

EL DERECHO COMPARADO COMO DISCIPLINA JURÍDICA: LA IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN Y LA DOCENCIA DEL DERECHO COMPARADO Y LA UTILIDAD DEL MÉTODO COMPARADO EN EL ÁMBITO JURÍDICO

Gloria M. Morán

La apelación a la comparación, ciertamente, goza de una larga tradición en el mundo jurídico. En la Grecia clásica se empleó con asiduidad el estudio de modelos jurídicos ajenos para poder ser aplicados en la propia *polis*. El Derecho político ha tomado el modelo constitucional contemporáneo para exportarlo a los Estados democráticos y de Derecho actuales. El Derecho penal alemán e italiano han servido de referencia básica a muchos sistemas penales. La codificación, como modelo desarrollado en el seno de los ordenamientos jurídicos de la Europa continental, es otro ejemplo comparatista clásico. El derecho mercantil está íntimamente vinculado a la comparación como vía para desarrollar y expandir sus instituciones. Imperialismos y colonialismos han servido de cauce para trasladar o exportar sistemas jurídicos a los países sometidos, que se han visto penetrados por sistemas jurídicos ajenos, cuya influencia en la era postcolonial no ha desaparecido, antes bien, se ha arraigado como consecuencia de las estructuras económicas capitalistas y del proceso de globalización mercantil contemporánea. Como herramienta jurídica el derecho comparado también se ha revelado como instrumento valioso e insustituible en la actividad procesal y judicial. Buen ejemplo es la práctica judicial en los Tribunales de la Unión europea, donde los jueces, vinculados a su propia formación y sistema jurídicos requieren del conocimiento y evaluación de otros sistemas jurídicos para, eventualmente, aplicar soluciones viables y efectivas en sus decisiones jurídicas.

Como ya he manifestado con anterioridad, la creciente importancia del Derecho internacional y del Derecho comunitario han potenciado la actividad investigadora en el orden comparado en las últimas décadas, no sólo en el panorama español sino también en el extranjero. Y por ello hay un creciente interés en Europa y América -siguiendo la línea iniciada por los comparatistas del siglo XIX- en la creación de centros, institutos, seminarios y programas desde las propias Facultades de Derecho, que den respuesta a la necesidad de la formación jurídica de índole comparada.

En consecuencia, en Europa, así como en América, la docencia de asignaturas relativas al Derecho comparado, y su contenido como rama del saber jurídico, es ineludible en sus Facultades de Derecho, lo que puede constatarse a la vista de sus distintos planes o programas de estudios jurídicos.

La docencia del Derecho comparado en España ciertamente no se ha visto reconocida, ni en la aprobación de las Directrices generales propias de los planes de estudios conducentes a la obtención del título oficial de Licenciado en Derecho, ni en el

anterior, y aún vigente en muchas Universidades españolas, Plan del 53. Los nuevos planes de estudio siguiendo las mencionadas directrices, tampoco se han ocupado suficientemente de la materia. Hemos de reconocer, por tanto, que en la Universidad española se enseña muy poco Derecho comparado en los Planes de Estudios para la obtención de la Licenciatura en Derecho, salvo en muy puntuales cursos -optativos en su mayoría- ofertados por un escaso número de Facultades de Derecho¹.

A su vez, la investigación jurídica española en ámbitos comparados, así como la formación de investigadores en ese campo científico, tampoco se desarrolla en la actualidad del modo más idóneo al no existir suficiente infraestructura y medios para su estudio, que permita una dedicación exclusiva desde la Universidad, debido a la carencia del área de investigación específica de Derecho comparado, y aunque existen o han existido en el pasado, centros e institutos universitarios todavía no son una referencia científica española para los especialistas del extranjero. Prueba de ello es que no constan enlaces con institutos o centros españoles en las distintas páginas *web* de las asociaciones o los institutos extranjeros más prestigiosos².

En definitiva, el Derecho comparado no cuenta con un espacio propio en las Facultades de Derecho de las Universidades españolas. Sin embargo, y he ahí la paradoja, raro es el departamento jurídico en el que no se elaboren tesis con contenidos de Derecho comparado, e investigadores que no utilicen con frecuencia el método micro-comparatista -aunque de modo intuitivo en la mayoría de los casos- en sus trabajos de investigación. En los cursos de doctorado, eventualmente se contemplan temas de derecho comparado, pero tampoco ha tenido una presencia sustancial, ni en contenidos, ni en metodología.

No es necesario poner de relieve lo que el método ni su manejo técnico es a la ciencia, pero considero que la formación metodológica de nuestros doctorandos, aparte de esfuerzos aislados y casi heroicos del profesorado, es, cuando menos, escasa, y mucho más en el campo de la metodología jurídica comparada. Hoy día a la vista están los programas de Doctorado en Derecho y sus contenidos metodológicos, para evaluar esta consideración.

A la vista de esta realidad me ha parecido oportuno ahondar en una línea de investigación que afronte el estudio de la metodología jurídica comparada dado el interés y la proyección científica del mismo en la formación de investigadores. Esta es pues la razón y el interés de este trabajo que espero sea de utilidad práctica para todo aquel que se interese por la comparación jurídica.

El método comparado, expuesta ya su necesidad de conocimiento y aplicación, tanto en el ámbito investigador como en el docente, requiere de unos presupuestos básicos para ser comprendido y aplicado, y que examinaremos individualizadamente:

- 1) la noción misma de comparación jurídica y sus posibilidades metodológicas investigadoras y docentes
- 2) la noción de familias o de tradiciones jurídicas, y los diversos modelos elaborados a partir de ellas y, en consecuencia, el diverso significado y contenido de las fuentes del derecho en los distintos sistemas jurídicos.

1 Vid. En este sentido el artículo de la autora "El nuevo milenio ante el reto del Derecho comparado en las Universidades españolas" *Anuario de la Facultad de Derecho de la UDC* n.5 (2001) pp.491-519.

2 Para una referencia explícita de Seminarios, Institutos y Asociaciones de Derecho comparado en España *ibid.*

- 3) la penetración y estabilidad del modelo parlamentario de Estado de Derecho, consecuencia de la radical transformación ideológica iniciada con el Humanismo y desarrollada con la Ilustración, y su interacción con las distintas tradiciones y modelos jurídicos
- 4) las diferentes técnicas que pueden ser empleadas desde la aplicación de los principios básicos del derecho comparado, esto es, desde la macrocomparación a la microcomparación.

1. LA NOCIÓN DE COMPARACIÓN JURÍDICA: EL DERECHO COMPARADO

El término derecho comparado comienza a utilizarse con asiduidad a partir del año 1900 tras la celebración en París del primer Congreso internacional de Derecho comparado, bajo los auspicios de la exposición mundial emblemáticamente representada por la torre Eiffel. Exposición bajo cuyo amparo se celebraron importantes congresos, siendo uno de ellos el patrocinado por los profesores franceses Édouard Lambert y Raymond Saleilles y que abrirá el cauce a los siguientes Congresos Internacionales de Derecho comparado que, desde entonces, se han celebrado periódicamente, cada cuatro años en distintas capitales del mundo³, el último de los cuales tendrá lugar este mismo año 2002 en Brisbane, Australia⁴. A partir de este primer congreso parisino, el Derecho comparado ha evolucionado notablemente en su concepto, métodos y fines, como se ha puesto de relieve en los distintos congresos internacionales. Así desde la visión optimista que pretendía en sus inicios acceder a un derecho común para la humanidad, se ha orientado, gradualmente, a una aproximación más realista en la que el Derecho comparado tiene un papel propio en el ámbito internacional e interestatal tan necesario como útil. No obstante, a pesar de este papel puesto de relieve por importantes juristas tanto europeos como americanos a lo largo del siglo XX, la especialidad de Derecho comparado no parece tener un interés especial, como ya hemos apuntado, para la gran mayoría de los juristas españoles que, frente a otras ramas de Derecho, apenas si tiene cultivadores hoy día, aunque como hemos dicho se realicen investigaciones complementarias en el ámbito del derecho extranjero. Son varias las razones de esta realidad en nuestro país y no es la menor de ellas las dificultades que la propia investigación comparada conlleva. Razones que iremos apuntando a lo largo de estas páginas, si bien, en los últimos 25 años, tanto en Europa como en América, se percibe un notable resurgimiento del Derecho comparado que se evidencia en equipos investigadores consolidados, institutos científicos y programas de formación jurídica comparada.

La primera gran dificultad que entraña el Derecho comparado no es de índole puramente jurídica sino también lingüística y cultural, pues aún conociendo el idioma y perteneciendo a un entorno cultural próximo, las dificultades en la comprensión de terminología, conceptos e instituciones jurídicas suponen una auténtica barrera inicial para afrontar el estudio y conocimiento de un sistema jurídico ajeno. A modo ilustrati-

3 El primer congreso de Derecho comparado se celebró en la Haya en 1932; posteriormente en 1937, de nuevo en la Haya; tras el periodo de la Segunda Guerra Mundial se reinician en 1950 en Londres; en 1954 en París; en 1958 en Bruselas; en 1962 en Hamburgo; en 1966 en Upsala; en 1970 en Pescara; en 1974 en Teherán; en 1978 en Budapest; en 1982 en Estrasburgo; en 1986 en Sidney y Melbourne; 1990 en Quebec; 1994 en Atenas; y 1998 en Bristol.

4 Datos sobre su celebración del 14-20 de julio de 2002 vid. <http://www-isdc.unil.ch/divers/Rapp-CH.htm>.

vo veamos, por ejemplo, el término “jurisprudencia” que si en el mundo mediterráneo de tradición justiniana se refiere a las decisiones judiciales coincidentes, en el mundo anglosajón el término *jurisprudence* ciertamente está más próximo a lo que en los anteriores países es el la Filosofía del Derecho desde la Teoría general del Derecho.

El resurgimiento del Derecho comparado en los últimos 25 años está vinculado al proceso de globalización en el que las fronteras tradicionales entre los diversos Estados ocupan un lugar cada vez menos destacado en el panorama mundial en los albores del siglo XXI. Globalización que se manifiesta especialmente en distintos ámbitos como el comercio y los mercados internacionales, tecnología, información y medios de comunicación, consumo, ecología, y la universalidad de los derechos humanos. Todo un nuevo modo de relacionarnos con nuestros semejantes en lo que hoy se suele denominar, convirtiéndose en un tópico, “aldea global”⁵. Gobalización en la que la influencia estadounidense es evidente dada la posición económica y política de los E.U.A. en el último decenio como la principal “superpotencia”, y por ello parece inevitable su influencia como modelo de sociedad en el resto del mundo, generando un cierto mimetismo, consciente o no, por imitar su modelo de sociedad. Este proceso de americanización abarca desde la moda, los tejanos se implantaron en todo el mundo ya desde los años sesenta y llevan más de 40 años siendo el atuendo de la juventud mundial por excelencia, a la alimentación, lo que resulta aún más inverosímil dado el escaso interés gastronómico de la típica hamburguesa con patatas fritas, condimentadas con el popular sucedáneo de salsa de tomate endulcorada llamado “ketchup”, completada con la infame “Coca-cola” –aquél tónico digestivo del siglo pasado inventado por el Dr. Pemberton en Atlanta- como bebida insustituible para tal menú “macdonaldiano”, ¿pues qué ciudad de tamaño medio que se precie en cualquier lugar del mundo no tiene al menos un MacDonaldis en el vecindario?.

Al margen de la ironía, lo cierto es que la globalización afecta a casi todos los órdenes de la vida y el derecho no está al margen de la misma. Por otra parte, en nuestro entorno europeo el proceso de convergencia y expansión de la U.E. contribuye y demanda el estudio y conocimiento del Derecho comparado -más allá de las áreas tradicionales en las que se contemplaban con frecuencia cuestiones de índole comparatista como el derecho internacional público y privado, el derecho político, el derecho marítimo o el derecho mercantil- consecuencia del desarrollo y evolución de derechos supranacionales en sus distintas ramas.

