final hay un índice de abreviaturas y un índice alfabético de materias. La introducción y la mayoría de los capítulos o secciones termina con una cuidada selección bibliográfica y con un registro de bases de datos específicas. La edición está actualizada con elementos publicados hasta junio de 2012; en general, las numerosas traducciones de otras lenguas al portugués son del autor. Entre las páginas 256 y 257 se insertan cuatro láminas con las efigies de Justiniano, Savigny, Oliver Wendell Holmes Jr. y Confucio.

"Dir-se-á pois: *ubi societas, ibi ius*; mas o *ius* não tem idêntica relevância em todas as *societates*, nem é o único fator de modelação das relações entre os membros destas". Se refirere esta observación de Moura, situada en plena síntesis comparativa⁴, a las cinco diferentes maneras de concebir el derecho que se extraen del análisis de las familias jurídicas romano-germánica, de *Common Law*, musulmana, hindú y china. Cinco maneras que son las siguientes: el derecho como un sistema de normas y principios generales y abstractos, como un sistema de resolución de litigios, como la expresión normativa del ideal de vida islámico, como un conjunto de deberes de conducta de los miembros de cada casta y como un mal necesario. En África no es posible reconocer un concepto unitario de derecho, de ahí que no exista una familia jurídica africana. Para llegar a estas conclusiones, el autor somete el examen de las diferentes familias de derechos a un esquema tendencialmente homogéneo⁵. De este modo, el primer movimiento nos acerca a los factores que han determinado la formación de esas familias y al ámbito actual de cada una de ellas, y después el examen sigue por los conceptos o las características fundamentales, las fuentes del derecho, el método jurídico, los medios de resolución de litigios y la enseñanza del derecho y las profesiones jurídicas⁶. Vista esta pauta, no cabe duda de la convicción del autor acerca de la conveniencia de utilizar criterios complejos para la clasificación de los sistemas jurídicos en familias. Posición metodológica, sin duda la más correcta, que tiene en la doctrina portuguesa

4 En p. 475.

5 Así como es obvia la elección de los derechos inglés y de los Estados Unidos dentro de la familia de *Common Law*, para la comparación dentro de la familia romano-germánica son preferidos los derechos francés y alemán y, como es natural, el derecho portugués.

6 En el caso de la familia jurídica de *Common Law*, la exposición de las fuentes se pospone a la de los medios de resolución de litigios y la de la enseñanza del derecho y las profesiones jurídicas; señala el autor (p. 229) que esta adaptación es debida a la gran influencia ejercida por ambas cuestiones sobre la configuración del sistema de fuentes en los derechos de aquella familia.

valiosos precedentes didácticos y entre ellos, de forma muy señalada, la *Introdução ao Direito Comparado* del profesor Carlos Ferreira de Almeida⁷.

De cualquier modo, de Gayo en adelante los inventores de clasificaciones jurídicas siempre han experimentado los límites insuperables de sus esfuerzos. Y aunque el criterio clasificatorio empleado por Moura —la forma típica de concebir el derecho⁸— es muy potente sin duda, en el caso de las familias de derechos aquellos límites también existen y se hacen patentes, por ejemplo, en la imposibilidad ya referida de englobar los sistemas jurídicos africanos en una sola familia específica, en la proliferación de sistemas jurídicos híbridos y en el pluralismo jurídico que no hay más remedio que reconocer en el seno de familias como la musulmana, la hindú o la china. Más allá de espejismos políticamente orientados, muy de nuestros días por cierto, tampoco hay una "familia jurídica europea", pero sí cabe, en cambio, identificar dentro de la familia romano-germánica un subgrupo constituido por los sistemas jurídicos de Portugal y sus antiguas colonias dotado de cierta autonomía y cohesión. En este sentido, Moura defiende la existencia de un "derecho común" extendido por los estados que foman la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa (CPLP) y por los territorios de Goa, Damán, Diu y Macao, y asentado en ciertos trazos comunes entre los que destaca la intensa cooperación en los campos de la producción legislativa, la enseñanza universitaria del derecho y la formación de los magistrados⁹. Con todo, no deja de reconocer el autor que algunos de los sistemas jurídicos incluidos en ese subgrupo se configuran a día de hoy como sistemas de carácter híbrido o mixto, lo cual es una nueva muestra del limitado alcance de todo intento de clasificación.