Ciertamente afrontar el estudio del Derecho comparado no es un reto nada fácil. Ante todo se impone delimitar su concepto, determinando en primer lugar qué es y qué no es el Derecho comparado, para así poder responder a cuestiones como ¿cuáles son sus elementos esenciales?, ¿cuál su función y finalidad?, ¿cómo podría distinguirse, si ello es posible del estudio y conocimiento de los derechos extranjeros?, ¿y de otras disciplinas como la sociología o la ciencia política?, ¿cómo enriquece al mundo jurídico la aplicación del método comparatista?. Y en fin ¿cuál es su utilidad en la docencia y en la investigación del Derecho?.

Para delimitar su concepto la primera pregunta que se plantea cualquier estudio del Derecho es la relativa a su naturaleza, ¿es una rama de Derecho, como lo puedan ser Derecho civil o Derecho administrativo?. Una primera y elemental definición del derecho concibe a éste como un conjunto ordenado o sistematizado de normas aplicables a la sociedad y sus individuos; así pues, ¿cuáles de éstas compondrían el conjunto que denominamos Derecho comparado?.

5 Glendon, Gordon & Cardozza, *Comparative Legal Traditions...*, p.2. Los datos bibliográficos completos de las citas a pie de página, relativas a la bibliografía mas destacada sobre metodología jurídica comparada, se incorporan para una mayor comodidad del lector al final de este trabajo.

La expresión Derecho comparado es relativamente reciente en el mundo jurídico como hemos dicho al comienzo de estas páginas, aunque el Derecho, desde sus orígenes, ha tenido un componente comparatista, y hasta me atrevería a afirmar que ha nacido con vocación comparatista, puesto que siempre el Derecho ha estado sometido a influencias recíprocas en la coexistencia con otros derechos. Por ello, la expansión del Derecho, consecuencia de procesos invasores o colonizadores, y la integración de otros modos de hacer y vivir el derecho han sido siempre las pautas del desarrollo y evolución del Derecho y sus instituciones⁶.

Son tres las etapas de evolución del Derecho comparado contemporáneo que pueden diferenciarse con nitidez: una primera que abarca desde el siglo XIX a las primeras décadas del siglo XX, una segunda etapa centrada en los años cincuenta y sesenta del siglo XX, cuya revitalización coincide con los horizontes económicos, políticos y jurídicos, abiertos tras la II Guerra mundial y una última etapa iniciada como hemos dicho hace unos 25 años, fruto de las razones antes apuntadas.

Por lo que se refiere a las cuestiones terminológica y conceptual en la primera de estas etapas, la terminología no era unánime empleándose con más asiduidad el término Legislación Comparada en los países con un modelo de legislación codificado, y *Comparative Jurisprudence*, empleado por los países que siguen modelo jurídico anglosajón. Tal vez el término más preciso sea el aportado por los juristas alemanes al utilizar la expresión *Rechtsvergleichung*, referida a la comparación de derechos. Pero ya en la segunda etapa la terminología común es la de Derecho Comparado, si bien la discusión doctrinal respecto a su concepto y contenido ha dividido a los juristas de este periodo en dos grandes grupos: aquellos que optan por un sentido restrictivo del término aplicable sólo a la estricta actividad de comparar derechos, y aquellos para los que la actividad comparada abarcaría además el estudio de los derechos extranjeros sin elaborar una comparación jurídica específica al respecto.

Es obvio que el requisito previo y necesario para la comparación jurídica es el estudio del derecho extranjero, por lo que la vinculación entre ambas actividades es evidente. La clave que da respuesta a esta polémica está sin duda en el método jurídico empleado, que nos permitirá enlazar el concepto del derecho comparado con el contenido y la finalidad del mismo.

Los más relevantes comparatistas alemanes, franceses y británicos del siglo XX han afrontado esta cuestión respondiéndola con mayor o menor minuciosidad. Tal vez la respuesta más genérica, y por ello de la que conviene partir, puede ser la dada por Zweigert & Kötz al afirmar que el derecho comparado es una actividad intelectual cuyo objeto es el derecho y cuyo método la comparación. Sin embargo, los juristas, todos los juristas en cualquier rama del derecho, comparan, yuxtaponen y armonizan normas den-

6 Sobre la tradición jurídica europea vid. Alejandro Fernández Barreiro, en su discurso "Derecho común y derechos nacionales en la tradición jurídica europea" (Discurso leído el 9 de noviembre de 1990 en la solemne sesión de ingreso del Académico de Número en La Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación; Fernández Barreiro, A., El derecho común como componente de la cultura jurídica europea. Seminarios complutenses de Derecho romano (Febrero-Mayo, 1991), p. 87-103. Fernández Barreiro, A., La tradición romanística en la cultura jurídica europea Centro de Estudios Ramón Areces, (1992); Fernández Barreiro, I- 44; Fernández Barreiro, A., Consideraciones sobre algunos factores histórico-culturales del proceso formativo del espacio jurídico común europeo. Burgos Universidad 2000.

Por otra parte, historiadores del Derecho del prestigio de D. Alfonso García-Gallo han puesto de relieve esta cuestión, vid. El origen y la evolución del Derecho. Madrid, 1971.

También de reciente publicación, y con contenidos muy sugerentes, Montanos Ferrín, E., España en la configuración histórico-jurídica de Europa. I Entre el mundo antiguo y la primera Edad medieval. II La época nueva, siglos XII al XV. Roma, 1997 y 1999.

tro del ordenamiento o sistema jurídico propio, para poder establecer conclusiones jurídicas viables y tal actividad no puede considerarse, en sentido estricto, derecho comparado; por ello se precisa de un elemento más, o si preferimos de una dimensión diferente, esto es, la dimensión internacional, o más rigurosamente en nuestra opinión, la dimensión supranacional, que es un término menos equívoco en este contexto que el término "internacional". De este modo el Derecho comparado se vincula necesariamente a la comparación de los distintos sistemas legales del mundo⁷. Esta actividad jurídica supranacional de índole comparada es la realizada por los comparatistas que la aplican a mayor o menor escala, y así los especialistas de finales del siglo XX contraponen la macrocomparación frente a la microcomparación. La macrocomparación aborda el estudio de los sistemas jurídicos desde la globalidad, esto es desde la comparación entre dos o más sistemas jurídicos para ver sus genéricas analogías y diferencias, sus métodos de análisis e investigación, y los procedimientos empleados para ello. En consecuencia, el macrocomparativista requiere de una capacidad sistemática que permita afrontar la comparación desde la estructura básica de un determinado sistema jurídico mediatizada por una concreta cultura y experiencia jurídica. A su vez la microcomparación se ocupa de cuestiones e instituciones concretas en las que el Derecho comparado ofrezca soluciones puntuales a los problemas o conflictos jurídicos planteados, por lo que al microcomparativista se le exige una capacidad analítica y un conocimiento minucioso de los supuestos y las normas aplicables.

Efectivamente la ciencia jurídica comparatista más reciente distingue dos modelos de investigación comparada⁸, atendiendo a su metodología y objetivos científicos la microcomparación⁹ y la macrocomparación¹⁰. Una y otra metodología micro y macro comparatista otorgan al jurista una sensibilidad y un saber hacer derecho que hoy día, más que nunca resulta imprescindible, en que muchas barreras jurídicas, políticas y socio-culturales están desapareciendo. Y es aquí donde el Derecho comparado tiene un lugar propio al sistematizar el Derecho desde una visión más amplia, visión que no puede ofrecer el exclusivo conocimiento del ordenamiento propio y el manejo de unas técnicas limitadas al propio entorno de nuestro Derecho.

Por otra parte, la línea divisoria entre macro y micro comparación es flexible, puesto que si bien la microcomparación se realiza dentro de una propia rama jurídica, ya sea de derecho público o privado, no obstante, la apelación a la macrocomparación es casi siempre conveniente, sino necesaria, para poder ahondar con la suficiente sensibilidad jurídica en los sistemas jurídicos dentro de los que realizamos un concreto estudio microcomparatista.

A la vista de los datos aportados, ¿cuál sería la tipología de estudios que se podría realizar a la luz del derecho comparado?

Mencionaremos primero dos clasificaciones clásicas. La elaborada por Wigmore en los años veinte, que distinguía tres campos diversos: 1) *comparative nomoscopy*,

7 Zweigert & Kötz, *Introduction...*p.2

8 Distinción atribuida a Max Rheinstein. Vid. entre otras: Rheinstein, M., "Comparative Law-its functions, methods and usages" (1968) 22 *Arkansas L Rev and Bar Ass.* J.415.

9 La micro-comparación, se utiliza para el análisis entre dos o más sistemas jurídicos sobre aspectos concretos del Derecho. Por ello, se suele ceñir al estudio comparativo la legislación, jurisprudencia, fuentes del Derecho o instituciones jurídicas, que pertenecen a una misma familia jurídica, observando diferencias y examinando posibles innovaciones a la luz de ese proceso comparado.

10 La macro-comparación, implica una diversa y más amplia formación jurídica, puesto que exige el análisis de sistemas jurídicos en su conjunto, que ahonda en las claves de su comprensión. Por ello su formación es más compleja, más interdisciplinar y plural, menos atada a los mecanismos jurídicos comprendidos y asimilados desde el propio ordenamiento, que desde esa perspectiva podrían conducir a una concreción metodológica, y no a una visión global del Derecho y su función en las distintas sociedades y culturas.

consistente en la descripción de otros sistemas jurídicos; 2) *comparative nomothetics*, analiza las distintas instituciones jurídicas; 3) *comparative nomogenetics*, relativa al estudio de los distintos sistemas jurídicos en su relación cronológica y causal.¹¹. Y la clasificación elaborada por Hug a comienzos de los años treinta, que distingue: 1) la comparación entre el derecho nacional y extranjero, estableciendo analogías y diferencias, o bien, el análisis objetivo y sistemático de las diversas soluciones aportadas por los distintos sistemas jurídicos; 2) la relación causal entre los distintos sistemas jurídicos o la comparación de sus diversas etapas de desarrollo. Para Hug, queda fuera del Derecho comparado la evolución general de diversas instituciones jurídicas así como la evolución del Derecho según distintos periodos y sistemas¹². Esta última clasificación sigue siendo la más utilizada, a la vista de los tratados y monografías más recientes. Tal vez la más actual y completa clasificación es la realizada por Peter de Cruz en 1999¹³:

- a) comparación entre sistemas jurídicos extranjeros y el propio para así determinar sus analogías y diferencias
- b) análisis objetivo y sistemático de las soluciones aportadas por distintos sistemas jurídicos respecto a un específico problema jurídico
- c) investigación de la relación causal entre distintos sistemas jurídicos
- d) comparación de las distintas etapas evolutivas de los sistemas jurídicos
- e) examen de las pautas de la evolución jurídica general a partir de los periodos y sistemas jurídicos.

Otra cuestión ineludible en este apartado es la distinción del Derecho comparado frente a otras ramas o disciplinas jurídicas, independientemente de que utilicen para su investigación la metodología comparada.

Es frecuente entre los comparativistas determinar lo que no es Derecho comparado, no obstante, no está esta cuestión exenta de polémica. Así, buen número de especialistas afirman que tan sólo es derecho comparado aquél que implica comparación entre sistemas u ordenamientos diversos. Por tanto, según este criterio, es imprescindible la actividad comparatista en esta rama jurídica, por lo que el mero estudio de derechos extranjeros, o la descripción de los mismos, no podría ser considerado derecho comparado¹⁴. Para otros autores, la comparación ha de estar referida a las normas y a las distintas concepciones del Derecho según los diversos sistemas jurídicos, puesto que si el objeto de la comparación no es el derecho sino un problema jurídico planteado individualizadamente, el método jurídico empleado correrá el riesgo de desvirtuarse, convirtiéndose en una cuestión meramente sociológica y no jurídica¹⁵. Al margen de la polémica lo cierto es que desde la más elemental lógica jurídica el derecho comparado requiere el conocimiento previo de lo que luego será objeto de la comparación propiamente dicha. Por ello el conocimiento de los diversos sistemas jurídicos desde la descripción de los mismos se convierte en una exigencia previa e imprescindible en la labor de comparativista. Para comparar hay que conocer lo que es objeto de la comparación. Por tanto en un sentido amplio entendemos que el estudio descriptivo de los sistemas jurídicos ajenos se impone como condición *sine qua non* en la formación del compara-

11 Cfr. Wigmore, J., *A panorama ...*p.1115.

12 Cfr. Hug, W., "The history of...", p.1027

13 De Cruz, P., *Comparative Law in a Changing World*, p.7

14 En este sentido Zweigert & Kötz, cit. p.6

15 De Cruz, cit. p.8, recogiendo la tesis de Watson.

tivista. Y a su vez, los problemas jurídicos concretos serán resueltos, no ateniéndonos a la sociología sino al método jurídico propiamente dicho, por lo que la comparación será eminentemente una tarea de juristas. Los cuales desde el conocimiento de los distintos modos de concebir el derecho y elaborar sus normas puedan afrontar y resolver con éxito problemas jurídicos concretos apelando a la comparación entre supuestos jurídicos, normas, o instituciones pertenecientes a sistemas u ordenamientos diferentes. Y es ahí donde la tarea del comparativista, aceptando o no que el derecho sea una ciencia, se convierte en un arte, el arte de hacer posible lo justo, utilizando para ello la comparación jurídica.

También es cierto que todas las ramas jurídicas tienen zonas fronterizas entre sí. Lo que con frecuencia crea tensiones entre los distintos cultivadores atentos a presuntas o reales injerencias desde áreas de conocimiento consideradas ajenas, aunque, por otra parte, la interdisciplinariedad es piedra angular de todo saber, de lo que el intelectual renacentista fue especialmente consciente. Ciertamente es que la complejidad de las ciencias hoy día impide el conocimiento exhaustivo de todas o parte de ellas, y la especialización de impone por sí misma, pero también es cierto que no debemos perder la correcta perspectiva que la interdisciplinariedad nos aporta. Esta distinción entre lo propio y lo ajeno a nuestra especialidad, sobre todo si “nuestra especialidad” se corresponde con las tradicionales ramas de derecho occidental se manifiesta de un modo evidente respecto al derecho comparado. Por ello se impone al menos una referencia a la relación de éste con aquellas.

El primer *boderline* es precisamente el que deriva del término internacional, que en derecho continental europeo se proyecta en dos áreas bien diferenciadas, y como tales dos disciplinas jurídicas diversas: Derecho internacional público y Derecho internacional privado.

No cabe duda de que el Derecho comparado está dotado de un componente internacional, o como indicaba anteriormente, y a nuestro modo de ver más preciso, de un substrato supranacional. Término que ayuda a deslindar con mayor nitidez el Derecho comparado del Derecho internacional. En la esfera pública, el Derecho internacional ha sufrido radicales transformaciones debidas a los sustanciales cambios en el mundo desde la II Guerra Mundial y, recientemente, desde la desaparición del mundo soviético y su influencia en buen número de países, por una parte, y de la confluencia económica, política y jurídica de la Unión europea en evidente expansión, por otra parte. Por ello el Derecho internacional público ha sido replanteado al modificarse los términos de la coexistencia pacífica entre las naciones por una parte y la cooperación y sus modos en ámbitos no sólo nacionales o internacionales sino regionales. Así podemos afirmar que todo este mundo de relaciones internacionales sometidas al Derecho internacional público requieren, para alcanzar su óptimo grado de desarrollo, del conocimiento de los distintos sistemas jurídicos que son expresión de determinados y diferentes modelos de justicia. Así por ejemplo, el Tribunal permanente de Justicia internacional, fuente del propio Derecho internacional público en el art.38,3 de su Estatuto se refiere a los Principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas, dichos principios internacionales sólo pueden ser interpretados en base al derecho comparado¹⁶. El derecho comparado aporta un método de análisis de los problemas e instituciones originados por dos o más Estados a partir de sus propios derechos estatales y a la vez permite una mejor comprensión de la realidad jurídica de la que parten¹⁷.

16 Vid. David & Brierly, *Major Legal...* p.8 y ss

17 En el mismo sentido que los anteriores, De Cruz, cit. p.9

El Derecho privado internacional afronta los conflictos normativos en el ámbito privado del derecho, y su función consiste eminentemente en dar solución a dichos conflictos jurídicos en los que colisionan distintos ordenamientos o sistemas jurídicos. Uno de los grandes retos del Derecho internacional privado hoy día es la falta de coherencia interna¹⁸, puesto que los países cuyas normas entran en conflicto en un determinado supuesto no aplican reglas jurídicas uniformes, por lo que los conflictos normativos y jurisdiccionales no siguen un patrón común para su solución, y los resultados dependerán de las soluciones aportadas por un país u otro, lo que conduce a una inevitable y perjudicial anarquía jurídica. En opinión de uno de los grandes comparativistas del siglo XX, René David, el principal objetivo del jurista contemporáneo es finalizar con esta anarquía, aportando reglas uniformes que los Estados habrán de respetar y aplicar. Y aquí es precisamente donde la labor del comparativista se pone de manifiesto. El mayor de los retos en este ámbito es la unificación del derecho internacional privado, que no implica reemplazar la legislación propia por otra supranacional uniforme, sino una gradual mejora de las relaciones internacionales en el ámbito del derecho privado a través de distintas técnicas, desde los pactos y convenios a modelos de cláusulas y contratos que otorgarían una mayor seguridad al tráfico jurídico internacional, técnicas basadas en definitiva en la armonización legislativa que requieren del Derecho comparado como herramienta indispensable¹⁹.

El derecho comparado en sus vertientes macro y microcomparatista también tiene una estrecha relación tanto con la Historia del Derecho como con la Filosofía del Derecho. A lo largo del siglo XIX y bajo los efectos del darwinianismo, estudiosos de una y otra rama analizaron los distintos sistemas jurídicos del mundo para establecer desde una perspectiva histórico-filosófica la evolución jurídica de la sociedad y el progreso de la humanidad. Así Sir Henry Maine (1822-1888) en Gran Bretaña o Josef Kohner (1949-1919) en Alemania, son destacados exponentes de esta corriente. Y las primeras cátedras europeas de Derecho comparado en París en 1831, y en Oxford en 1869 se fundaron desde esta perspectiva investigadora y docente. Es patente esta influencia, así mismo, en el primer Congreso de Derecho Comparado de París del año 1900 bajo la máxima “Un derecho común para un mundo civilizado”. Ciertamente es que hoy día esta simplificación y generalización del Derecho ha perdido interés para los juristas contemporáneos, sin embargo, el estudio del Derecho histórico brinda una riqueza de matices que, indiscutiblemente, es insustituible ayuda a la comprensión del derecho vigente, y aquí se pone de manifiesto el tremendo potencial de los estudios histórico-comparados. A su vez la Etnología jurídica -que apenas cuenta con cultivadores en España aunque sí en Europa- desde su fundación por JJ. Bachofen y Sir Henry Maine en el siglo pasado²⁰ se ha convertido en una especialidad del propio Derecho comparado al reorientar su estudio hacia la influencia de los sistemas jurídicos occidentales en las sociedades menos modernizadas y en las normas que las regulan, en qué grado se ven penetradas por éstos y qué consecuencias se derivan de ello²¹; también destacan en EUA Wigmore y Kocourek en el primer decenio del s.XX²²; Y en Europa un clásico es el flamenco René Dekkers²³, que estudia individualizadamente los derechos propios y comunes de los pueblos así como la evolución del derecho desde coordenadas comparadas.

18 David & Brierly, cit. p.10

19 Ibid. p.11

20 Maine, *Ancient Law* (London, primera ed.1861 y ed. posteriores 1917,1927 y 1931)

21 Zweigart & Kötz, cit p..9.

22 Kocourek & Wigmore, *Evolution of the law...* (1915-1918) y *Primitive and Ancient Legal...* (1915)

23 Dekkers, *El Derecho Privado...* (disponible en versión castellana publicado en Madrid, 1957). Subdivide los derechos de los pueblos en derechos propios, organizados por orden alfabético por países o pueblos y comunes, en su primera parte y la segunda está dedicada a los derechos de los pueblos dominantes, desde su nacimiento, a los factores que determinan su evolución, expansión y a la propia ciencia del derecho.

Del mismo modo la Filosofía de Derecho se ve enriquecida por el Derecho comparado desde su misma esencia al permitir analizar los distintos conceptos de justicia, y de normas presentes en los diversos sistemas jurídicos sin restringir su estudio al papel del Derecho y la noción de justicia en una sociedad occidental tal y como la concibe un determinado grupo de la humanidad; la Filosofía es una ciencia referida al mundo de las ideas y del pensamiento que no debe ser constreñida a un marco geográfico o histórico aislado. *Jurisprudence* en su acepción anglosajona, como Teoría general del Derecho, resulta muy enriquecida por el Derecho comparado al permitir al jurista ir más allá de la limitación que le ofrece su propia formación jurídica en un determinado sistema, que obedece sobre todo a una mera coherencia conceptual interna, pero que impide al jurista alcanzar los objetivos propios del Derecho, por lo que la formación, en opinión de algunos, se convertiría en deformación. El Derecho comparado realizaría aquí una labor importante, la relativa a la re-educación jurídica, o cuando menos, la de completar y ampliar los horizontes jurídicos, y filosófico-jurídicos, del estudioso del Derecho.

Por otra parte, las distintas ramas de Derecho, según el modelo continental europeo, se ven profundamente vinculadas y enriquecidas por el estudio microcomparatista de sus fuentes, normas e instituciones, tanto en el ámbito del derecho privado así derecho civil, penal, mercantil... a los derechos tradicionalmente encardinados en la esfera iuspublicista como derecho constitucional, administrativo, financiero etc., siendo frecuente en todos ellos la presencia de contenidos de índole comparativista en las monografías jurídicas elaboradas por los especialistas de una u otra rama. Contenidos que van desde la descripción de normas o instituciones extranjeras a la rigurosa comparación jurídica entre dos o más de ellas a la luz del derecho extranjero y propio.

A la vista de lo expuesto hasta ahora, puede dar la impresión de que el Derecho comparado se nos presenta más como método de estudio e investigación jurídica que como rama del saber jurídico, por ello, haremos algunas precisiones necesarias para la comprensión del concepto del Derecho comparado como disciplina con una metodología propia, si bien como hemos venido insistiendo, el método comparado es un método jurídico que enriquece y se muestra insustituible en la investigación jurídica en cualquier rama del Derecho

Una primera precisión es la relativa al enfoque dado por las aportaciones claves para el ulterior desarrollo del concepto de Derecho comparado: la de H.C.Gutteridge, profesor de Derecho comparado en la Universidad de Cambridge; la de R. David y J.Brierley, profesores de Derecho comparado en Francia y Canadá respectivamente; y la aportación realizada por dos autores alemanes Kötz y Zweigert; éste último, profesor de la Universidad de Hamburgo y Director del Instituto Max Planck de Derecho extranjero e internacional privado.

Gutteridge afirma que el Derecho comparado tiene una unidad y un objeto propios, si bien entiende que no es una rama de Derecho propiamente dicho, entendido éste como un cuerpo normativo²⁴.

René David va más allá aún al negarle la categoría de disciplina autónoma si bien matiza que aunque para la mayoría el Derecho comparado no es sino un método, el método comparado, sin embargo para aquéllos cuyo objeto de estudio es el estudio de los derechos extranjeros y la comparación con el derecho propio, el Derecho comparado puede alcanzar el *status* de ciencia, esto es, el de rama autónoma del conocimiento jurídico, cuyos cultivadores son los comparatistas²⁵.