Dentro de los límites de una recensión no es posible descender al detalle de los argumentos tratados. Sin desmerecer otros temas, resulta especialmente sugestivo, meramente por su novedad para el que suscribe este comentario, el cuadro de los derechos africanos con su mezcla abigarrada de tradición y modernidad (postiza en gran parte) y con las interesantes iniciativas regionales de armonización y unificación¹⁰; también, por la misma razón, el ejemplo extremo de "unidad en la diversidad" que ofrece el derecho hindú y la reserva, reflejo del confucianismo que informa su tradición, con que la sociedad china sigue contemplando hoy todavía el recurso al derecho (*Fa*), de donde resulta una concepción que tiende a negar el valor intrínseco de éste y lo considera como un medio imperfecto y más o menos indeseable de remediar el fracaso de los ritos y la conciliación en el mantenimiento del orden social. Por lo demás, del conjunto de los análisis efectuados emerge un dato sin duda sobresaliente, a saber, el poco predicamento de que gozan la libertad individual y la idea del derecho subjetivo en la mayoría de los sistemas y las familias jurídicas existentes,

7 Primera ed.: Coimbra, 1994; reimpr. de la tercera ed.: Coimbra, 2013; vid. también, para otros antecedentes, C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito comparado. Ensino e método*, Lisboa, 2000.

8 "[D]efiniremos o conceito de família jurídica como *um conjunto de sistemas jurídicos dotados de afinidade técnico-jurídica, ideológica e cultural, representativo de determinado conceito de Direito*": p. 59.

9 El tema es tratado en pp. 79 ss.

10 En particular, por su relevancia para el derecho privado de los diferentes estados, la creación de la Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), constituida en 1993: vid. pp. 386, 402 ss., 533.

de tal forma que, como señala Menezes Cordeiro, "no direito subjetivo joga-se um modo de pensar próprio do sistema cultural do Ocidente"¹¹.

El segundo título de la obra se detiene ante todo en los sistemas jurídicos híbridos. El capítulo correspondiente expone las generalidades del tema (noción y características de estos sistemas, causas y actualidad de los mismos, principales mezclas de las que son resultado) y efectúa después un recorrido rápido, pero eficaz, por los derechos de Sudáfrica, Egipto, Escocia, Israel, Japón y Quebec. Los derechos sudafricano, escocés, israelí, japonés y quebequense conjugan características propias de los sistemas romano-germánicos con otras del *Common Law*. A esta mezcla, el derecho sudafricano añade elementos de derecho tradicional de fuente consuetudinaria; el derecho israelí, la aplicación del derecho religioso en materia de estatuto personal (si bien con prevalencia, en último término, del derecho estatal); y el derecho japonés, la preferencia por la aplicación de reglas de conducta no escritas (*giri*) en detrimento o al margen de las reglas legales. Por su parte, el derecho egipcio ejemplifica la combinación de características de los derechos romano-germánicos y de los derechos musulmanes. Pese a la identificación de algunos rasgos comunes, toda vez que estos sistemas no pueden ser contemplados como manifestaciones de un concepto específico de derecho, concluye Moura afirmando la inexistencia de una familia de derechos híbridos en sentido propio.