24 Cfr. Gutteridge, *Comparative Law*, p.1

25 Cfr. David & Brierley, cit.. p.12

Kötz y Zweigert insisten en que el Derecho comparado necesariamente está vinculado al derecho extranjero, y ello permite distinguirlo de otras ramas de la ciencia jurídica que sólo ocasionalmente estudian otros sistemas jurídicos. El derecho comparado -opinán- va más allá de mero estudio del derecho extranjero, al requerir de la comparación como actividad jurídica propia del mismo²⁶.

Una segunda precisión es la relativa a las aportaciones de los comparativistas en el último tercio del siglo XX que han revitalizado radicalmente el Derecho comparado. Por una parte, la puesta en marcha del proyecto de publicación de la Enciclopedia de Derecho comparado, bajo la coordinación de René David, y otros destacados especialistas²⁷, y por otra, la contribución realizada desde los años setenta sobre todo por los comparatistas italianos, alemanes, británicos y estadounidenses que se han ocupado de la cuestión en distintos coloquios aportando un debate rico en matices desde muy diversas perspectivas jurídicas²⁸.

Finalmente una tercera precisión que deriva de las anteriores, y resume lo expuesto hasta ahora. Resulta evidente que el Derecho comparado presenta una doble perspectiva: a) conceptual y científica, por una parte, puesto que desarrolla un contenido y metodología propias, y que como tal requiere de una sistematización científica para su conocimiento y estudio, que fundamentalmente se realiza desde la macrocomparación; y b) por otra parte, la proyección del método comparado, como método de investigación jurídico en cuestiones, normas o instituciones jurídicas concretas que amplía el horizonte del investigador de una rama concreta del Derecho, y se orienta a la microcomparación.

La primera perspectiva nos lleva, sin duda, al Derecho comparado como disciplina jurídica propia o autónoma dentro del saber jurídico, mientras que la segunda es una herramienta empleada dentro de una rama del Derecho vigente o no. Ciertamente el vínculo entre ambas es el método jurídico comparado, y para realizar un buen análisis comparado de cualquier figura o institución jurídica se requiere no sólo del conocimiento del derecho estatal propio sino también del método jurídico comparado, que a su vez exige el manejo de unas técnicas que se asientan en el Derecho comparado como disciplina autónoma.

Un buen jurista requerirá para un trabajo de investigación teórico o de aplicación práctica la incorporación del análisis de la proyección comparada del objeto de su estudio, no sólo del empleo del método comparatista desde la propia intuición jurídica sino, además, del conocimiento de las coordenadas que le permitan moverse en la microcomparación con fiabilidad y eficacia. Fiabilidad lingüística, sistemática y metodológica, para que así pueda realizar su tarea comparatista eficazmente, cuyos resultados tengan rigor jurídico. Y esto sólo puede aportarlo el Derecho comparado en cuanto disciplina jurídica.

Por tanto, partiendo del concepto amplio de Derecho comparado aportado por Zweigert y Kötz, antes mencionado, entendemos que Derecho comparado es una disciplina jurídica dedicada al estudio del derecho extranjero, de ahí su denominación inicial

26 Cfr. Zweigert & Kötz, cit. p.6

27 *International Encyclopedia of Comparative Law* (Tübingen, Mouton, The Hague, Paris, 1973 y ss.)

28 De los que destacamos cronológicamente los siguientes: en 1973, la mesa redonda *Inchieste di Diritto Comparato* dedicada a los fines y métodos del Derecho comparado; en 1980, "*L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*", en el que se revisa la aportación del Derecho comparado a la metodología jurídica y a tres sistemas jurídicos concretos: estadounidense, alemán e italiano; y en 1998, el nº4 del vol. XLVI de la revista *The American Journal of Comparative Law* recoge el simposio dedicado al *New Directions in Comparative Law* en el que participaron ponentes estadounidenses, británicos, alemanes e italianos.

“Legislación comparada”, cuyo análisis y sistematización permitan acceder a las claves para un mejor conocimiento y comprensión del derecho aplicando un método de investigación propio, el método comparado. Método que, a su vez, como técnica instrumental puede ser empleado por todas las ramas del Derecho para el análisis de normas, relaciones o instituciones jurídicas a la luz de derechos extranjeros.

2. EL CONCEPTO DE FAMILIA JURÍDICA

El concepto de familia jurídica, que ya delineó Montesquieu a mediados del siglo XVIII, se refiere a modelos jurídicos que sirven de referencia o del que provienen otros, arraigados en una misma tradición jurídica. Su conocimiento así como su modo operativo es obligado en cualquier tarea investigadora en el ámbito jurídico que se desarrolle más allá del derecho patrio. Las grandes tradiciones europeas, punto de partida de la mayoría de los sistemas jurídicos actuales, son dos:

- a) la familia o tradición romano-canónico-germánica y
- b) la familia o tradición anglosajona
- c) junto a ellas hay además otras tradiciones jurídicas generadas a partir de estructuras jurídicas propias, religiosas o políticas diversas de las anteriores. Tres ejemplos correlativos típicos serían: los países escandinavos, los países de tradición islámica y los países bajo la influencia de antiguo modelo soviético.

Ciertamente analizar con el debido rigor todas ellas excede el objetivo de este trabajo, por ello haremos referencia a las dos primeras poniendo de manifiesto que respecto a esta tercera categoría su interacción con las anteriores es evidente, y su estudio es uno de los campos más atractivos para muchos comparativistas. Así por ejemplo como interaccionan la tradición anglosajona y la musulmana en un país penetrado por esta tradición por vía del colonialismo inglés pero en el que rige, y ya lo hacia con anterioridad la ley islámica, como el caso de Pakistán.

a. La familia romano-germano-canónica

La familia romano-germano-canónica, también denominada tradición civilista, cuyos orígenes están vinculados al derecho romano justinianeo.

El conocimiento y uso de éste se desarrolló en la Europa continental a partir del siglo XII por obra de los compiladores medievales, siendo considerado el derecho erudito, enriquecido por la labor de los civilistas y canonistas.

El nacimiento de las universidades europeas y con ellas las escuelas jurídicas rescatarán el derecho romano disperso e incompleto en la recepción operada en el siglo XII en las primeras Facultades europeas de Derecho, fundamentalmente Bolonia y París, en las que convivirán civilistas y canonistas construyendo las bases de un derecho común europeo.

A partir de finales del siglo XI se estudian en los textos canónicos junto a los textos romanos valorándolos y evaluándolos al recopilarlos. Destacará en esta labor el maestro Graciano, a comienzos del siglo XII, siguiendo el modelo iniciado por el civilista Irnerio (quien en el 1113 había fundado un centro en Bolonia para la enseñanza del Derecho). Graciano recopilará el Derecho canónico existente sistematizándolo y concordándolo. El método graciano, la concordancia o conciliación de lo discordante desarrollará el método comparado de la glosa, que será empleado por los grandes civi-

listas medievales, desde a Irnerio, a Acursio. Entre los siglos XI a XIII Bolonia será el centro de los estudios jurídicos en Europa debido a la labor de los glosadores que realizaron la compilación justiniana, a los que se sumaron los canonistas medievales siguiendo el ejemplo de Graciano, compilando el derecho canónico existente. Canonistas y civilistas aplicarán una metodología innovadora, la glosa, base de la interpretación jurídica y del posterior desarrollo del derecho continental europeo

El derecho canónico asimilará los instrumentos jurídicos romanos para sistematizar su propio cuerpo normativo. Posteriormente el derecho canónico y sus aportaciones propias a la cultura jurídica europea servirán de cauce para el desarrollo de los distintos derechos civiles europeos.

A partir de 1260 y hasta comienzos del siglo XVI los postglosadores y comentaristas fusionaron el derecho romano con elementos germánicos y canónicos destacando la figura de Bártolo de Sassoferrato creador del método bartolista, sustancialmente pragmático. Bártolo realiza una auténtica labor comparatista entre el derecho civil y canónico así su obra *Tractatus de differentiis inter jus canonicum et jus civile*. Seguido por buen número de juristas del siglo XIV. También destacaremos la obra de índole comparatista *Differentiae inter jus Romanorum et Longobardorum* de Andreas de Barulo²⁹. En Italia se desarrolló con fuerza el método bartolista, expandiéndose a Francia, Alemania y España, revitalizando las fuentes clásicas romanas.

El Renacimiento del siglo XVI trajo consigo el interés por el Derecho romano puro, y frente a los bartolistas, los humanistas invocarán el estudio histórico-crítico de las fuentes romanas clásicas. Su *mos gallicus*, enteramente doctrinal, se contrapondrá al *mos italicus* de los bartolistas, que se centraban sobre todo en la *praxis*. El humanismo impulsó un estudio más crítico de las fuentes romanas clásicas, representado en las figuras de Cuyás y Donello en Francia, Zasius en Alemania, Vinnius y Voet en Holanda y Alsacio en Italia³⁰ y además, auspició el desarrollo de los derechos nacionales y con ello el proceso de la unificación legislativa dentro de cada Estado³¹.

El derecho erudito, que será enseñado y estudiado en las grandes universidades medievales de la Europa continental, a partir del ejemplo de Bolonia, convivirá con un derecho vulgar que se desarrolla en base a los usos locales y la influencia germánica de las tribus bárbaras que penetraron y se asentaron en el Imperio romano desde el siglo IV, y que aportará las bases del derecho feudal. Los grandes cambios ideológicos, políticos y sociales de los siglos XVI al XVIII que arrancan del humanismo y se consolidan con la Ilustración afectarán sustancialmente al derecho continental.

El Derecho y sus métodos de estudio y conocimiento se verán afectados por todo este proceso en el que destacan los siguientes elementos:

- La división tradicional en el Derecho continental entre Derecho público y privado, ya utilizada por el jurisconsulto romano Ulpiano recogido en el Digesto y las Instituciones del derecho justiniano, que se arraigará con la consolidación del poder real, a partir de la noción de soberanía política y la noción de Estado.
- El fortalecimiento del poder real frente al pontificio, que dará origen a la secularización y centralización del poder político y jurídico mediante la consolidación de la soberanía real y la noción de Estado, desarrollándose un derecho público ejercido por el poder real que desarrollará una administración pública centraliza-

29 Vid. Clark, nota 139, y ref. a Horn, nota 136

30 Sarfatti, *Introducción...* p.16

31 Hug, cit. p.1040. Hazeltine, "The Renaissance..." vid. nota 50

da y un derecho estatal nacional. Así junto al tradicional derecho privado de origen romano y germano, se consolidará una esfera jurídica propia del poder que surge desde esa necesidad centralizadora del poder real, minimizando los derechos feudales, y servirá para regular las relaciones no de los ciudadanos entre sí, sino entre éstos y el poder público.

- El desarrollo metodológico del saber, que desde la escolástica tomista se abrió en un abanico de corrientes doctrinales que impulsarán el saber jurídico desde la neoescolástica al desarrollo del *ius gentium* de Suárez o Vitoria; el iusnaturalismo inaugurado por Grocio y la Escuela holandesa que tanto tendrá que ver también con el derecho del mar, y el comercio marítimo; el racionalismo, donde fermentará la metodología jurídica inductiva y deductiva; el enciclopedismo; hasta la codificación francesa iniciada a mediados del siglo XVIII y que cuajará con el código civil napoleónico de 1804 modelo de concepción del derecho típico de la Europa continental de los siglos XIX y XX, cuyo estudio originará el método exegetico. Será en el siglo XIX cuando la importancia de la doctrina sobre todo alemana, primero con la escuela histórica y después con la dogmática, se conviertan en el paradigma de la metodología jurídica continental europea.
- La expansión del modelo codificador desde la concepción del derecho justinianeo y su impronta en las recepciones y recopilaciones de derecho en la Europa continental, hasta su aplicación por el Estado centralizado, cuyos albores hallamos en los primeros códigos que aparecen en el siglo XVII en los países escandinavos. Códigos que servirán para consolidar la unidad legislativa de cada reino mediante la creación de un cuerpo normativo racional y sistemático que englobe y unifique el derecho propio de cada uno, cuyos ejemplos siguieron Federico II de Prusia y José II de Austria. Y aunque no todos los movimientos codificadores cuajaron, dos modelos consolidarán la tradición codificadora continental europea: primero el modelo napoleónico iniciado con el código civil francés de 1804, ya mencionado, y después el modelo germano asentado con el código civil alemán de 1896.
- Consecuencia de lo anterior será la consolidación de una sistemática común relativa a las fuentes del derecho continental que establecen la clásica tripartición de ley positiva, costumbre y principios generales del derecho, completada por la jurisprudencia y la doctrina.
- La importancia de la doctrina jurídica, que arranca de los grandes maestros civilistas-romanistas y canonistas medievales, y que con el movimiento codificador adquirirá un lugar propio como fuente complementaria del derecho continental. Doctrina jurídica que se desarrollará especialmente en el siglo XIX con las Escuelas de la ciencia jurídica alemana del siglo XIX que tanta influencia tienen aún hoy día en la concepción del derecho continental. Son dos las Escuelas alemanas que se enfrentarán dialécticamente respecto al modo de concebir el derecho y estudiarlo. Los juristas favorables a la codificación liderados por el romanista Thibaut, pronto encontraron la firme oposición de los llamados historicistas, cuyo mayor exponente será Friederich Karl von Savigny, que se oponían a concebir el derecho desde la pura lógica y principios abstractos formulados y sistematizados al margen de la propia realidad histórica del derecho de los pueblos, demandando el empleo de la metodología histórica, puesto que el derecho como la lengua forma parte de la historia genuina de un pueblo. Esa vía abierta en pos de un derecho arraigado en la propia historia llevó a la Escuela histórica a redescubrir, como ya en el siglo XII hicieron los juristas medievales, el derecho romano, tomando una vía propia de investigación en la Escuela denominada pandectista. El proyecto del código civil alemán iniciado en 1874 abrió la puerta a los

juristas ansiosos por elaborar un cuerpo jurídico muy técnico y preciso, que tras la publicación del mismo en 1896, requirió de una minuciosa interpretación en aras de ese mismo rigor y tecnicismo que preside esta era codificadora. Rudolph von Ihering inaugurará una nueva etapa doctrinal más dinámica y capaz de una abstracción y razonamiento jurídicos inigualables. Esta nueva dirección científica y metodológica se vinculará a la Sociología jurídica y a las Escuelas de realismo jurídico escandinavas y angloamericanas que en el primer tercio del siglo XX marcarán una importante pauta en la doctrina jurídica estadounidense. Y bajo cuya influencia hallamos juristas de la talla de Holmes o Pound claves en la construcción del derecho americano contemporáneo³².

En el seno de la familia romano-germano-canónica destacan varios modelos, a su vez inter-relacionados, de gran influencia en buen número de países.

Dentro de un primer grupo y como consecuencia de las épocas imperial del siglo XVIII y colonial de los siglos posteriores mencionaremos los modelos español y portugués. Ambos ordenamientos procedentes de esta familia jurídica serán introducidos en Iberoamérica hasta el punto de que sus estructuras e influencia están presentes en todos los ordenamientos jurídicos de Latinoamérica; si bien no han tenido gran resonancia en los demás modelos continentales europeos liderados por los modelos francés y alemán.

Un segundo grupo estará encabezado por el modelo francés napoleónico, basado en un sistema codificador que será copiado por la gran mayoría de los países de tradición civilista bajo su influencia imperial, caracterizado por su detalle y precisión de contenidos.

Finalmente un tercer grupo tomará como referencia el modelo pandectista alemán, al que antes nos hemos referido, influido directamente por la Escuela histórica alemana cuya finalidad se ceñía al estudio sistemático de las fuentes romanas, y que a su vez influirá en la codificación alemana del siglo XIX otorgando un modo peculiar de razonamiento con un altísimo grado de abstracción jurídica.

Las características generales de los modelos jurídicos procedentes de la familia romano-germánico-canónica vienen determinadas por los elementos antes enunciados que otorgan a los modelos desarrollados bajo la pauta de la tradición romano-germano-canónica un modo de entender, elaborar y aplicar el derecho radicalmente distinto de la familia o tradición anglosajona.

b. La familia, o tradición, anglosajona

La familia, o tradición, anglosajona está basada en el derecho común inglés asentado en la casuística jurisprudencial, y es el origen de los modelos británico, australiano, neozelandés y estadounidense entre otros, y bajo la influencia mercantil y colonial británica se han desarrollado los sistemas jurídicos de la India, Pakistán y el sudeste asiático como Malasia, Singapur y Hong Kong, fuertemente arraigados en la tradición anglosajona.

Derecho de aplicación práctica casuista que convive con las normas o leyes elaboradas por los distintos órganos de producción legislativa, cuya actividad se ha venido incrementando en las últimas décadas.

Suele afirmarse por los especialistas en derecho inglés que la tradición anglosajona se inicia en el siglo XI con Guillermo el Conquistador (normando que tras la batalla

32 Vid. Referencia bibliográfica de ambos autores al final de este trabajo

de Hastings en 1066 se convierte en rey de Inglaterra) puesto que el Derecho romano apenas pervivió con posterioridad al siglo V, y la costumbre se convirtió en norma predominante en la Inglaterra crisol de las distintas tribus que habitaban las Islas Británicas antes de la conquista normanda. Será, pues, a partir del s. XI cuando se desarrolle un proceso de absorción de las instituciones jurídicas precedentes y de elaboración de un derecho inorgánico y espontáneo a partir de las decisiones judiciales. Posteriormente, durante el reinado de Enrique II a mediados del siglo XII, los tribunales reales (*The common law courts*) se convertirán en la fuente de derecho común a todo el país.

En un sentido estricto suelen afirmar los juristas ingleses y angloamericanos que en el derecho inglés nunca hubo una recepción del Derecho romano pues el sistema jurídico inglés ya estaba asentado³³, opinión no siempre plenamente compartida por expertos que en detallados análisis muestran la influencia del Derecho europeo continental en el *common law*³⁴, llegando incluso a afirmar que Inglaterra tuvo hasta tres recepciones de Derecho romano³⁵; y por otra parte no podemos ignorar las raíces canónicas del mismo³⁶, en base a la influencia que la Iglesia y su Derecho han tenido en la Inglaterra del Medievo.

No obstante, mientras en la Europa continental los juristas medievales se formaban en la Universidades que elaboraban y difundían la recepción romano-canónica, los juristas ingleses se formaban en torno a los tribunales del *common law* a través de las *inns of court*, cuyo origen se vincula también a esa necesidad de centralización de la administración de justicia. Surgen como hospedaje de abogados y funcionarios y los *apprentices at law* acuden a Londres cuando los tribunales están reunidos alojándose en estas posadas. Luego, en el s.XIV, se transformaron en auténticas asociaciones de abogados, y ya en el s.XV de entre ellas se elegían jueces y *serjeants at law*. Hoy día son aún las principales asociaciones de abogados ingleses (así, *Inner Temple*, *Middle Temple*, *Gray's Inn*, *Lincoln's Inn*).

Al margen de la cuestión sobre la influencia de la tradición europea continental en la conformación del derecho inglés, su diferente evolución y desarrollo son evidentes. Si el derecho continental se basa en la norma, como ley positiva, el derecho anglosajón se basa en las acciones jurídicas. Expresado en palabras de uno de los mejores juristas angloamericanos -Justice Holmes- que fue magistrado del Tribunal Supremo norteamericano a mediados del siglo XX: *the life of the law has not been logic, it has been experience*³⁷.

Como decíamos en los siglos XII y XIII se consolidan en Inglaterra las *common law courts* de dos tipos:

- 1 - como sistema de justicia itinerante y
- 2 - como sistema de creación de dos grandes tribunales centrales, desgajados de la *Curia Regis*, y consolidadas constitucionalmente en la Magna Carta en 1215: *Court of King's Bench* y *Court of Common Pleas*

33 De Cruz, cit. p.100.

34 En este sentido Frank, J., *La influencia del...* traducido por José Puig Brutau (1957). Y Windfield, *The Chief Sources* ...pp.54-60.

35 Vid. Levy-Ullman, *The English Legal* ...pp.169-203.

36 Vid, la sugerente monografía de Martínez-Torrón, J., *Derecho angloamericano y derecho canónico. Las raíces canónicas de la common law*. Madrid, 1991, que afronta con rigor este interesante tema.

37 Holmes, *The Common...* 1,5,36 (1881). No conviene olvidarnos, por otra parte, de que Holmes conector de la obra de Ihering, y de la técnica jurídica del Derecho romano clásico, ha influido con sus reflexiones al respecto sobre el modelo jurídico angloamericano a lo largo del siglo XX. Vid también sobre el tema en clave comparatista Stein, "Logic and Experience..." pp.433-451

Estos tribunales habrán de convivir con las *ecclesiastical courts*, o *courts christian* de la Iglesia (primero vinculadas al derecho canónico de la Iglesia de Roma y desde el siglo XV al derecho eclesiástico anglicano) hasta el s. XIX. Existirá una doble jurisdicción (canónica y del *common law*) a pesar de los *Writs of Prohibition* (órdenes de la jurisdicción real a la eclesiástica conminándola a que se abstuviera de juzgar en casos reservados al *common law*) asentados desde el s. XIII, que con frecuencia quedaban sin vigor al alegar el demandante *fidei laesio* (*breach of faith*) puesto que el demandado había comprometido en el pacto su fe de cristiano (*pledge of faith*).

El derecho secular terminará por imponerse al eclesial, como sucedió también tras la revolución francesa en el s. XVIII en el continente europeo.

Por todo ello, el *common law*, mas que derecho consuetudinario será derecho judicial, entendiéndose por éste las sentencias judiciales que van declarando lo que es o no derecho en cada caso, así podemos definir el *common law* como *judge-made law*. Desde esta concepción los factores decisivos de la actuación judicial son:

- Los *Writs*, cuyo nombre esta ligado al término latino *breve*, que en sus inicios eran instrucciones transmitidas a la autoridad local (*sheriff*) para que actuase de un determinado modo ante una injusticia comunicada al rey, luego serán documentos que posibilitaban la actuación de los tribunales reales. Y cada *writ* se daba para un supuesto concreto. En 1258 las *Oxford Provisions* frenan la expansión de los *writs* prohibiendo la elaboración de nuevos *writs* sin autorización del *King's Council*.
- La vinculación al precedente judicial: *stare decisis*
- Las declaraciones generales, *statements*, que pretenden guiar u orientar la resolución judicial en base a fuentes autorizadas y reforzadas por dictámenes judiciales: *rules of law*. Así cada *rule of law*, garantiza un derecho, *right*, y una persona solo tiene *legal right*, si su demanda se apoya en una *rule of law*, aplicando en su caso un *remedy*, previsto por la ley para garantizar o proteger un derecho lesionado.

Junto a las *common law courts*, y con posterioridad, se crearon *the Courts of Chancery* que desarrollarán un cuerpo jurídico independiente denominado *equity*. La finalidad de ambos tribunales será la de proporcionar una solución pragmática al conflicto jurídico planteado. Y a partir del siglo XIX ambos *common law* y *equity* sólo serán administrados por *the Courts of Chancery*.

La casa Tudor contribuyó de modo eficaz a la transformación del *King's Council* al crear Enrique VIII *the Court of Star Chamber*, con una amplísima jurisdicción criminal, que incluía conspiración, traición y perjurio bajo un procedimiento inquisitorial de origen romano canónico. El establecimiento del Parlamento como cámara legislativa separada del rey y su consejo reforzó la autonomía del mismo restringiendo las prerrogativas reales progresivamente y tras el tumultuoso periodo de los Estuardo el sistema legal inglés sobrevivió al igual que su monarquía.