Son muy interesantes, por último, las consideraciones del autor acerca de la aproximación entre sistemas jurídicos. Una idea clave es quizá la siguiente: "a receção de conceitos e institutos jurídicos estrangeiros, quando desacompanhada de uma aculturação jurídica, não suprime a autonomia dos ordenamentos recetores, nem apaga as diferenças culturais e ideológicas que os separam dos sistemas jurídicos de que esses conceitos e institutos são originários"; eso prueba que "o sistema jurídico tem uma existência distinta e mais duradoura do que a dos seus elementos constitutivos"¹². No menos importante nos parece también esta otra: "historicamente a receção de institutos jurídicos estrangeiros apenas se revelou plenamente eficaz quando a sua aplicação foi confiada a juizes versados no ordinamente jurídico de que esses institutos dimanavam"¹³. Pues bien, estas ideas palpitan tras los reparos que formula Moura, al exponer las iniciativas de armonización y unificación de derechos en el ámbito regional europeo, a la idea de un nuevo *ius commune* de alcance continental y a la propuesta de elaborar un Código Civil europeo¹⁴. Más en general, las razones con las que suele justificarse iniciativas del tipo de las mencionadas resultan poco convincentes para el autor, ya se trate de apelar a la certeza del derecho y la seguridad de las

11 Citado por el autor, p. 146.

12 La observación, en p. 520, es formulada a propósito de la recepción de derecho oriundo de los sistemas romano-germánicos.

13 En p. 522, en relación con la presunta "americanización" del derecho europeo.

14 Recuerda Moura, pp. 530 s., varias cosas interesantes: respecto del *ius commune*, que su vigencia en Europa en época medieval (y moderna, añadimos nosotros) se dio *imperio rationis*, mientras que la del nuevo *ius commune* europeo se explica *ratione imperii*; además, la analogía es forzada por cuanto el nuevo *ius commune* se extiende a Irlanda e Inglaterra, países donde no se aplicó nunca el antiguo. En cuanto al hipotético Código Civil europeo, supondría el sacrificio de la tradición jurídica de *Common Law*.

transacciones internacionales, de favorecer la integración económica o de evitar el aumento de los costes de operación: en lugar de favorecer la certeza y la seguridad, la proliferación de instrumentos de armonización y unificación legislativa puede acabar suponiendo una nueva amenaza para ellas; la unificación del derecho privado no es imprescindible para el mantenimiento de la igualdad de condiciones entre los agentes que operan en un mercado único ni para la preservación de las condiciones de competencia, ya que estas metas se pueden asegurar razonablemente mediante el reconocimiento mutuo de las situaciones jurídicas válidamente constituidas en cada estado miembro de tal espacio económico; y la preocupación por los costes de operación asociados a la diversidad de los sistemas jurídicos nacionales palidece un tanto ante la duda de que esos costes sean efectivamente superiores a los beneficios derivados de aquella misma diversidad. Moura señala también la necesaria sujeción de las iniciativas de armonización y unificación a una serie de límites como son, entre otros, la deseable conservación del pluralismo jurídico internacional¹⁵, la resistencia —que sólo con extrema dificultad podría superar el legislador— opuesta a la unificación integral del derecho privado por las diferencias dependientes de factores extrajurídicos de carácter axiológico e ideológico, y la duda de que la unificación legislativa pueda suprimir por sí sola la diversidad jurídica de los estados partícipes en el proceso.

A la luz de los problemas expuestos, la unificación de los sistemas jurídicos nacionales debe constituir el último recurso. Antes de acudir a él se debe intentar la vía de la coordinación mediante una regulación mínimamente armonizada del comercio internacional que asegure al mismo tiempo la coexistencia de las tradiciones jurídicas nacionales y la fluidez del tráfico jurídico transfronterizo. Con esta opción por el equilibrio entre la unidad y la diversidad (por el "pluralismo ordenado" en expresión de Delmas-Marty) concluye esta magnífica obra del profesor Moura Vicente que hemos querido presentar a la atención del lector español.

15 Cfr. pp. 538 ss.: la identidad nacional de los pueblos comprende su identidad cultural de la que forma parte la identidad jurídica; el pluralismo jurídico garantiza la observancia del principio de adecuación del derecho a las necesidades reales de la sociedad y al sentimiento ético-jurídico de sus destinatarios; la competición entre diferentes modelos regulatorios de los mismos problemas sociales favorece la adaptación del derecho a las necesidades de la vida y la corrección de eventuales errores legislativos.