En el siglo XIX el derecho inglés será objeto de reformas estructurales y sociales. Jeremy Bentham fue especialmente consciente de la necesidad de una reforma jurídica que respondiera a las necesidades sociales de la época y con ello se generó un movimiento codificador que sin embargo no halló la respuesta necesaria entre los órganos de poder aunque se produjeron reformas importantes al crearse en 1873 y *75 the High Court of Justice*, (posteriormente redefinida en 1971) y en 1876 se reestructuró la cámara de los *Lords*³⁸.

38 Vid. Gendon, Gordon & Carozza, cit. p.164 t ss.; Zweigert & Kötz, cit. p.197 y ss.

Por razones históricas vinculadas a anexiones políticas o a colonizaciones, el sistema inglés convive estrechamente con sociedades cuyo sistema jurídico se arraiga en la tradición romanista. Tal es el caso de Escocia, durante más de 200 años aliada de Francia y abierta a su influencia cultural y jurídica. En Escocia, al contrario que en Inglaterra, sí se operó una clara recepción del derecho romano en los siglos XIV y XV, y aun hoy día las demandas independentistas escocesas incluyen su sistema jurídico propio, ofreciendo una interesantísima simbiosis jurídica de ambas tradiciones³⁹.

Ciertamente la importancia de la tradición inglesa radica en su expansión fruto del colonialismo británico a partir del siglo XVI. En América del Norte, las colonias británicas se independizarán y crearán su sistema jurídico propio a partir del modelo inglés; así Estados Unidos independizado en 1776, aunque la incorporación de territorios sometidos a la influencia española o francesa también pondrá de manifiesto la convivencia entre ambas tradiciones como el caso de Louisiana con parte de su legislación codificada; Canadá, es otro ejemplo de esta interacción entre ambos sistemas, debido a su doble origen franco-británico, con un peculiar sistema en el que conviven ambas tradiciones y en el que la tradición francófona lucha por su supervivencia y, simultáneamente, la tradición inglesa se ve muy influida por la jurisprudencia norteamericana. En África un ejemplo también muy peculiar es el de Sudáfrica cuyo sistema jurídico ha asimilado el derecho continental holandés por una parte y el inglés por otra.

Bajo una influencia netamente anglosajona, India, Pakistán, Nigeria, Kenia, Uganda Tanzania, Australia y Nueva Zelanda entre otros, ponen de manifiesto la importancia de la tradición del *common law*.

3. La penetración y estabilidad del modelo parlamentario de Estado de Derecho

La penetración y estabilidad del modelo parlamentario de Estado de Derecho y su proyección e interacción con las distintas tradiciones y modelos jurídicos, resulta clave para la comprensión del Derecho comparado y su metodología.

El modelo parlamentario se arraiga en la noción de soberanía y en las bases de las nuevas ideologías que se inician con el Humanismo y se asientan con la Ilustración en Europa, consolidando lo que serán las grandes aportaciones de los siglos XVI a XVIII, que conviene tener presentes en este punto, así:

- La tolerancia religiosa, que presidirá la primera etapa de convivencia entre las distintas comunidades protestantes y los católicos -tras la guerras religiosas que asolaron Europa- se transformará en **libertad religiosa** como la mejor opción posible para una plena convivencia multi-religiosa. La libertad religiosa piedra angular de las demás libertades adquiere su mejor reconocimiento público, tras la declaración de Independencia de EEUU y la aprobación de su Constitución, en la Primera de las Enmiendas a la misma, Enmiendas cuya formulación siguen la Declaración de Derechos de Virginia, elaborada por George Mason y enmendada por James Madison⁴⁰.

- **La secularización de la sociedad** fruto de la evolución ideológica a partir de la crisis del hierocratismo, y de la generalización de las doctrinas antihierocráticas, críticas al absolutismo del poder pontificio -desde el marsilianismo de mediados del siglo XIV y conciliarismo afianzado un siglo después- a la noción de independencia entre la Iglesia y el Estado desde el planteamiento doctrinal que aporta, Nicolo Machiavelo

39 Ibid. p. 201-204

40 Vid. Morán, *La protección jurídica de la libertad religiosa en U.S.A.* (Santiago, 1989) pp.15-27.

(Maquiavelo) (1459-1527), al dotar al Estado de unas finalidades autónomas, no morales, que sentarán las bases de la llamada “razón de Estado”. Su aportación a la **secularización del poder**, al exaltar la noción de Estado en detrimento del poder temporal de la Iglesia, será fundamental para las construcciones doctrinales posteriores, al instaurar las bases del secularismo que desarrollarán los cartesianos, los empiristas y los pensadores de la Ilustración. Y junto al principio de la secularización del poder, el principio de la razón de Estado que se impondrá en los siglos XVII y XVIII

- El cauce especialmente abierto en Inglaterra mediante el **modelo de monarquía parlamentaria**, cuyos albores se distinguen ya en la Carta Magna y se consolidan, tras las crisis entre la monarquía inglesa y el Parlamento que llevará al país a una guerra civil cuyo resultado será la condena y ejecución del rey Carlos I en 1649. Transcurrida la etapa del protectorado de Lord Oliver Cromwell, la monarquía parlamentaria permitirá la supervivencia de la soberanía monárquica⁴¹, lo que no fue posible en Francia bajo el modelo monárquico absolutista.
- **El republicanismo** como forma de gobierno más justa en la que la soberanía es popular y representativa, y está dividida y limitada y que culmina con el modelo de Estado liberal constitucional. El republicanismo se había puesto de manifiesto, con anterioridad a su formulación doctrinal, en concretos ejemplos republicanas o federalistas como los cantones suizos, una parte de los Países Bajos y las Ciudades-Estado italianas, éstas últimas no exentas del ejercicio del poder autocrático como Florencia, Venecia o Génova. Un caso particular es el de Bohemia, bajo el poder de los hussitas, que estaba configurado como una república muy próxima a la democracia, cuyo gobierno estaba formado por una dieta y concejos locales, convirtió a Praga en una cuasi democracia. Estos precedentes del modelo republicano, abrirán el cauce a un conjunto de pensadores de la Ilustración cuyas ideas cuajarán entre los seguidores de dos revoluciones que acabarán una, con el modelo de absolutismo monárquico en Francia, y la otra, con el modelo colonial inglés en América, tras su declaración de independencia. Los ejemplos francés y estadounidense, conformarán modelos jurídicos que penetrarán las estructuras de Derecho tradicionales continental y anglosajona, y se exportarán a un buen número de países vinculados a planteamientos independentistas y/o nacionalistas de los siglos XIX y XX
- La noción de **libertad individual y colectiva**, ya perfilada inicialmente en la Carta Magna inglesa, y desarrollada por los librepensadores del XVIII como Voltaire (François-Marie Arouet) (1694-1778) -a quien su exilio en Inglaterra le hará tomar conciencia del valor de la libertad y de la tolerancia- será enunciada plenamente en las Declaraciones de Derechos y en las Constituciones democráticas siguiendo el ejemplo francés y estadounidense. La libertad jurídica, individual y colectiva, será objeto de especial protección en un marco más amplio que el nacional o estatal, y así siguiendo la pauta iniciada en el ámbito internacional por la Declaración de Derechos de la Asamblea de la ONU en 1948, un buen

41 En Inglaterra precisamente en 1649 se proclamará una forma republicana de gobierno, la Commonwealth, supervisada bajo el Lord Protector, figura política iniciada con Oliver Cromwell y continuada hasta 1660 por su hijo, que concluirá con la proclamación como rey de Carlos II (1660-1685) que será sucedido por su hermano católico Jacobo II (1685-1688) cuyos conflictos con la Iglesia anglicana le harán refugiarse en Francia. El Parlamento le ofrecerá la corona a Guillermo III de Orange, estatúder de Holanda, firmando el *Bill of Rights* que otorga la libertad de expresión al Parlamento inglés. Posteriormente en 1707 los parlamentos de Inglaterra y Escocia firmarán el acta, que unirá a ambos países creándose el Reino Unido, en la que Escocia conservará su propio sistema jurídico y su estructura religiosa basado en la Iglesia nacional escocesa. Con esta unión política se reforzará su expansión mercantil y colonial sentando las bases de lo que será el Imperio británico y su colonialismo

número de declaraciones internacionales, firmadas y ratificadas por gran número de Estados en los últimos 50 años, destacarán y reconocerán la trascendencia de la libertad individual y colectiva, su contenido formulado en derechos y deberes, sus límites, y la necesidad de su garantía como el primero de los derechos fundamentales de la persona

- La importancia de **la justicia social** como base de la sociedad, a partir de la obra de Jean Jacques Rousseau (1712-1778), quien elaborará una de las primeras formulaciones de la idea de justicia social. Y que, posteriormente, se incorporará como valor jurídico esencial en los Estados de Derecho contemporáneos.
- El **mercantilismo** como base del bienestar y progreso social. El mercantilismo se convertirá en la teoría económica dominante y en un instrumento poderoso del absolutismo político y de la expansión colonial de los imperios europeos, al propugnar el mayor bienestar común y una economía real saneada que permita la expansión colonial⁴². El mercantilismo se orientará hacia el libre mercado dentro del reino y la posibilidad de la libre exportación. En este sentido, Grocio, abogado de la Compañía de las Indias Orientales además de padre del iusnaturalismo, defenderá la libertad del mar en beneficio de todas las naciones, oponiéndose a los monopolios mercantiles navales portugués, inglés y español. Con ello no harán sino fortalecerse **las bases del liberalismo** partiendo de la voluntad humana asumida desde la libertad de la razón humana. Y a la postre crear las condiciones socio-económicas actuales y las consecuencias político-jurídicas que se derivan de ello.

4) Las diferentes técnicas que pueden ser empleadas desde la aplicación de los principios básicos del derecho comparado, de la macrocomparación a la microcomparación, y sus dificultades prácticas.

Sociólogos, economistas, juristas y estudiosos de la Ciencia política, han venido estudiando las cuestiones enunciadas, requiriendo para ello, el empleo de la metodología comparada en sus tareas docentes e investigadoras. Pero también los juristas, y especialmente ellos, no pueden ser ajenos al conocimiento de estas coordenadas que permitan ubicar adecuadamente en un contexto histórico, social, económico y cultural, el objeto de su estudio, para que su valoración jurídica sin perder la necesaria perspectiva y a la vez precisión, gane mayor riqueza de matices y mayor capacidad analítica y crítica. Entiendo que al construir estos puentes científicos, podremos afrontar con mas certeza y fiabilidad los objetivos de nuestro trabajo investigador, viendo con mayor nitidez todas las soluciones posibles y evaluando las más viables y eficaces.

La metodología comparada contemporánea, como cauce para la investigación jurídica, recibe el impulso inicial más relevante del siglo XX a partir de la nueva sistemática aportada por Ernest Rabel⁴³.

42 Desde esta concepción, los grandes imperios coloniales del siglo XVII –España, Portugal e Inglaterra- consolidarán unas relaciones políticas y económicas que determinarán los grandes cambios socio-políticos de los siglos XVIII y XIX. Junto a ellos, no debemos olvidar el papel desempeñado por los Países Bajos (independizados de España en 1579 por la Unión de Utrech y convertidos en república bajo el estatutorado de la casa de Orange) y la colonización holandesa tras la fundación en 1602 de la Compañía de las Indias Orientales y en 1621 la de las Indias Occidentales, entre cuyos objetivos estaba el de obtener territorios que pudiesen colonizar los calvinistas. Y así a finales del siglo XVIII las colonias holandesas disponían de organizaciones políticas desarrolladas según el modelo instaurado en los Países Bajos, que era la antítesis del absolutismo monárquico europeo y que arraigarán especialmente en las colonias inglesas de América.

43 Rabel, *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, 1925 (reeditado en 1967, Rabel, *Gesammelte Aufsätze III*, ed. Leser). Cita de Rabel en Zweigert & Kötz, cit. p.32.

Rabel parte de dos conceptos clave: **funcionamiento** y **contexto**. Por una parte, no se puede comparar sistemas, instituciones o normas sin conocer su funcionamiento; por otra, no se puede conocer tal funcionamiento si se ignora el contexto cultural, económico y jurídico de una determinada sociedad. De ahí que el papel que juega el derecho comparado está más próximo, por expresarlo metafóricamente, a la psicología jurídica que a la anatomía jurídica.

Las consecuencias metodológicas de ello serán: 1) el previo conocimiento del derecho extranjero objeto de nuestra comparación. Conocimiento que no se limita a conocer o estar familiarizado con las grandes líneas jurídicas bajo las que opera dicho sistema jurídico sino, además, su finalidad y sus mecanismos operativos; 2) el conocimiento minucioso del propio sistema jurídico, lo que aún pareciendo obvio, no por ello resulta sencillo, pues no siempre en la formación jurídica se accede al estudio global del derecho propio, desde lo que se suele denominar Teoría general del derecho; 3) la necesaria contextualización de dos o más sistemas jurídicos, que exige no sólo el conocimiento heurístico y teórico sino también una investigación empírica y práctica; por ello, en el ámbito del derecho comparado se revela como idónea la necesidad del trabajo en equipo, que permite desarrollar una labor investigadora coordinada utilizando los conocimientos, las técnicas y la creatividad colectiva, que van más allá de los meramente individuales, y que otorgan a la investigación una sensibilidad y riqueza de matices inigualable, que nace de la reflexión compartida si la comparamos con la actividad investigadora en solitario; 4) la capacidad de separar o de liberar las categorías conceptuales de un sistema jurídico para poder ser examinadas a la luz de otro sistema jurídico a las que, en principio, son ajenas, pero que contrastada su necesidad social, abren nuevas posibilidades al sistema jurídico al que podrían ser adaptadas; 5) la necesidad de integrar en nuestra investigación las reglas de la macrocomparación para desde ella profundizar en el análisis microcomparatista⁴⁴.

Uno de los manuales clásicos de Derecho comparado, La introducción al Derecho comparado de Zweigert y Kötz, todavía de total actualidad, nos ofrece una aguda visión del método comparado⁴⁵. Los autores parten de la afirmación de que el mejor método debe ser descubierto a partir de intento (*trial*) y el error. No dudan, estos reconocidos autores, que la metodología comparada no puede ser determinada a priori desde una particular filosofía o esquema jurídicos; por ello, a la hora de evaluar las distintas soluciones posibles a un problema jurídico, el criterio final es, con frecuencia, la constatación práctica y el sentido inmediato de la adecuación. Por ello ponen de relieve que el derecho comparado no sólo muestra la vaciedad de la sistemática y el dogmatismo jurídicos predeterminados, sino que evidencia sobre todo, la necesidad de asirse a las demandas de la realidad mediante reglas operativas y funcionales.

Así pues, partiendo de la funcionalidad podremos contrastar que los sistemas jurídicos de cada sociedad afrontan problemas similares obteniendo con frecuencia soluciones similares, si bien, el modo de resolver tales problemas puede diferir notablemente. Un error frecuente al iniciarse en la metodología comparada consiste en asumir que el sistema jurídico propio o del que se parte ofrece todas las soluciones posibles, y en nada puede ser útil el conocer sistemas jurídicos ajenos. Y así el principio metodológico básico para aplicar la funcionalidad con éxito será el de evitar las preconcepciones que nos aporta el sistema jurídico nativo o propio, en especial las relativas a las fuentes del derecho. Cuando la necesidad de nuestra investigación requiere de la interacción entre dos o más sistemas jurídicos implicando a aquellos de origen con-

44 Vid Glendon, Gordon & Carozza, cit. p.10-12.

45 Cfr. Zweigert & Kötz, cit. p.33-46.

tinental europeo junto a los de origen anglosajón, la combinación de la deducción -propia de los sistemas continentales que nos ofrecen la abstracción y generalización jurídicas- con la habilidad jurídica anglosajona de solventar problemas jurídicos concretos, constataremos que aunque las instituciones y los sistemas son radicalmente diferentes realizan una función similar.

Con ello llegamos a una regla básica en derecho comparado: sistemas jurídicos diferentes, ofrecen soluciones similares a los mismos problemas jurídicos. Por lo tanto el estudio comparado sirve como principio heurístico, esto es, nos dice dónde buscar en un sistema jurídico extranjero para poder hallar similitudes y sustitutivos. Ciertamente los sistemas jurídicos “maduros” son frecuentemente empleados o imitados por otros, los llamados afiliados o pertenecientes a la familia jurídica básica y desarrollados a partir de ésta. Por ello es sumamente útil en éstos casos acudir al sistema originario de los de una misma familia, para después examinar los sistemas próximos dentro de esa misma familia jurídica.

El proceso de comparar jurídicamente comienza, en sentido estricto, una vez que se ha concluido el estudio y análisis de los sistemas jurídicos diversos al propio, lo que con frecuencia nos llevará a los dominios de otras ciencias sociales, como la Economía, la Ciencia política o la Sociología. A partir de aquí estaremos listos para afrontar el proceso de la comparación en sí mismo, cuyos retos incluyen las dificultades lingüísticas de sintaxis y terminología jurídica así como de comprensión de las reglas propias de esa sociedad, proceso encaminado a elaborar una estructura jurídica amplia y flexible en la que nos podamos mover con comodidad, que nos conduce a una visión de la ciencia jurídica comparada universalista a la que ya se refería Ihering a mediados de los años veinte. Desde la estructura jurídica elaborada podremos reflexionar y elaborar una evaluación crítica sobre los hallazgos encontrados.

Seguidamente, intentaremos responder a algunas de las cuestiones prioritarias relativas al empleo del método comparado, teniendo presentes los estudios más sólidos y actualizados que han afrontado con mayor rigor tales cuestiones: Así

¿Cuáles son los principios básicos del método comparado?

Este fue uno de los temas tratados en el último simposio celebrado sobre metodología comparada titulado “Nuevos horizontes en Derecho comparado” (*New Directions in Comparative Law*) publicado con el resto de las ponencias y comunicaciones en *The American Journal of Comparative Law*, en 1998. Reitz enuncia en su ponencia “How to Do Comparative Law” dichos principios⁴⁶, teniendo presente que si bien es relativamente fácil exponerlos teóricamente, su puesta en práctica no es tarea fácil. Seguidamente sintetizamos tales principios:

1) Derecho comparado implica explícitamente la comparación y la mayoría del derecho extranjero que se estudia puede ser reforzado en sus argumentos jurídicos con el empleo explícito de la comparación. Ciertamente esta afirmación no es una tautología aunque pueda parecerlo, pues aunque se escribe mucho sobre derecho extranjero se suele dejar en manos del lector la tarea de la comparación jurídica propiamente dicha, con ello se desaprovecha una ocasión espléndida para ir más allá de la presentación o exposición del derecho extranjero sobre la materia de nuestro interés, sacando mucho mayor partido a nuestro esfuerzo investigador, y ofreciendo al lector un trabajo más completo y elaborado, con un riesgo menor de equívocos o malinterpretaciones en los que un lector no familiarizado con la comparación jurídica y sus reglas operativas pueda incurrir. Y sobre todo, poniendo de relieve qué resulta más útil del sistema jurídico ajeno para tener en cuenta en nuestro propio sistema legal.

46 46 AJCL 617-636

2) El método comparado consiste esencialmente en centrar nuestra atención en las similitudes y las diferencias entre los sistemas jurídicos objeto de nuestra comparación sin olvidar la posibilidad de su equivalencia funcional. Es aquí donde el comparatista afronta el “enigma de la traducción” la similaridad o no de términos, su equivalencia, su radical diferencia, es una labor que exige tanto técnica como creatividad que han de regirse por el principio de la congruencia jurídica desde la complejidad de los matices y la reflexión necesaria que requiere cada uno de ellos.

3) El proceso de la comparación jurídica es particularmente adecuado para obtener conclusiones relativas a los caracteres distintivos o individuales de un sistema jurídico y las “comunalidades” (elementos comunes) o similitudes referidas a un tema o cuestión jurídica concreta, lo que no lleva más allá de la mera presentación o información sobre el derecho extranjero relativo a dicha cuestión, planteándonos cómo podríamos mejorar nuestra legislación al respecto a la vista de las conclusiones obtenidas, o incluso cómo nuestra legislación doméstica se ve penetrada o influenciada por otras legislaciones extranjeras y qué efectos conlleva para la evolución jurídica de nuestro derecho o sistema jurídico.

4) Uno de los mayores beneficios en el análisis comparado es la tendencia a una mayor abstracción y a la vez una mejor equivalencia funcional lo que necesariamente repercute en una potencial mejora de nuestro sistema jurídico al establecer categorías jurídicas más amplias que permitan acomodar términos y nociones jurídicas con una equivalencia funcional en nuestro orden jurídico.

5) El diálogo que se establece entre los especialistas de los distintos sistemas jurídicos se ve notablemente enriquecido con el uso del de las reglas de la comparación que permiten, además, poner de relieve los matices económicos, políticos, culturales y sociales que alejan o aproximan unas sociedades de otras, unos grupos sociales de otros y su modo de hacer y entender el derecho.

6) La importancia de las fuentes jurídicas propias de cada sistema jurídico, su interacción teórica y práctica, y junto a ello, el conocimiento preciso y actualizado de la bibliografía más relevante sobre ellas, lo que nos permite acceder a la suficiente sensibilidad jurídica para comprender un sistema jurídico ajeno, y su modo operativo mediante sus fuentes jurídicas.

7) Por ello es ineludible para un buen comparatista el conocimiento lingüístico, histórico y sociológico para evaluar e interpretar fiablemente los contenidos jurídicos de los sistemas jurídicos que compara, siendo de gran utilidad la posibilidad de conocer en primera persona el sistema jurídico que se estudia mediante la inmersión cultural y jurídica en él, y para ello nada mejor que las estancias en centros de investigación del país cuyo derecho intentamos explorar y conocer, para poder asimilarlo con más intensidad y plenitud.

8) La formación investigadora debe por todo ello incorporar y enfatizar la comparación jurídica por los beneficios que de ella se deriva. De entre los cuales no es el menor de ellos el hecho de que conocer implica valorar y respetar otros órdenes culturales y jurídicos que nos son ajenos o nos puedan parecer ajenos, pero que en todo caso enriquecen nuestra formación humana y jurídica, y promueven una mayor comprensión e interacción entre comunidades y sociedades diversas.

Teniendo en cuenta estos principios, ¿cuáles son las mayores dificultades a la hora de emplear el método comparado en nuestra tarea investigadora?

En primer lugar, y como dificultad mas inmediata los problemas derivados de las **diferencias lingüísticas, semánticas y terminológicas**. Es aquí donde el léxico jurídico difiere sobremanera a diferencia de las demás ciencias que emplean una termino-

logía común. Y es aquí también, donde se suelen cometer los primeros errores debidos a una traducción deficiente o ambigua de los contenidos jurídicos. Un error muy habitual es el empleo de sinónimos de términos que nos parecen semejantes pero que su significado dista mucho de ser equivalente, por la diversa tradición jurídica de donde provienen. Un ejemplo clásico es encontramos en traducciones poco precisas jurídicamente la equiparación entre el del término “ley” y el vocablo inglés *law*. “Ley” en la tradición romanista se ciñe a la noción de derecho positivo, frente a la mas amplia de norma. Lo que en la tradición del *common law* se asimilaría a *Act*, y *law* en cambio se aproxima a la noción continental de “derecho”. Otro ejemplo sería el vocablo equidad y *equity*, en absoluto coincidentes ni equivalentes; en derecho continental, aunque no se define en los cuerpos legales codificados, la equidad se arraiga en la noción romana primero y canónica (*aequitas canónica*) después. En el derecho anglosajón las normas, aforismos y prácticas de la equidad fueron elaboradas por *the Courts of Chancery*⁴⁷ y están predeterminadas, aunque su origen sí está vinculado a su a la noción greco-romana y hay una evidente inspiración en la *aequitas canónica* pues su uso primitivo era sinónimo de *mercy*⁴⁸. Pero la dificultad es aún mayor cuando dentro de una misma familia jurídica el mismo término tiene significados diversos según el contexto sea derecho inglés o derecho angloamericano por ejemplo⁴⁹. Así la expresión jurídica *stare decisis* o del precedente judicial, por la que los jueces estadounidenses de los tribunales de primera instancia o inferiores en la pirámide judicial, no se vinculan a precedentes judiciales en sus propias decisiones; en cambio los jueces ingleses aplican una interpretación más formalista del *stare decisis* y por tanto el precedente jurisprudencial les ata, lo que se denomina *binding decision*⁵⁰.

Por ello para Gerber, el derecho comparado necesitaría para la consecución de sus objetivos de la elaboración de un lenguaje comparado propio⁵¹, puesto que el lenguaje jurídico resulta equivoco en el ámbito de la comparación entre sistemas con lenguajes diversos. De ahí los beneficios que reportarían del empleo de un lenguaje común y propio en el ámbito de la comparación jurídica, cuya construcción debería de ser desarrollada por la metodología comparada. Es esta una labor macrocomparatista aún no iniciada pero de grandes posibilidades a desarrollar por equipos investigadores capaces de dar forma a una herramienta tal útil como compleja de la creación, construcción y desarrollo de un lenguaje comparado en el mundo jurídico.

En segundo lugar, y no menos importante que el caso anterior, **las diferencias culturales**, a menudo minimizadas o ignoradas en los trabajos comparados. No debemos de olvidar que la peculiaridad de cada sistema jurídico reside en el delicado equilibrio entre cultura, derecho y sociedad, por ello la tarea de los sociólogos no debe ser ignorada en la investigación jurídica.

En tercer lugar el investigador comparado debe de **evitar los riesgos de tomar el sistema propio como el más idóneo**, simplemente por ser el sistema con el que estamos mas familiarizados, y en consecuencia, casi de modo mimético trasladar su sistemática y conceptualización jurídicas a sistemas jurídicos diversos, desvirtuándolos, o

47 De Cruz, cit. p.216

48 Al respecto vid. Frank, cit. p.21-25. También Hazeltine, “The early history of English Equity” en *Essays in legal history*. (Oxford 1923) p.261-285. Pollock, “The Transformation of Equity” en *Essays...*(1913) p.286 ss. Y con muy interesante planteamiento y bibliografía Martínez-Torrón, cit p. 67-92.

49 Son de gran utilidad las obras dedicadas al texto jurídico y su traducción realizadas por filólogos que nos aportan unas claves de traducción muy útiles. Así para la traducción del inglés Borja Albi, *El texto jurídico inglés y su traducción al español*. (2000) con amplia bibliografía y ejemplos prácticos.

50 *Ibid.*, p.215

51 Gerber, “System Dynamics...” p. 719

incluso criticándolos o minusvalorándolos, cuando no despreciándolos, por sernos ajenos y diferir de nuestra identidad cultural. Por ello, y para evitar este error, es necesario ahondar en el sistema jurídico ajeno para comprender y asimilar sus propias estructuras y en su propia identidad jurídica, evitando el riesgo de imponer inconsciente o subconscientemente el modelo jurídico de que partimos, o descartar el ajeno por falta de la suficiente sensibilidad cultural e histórica o superficial conocimiento del mismo.

En cuarto lugar la viabilidad de la comparación que deseamos realizar, lo que desde luego depende de una serie de factores: los componentes socio-culturales y económicos de ambas sociedades, la relación que existe entre la administración y el administrado en los modelos jurídico objeto de nuestra comparación, el nivel de desarrollo institucional, o por expresarlo de otro modo el grado de madurez jurídica de ambos modelos, para que, a la vista de toda esta información, la comparación sea fructífera⁵².

¿Cuál es el *iter* metodológico en la comparación jurídica?

Existe una notable bibliografía sobre la comparación jurídica, no obstante, no hay muchos comparatistas que hayan elaborado un *iter* metodológico que sirva de ayuda a los investigadores que se inician en la comparación jurídica. Destacan a mi juicio dos en esta tarea, Kamba⁵³ y De Cruz⁵⁴. A la vista de sus consideraciones, me permito en esta reflexión personal con una evidente finalidad práctica, establecer lo que podría ser dicho *iter* en un proceso de comparación jurídica:

1º) la fase electiva, esto es, la importancia de la elección del tema objeto de comparación y su contexto social, económico y jurídico. La elección del tema implica su **viabilidad comparatista**, y a su vez, su contexto socio-cultural nos ofrece una perspectiva macrocomparada necesaria para poder definir nuestro objetivo. Sin el conocimiento de unas coordenadas macrocomparatistas lo más probable es que nos perdamos en el laberinto de la microcomparación.

2º) la fase descriptiva, esto es, partiendo de dicho contexto se examinarán los sistemas jurídicos a compararse desde la macrocomparación a la microcomparación. Así será necesario conocer la estructura y funcionamiento de cada sistema jurídico en su conjunto y en la institución, norma o aplicación práctica objeto de nuestro estudio, poniendo especial atención en la terminología y su adecuada traducción. Se realizará pues un **estudio en paralelo de los sistemas jurídicos** describiendo su modo operativo, sus estructura, sus fuentes, las nociones jurídicas sobre las que se asienta, y los problemas jurídicos que plantean su aplicación.

3º) dicho estudio nos permitirá afrontar **la fase identificativa**, en la que **identificaremos de las analogías y diferencias entre los sistemas** objeto de nuestro interés, aquí de nuevo habremos de apelear al contexto socio-cultural para percibir con la mayor sensibilidad posible dichas similitudes y diferencias.

4º) tras ello podremos acceder a **la fase explicativa o conclusiva** en la que aplicando el principio de la funcionalidad, **estableceremos unas hipótesis** que revisaremos a la luz de un test que nos permita comprobar los resultados y ampliar nuestro horizonte jurídico. Dicho test tendrá que **incluir un cuestionario** cuya elaboración dependerá de los objetivos inicialmente planteados, para así constatar los resultados obtenidos. Así entre las preguntas a plantearnos cabrían las siguientes: ¿nos ha ayudado el método elegido a conocer mejor la institución objeto de nuestro interés?, ¿se ha visto enriquecido dicho estudio

52 Gutteridge, cit. (ed. de 1949) p.73

53 Kamba, "Comparative law..." , p.485

54 De Cruz, cit. 233 y ss.

por las opciones que ofrecen otros sistemas jurídicos?, ¿qué viabilidad tendrían en nuestro caso en el sistema jurídico propio?, ¿sería factible una reforma jurídica, o una diversa aproximación judicial, a la luz de los datos contrastados?, desde una perspectiva dinámica de la sociedad y su derecho, y los principios sobre los que se asienta ¿camina nuestra sociedad hacia las pautas jurídicas establecidas en los sistemas jurídicos objeto de nuestro análisis comparado?, ¿qué utilidad concreta tienen dichas pautas en nuestro orden jurídico?

Resulta muy ilustrativa en este punto la tesis de Öricü⁵⁵, para quien el Derecho comparado es sustancialmente derecho comparado crítico puesto que su función habría de ser eminentemente de anamorfosis, dotando de un ángulo en el que las imágenes distorsionadas pueden ser corregidas, de este modo el derecho comparado se nos presenta como la mejor herramienta para las reformas jurídicas ofreciendo modelos que contribuyan a comprender mejor los conceptos dinámicos en los que se mueve nuestra sociedad, conceptos como nación, soberanía, sistema jurídico, e incluso derecho o justicia. Y es ahí donde radica la importancia del papel constructivo del derecho comparado. Como afirma Markesinis el derecho comparado permite construir puentes entre sistemas jurídicos y juristas, aunque para ello haya que destruir algunos mitos cuyo papel ha sido eminentemente destructivo. Afirmaciones como que el sistema codificador dota de una formulación completa y accesible del derecho, o que dicho sistema es básicamente rígido o que el casuismo inglés se adapta especialmente a nuevas circunstancias jurídicas, o simplemente que un sistema extranjero no tiene nada que ofrecer al propio⁵⁶.

El derecho, como afirma Demleitner⁵⁷, refleja y construye los valores y las normas que rigen una determinada sociedad, y esta función revela el poder del derecho sobre los cambios de la sociedad, y el derecho comparado tiene en este contexto una posición privilegiada como constructor y reflejo de los valores y normas de las distintas sociedades y su interacción.

Las Facultades de Derecho tienen una función propia en la formación de juristas capaces de aplicar el derecho en la sociedad, pero también tiene una función que no debe ser subestimada -que a menudo no se tiene en cuenta o se tiende a minusvalorar por los juristas que viven día a día el derecho positivo- y es la de permitir una formación que va más allá del conocimiento teórico del derecho en cuanto sus fuentes, su sistematización y su posterior aplicación práctica. Formación que implica un conocimiento más amplio de la sociedad y su entorno cultural y económico, que no se limita al conocimiento o su acceso al derecho propio, o en el entorno europeo del llamado derecho comunitario, o geográficamente más amplio desde los contenidos propios del Derecho internacional público, sino que debe afrontar un reto sustancial, el papel del derecho en la propia sociedad y en los distintos órdenes jurídicos en una era en la que no nos podemos sustraer de la globalización como pauta o regla operativa en las sociedades contemporáneas⁵⁸. Y es esa función del derecho, la brújula que ha de marcar el norte en la formación de nuestros juristas del siglo XXI, y en esa función, es ineludible afrontar el reto y los beneficios que ofrece a la sociedad el derecho comparado, cuya carta de navegación por las turbulentas aguas del mundo actual ofrece las rutas más directas que conectan con creativa eficacia la teoría y la práctica del derecho, más allá de los límites del derecho de nuestro país.

Ciertamente los límites del estudio del Derecho comparado no se constriñen a la labor que tradicionalmente los comparatistas, iusprivatistas e iuspublicistas, han venido desarrollando en el último siglo, pues la realidad jurídica de la sociedad que inicia su anda-

55 Öricü, "Critical Comparative Law..." p. 130.

56 Markesinis, B., *Foreign Law ...* p.36 y ss.

57 Demleitner, N., "Challenge, Opportunity and Risk ..." p.647.

58 Vid bibliografía al final del trabajo sobre globalización y derecho

dura en el siglo XXI ha expandido tales límites a causa de los cambios que se han operado a lo largo del siglo XX y especialmente en sus últimas décadas desde la crisis de la sociedad soviética a la consolidación de la Unión europea y la masiva inmigración procedente de los países del Tercer mundo a los países desarrollados. Todo ello conlleva una interacción y adaptación de un número cada vez mayor de la población a modelos culturales, religiosos, sociales y jurídicos ajenos, en los que el papel del derecho comparado nos resulta imprescindible y muestra su finalidad primaria, la comprensión del Derecho más allá de nuestras fronteras políticas y jurídicas, su aplicación y eventual armonización, y los beneficios que de ello derivan en este proceso de interacción, que nos confronta con un inconsciente localismo o provincialismo jurídico por una parte y el recurrente y ya trasnochado debate entre positivismo y anti-positivismo que parece seguir sin superarse. Handicaps que con frecuencia, limitan nuestro horizonte en el universo jurídico. Por ello el análisis comparado en la docencia e investigación del Derecho ha de caminar hacia un papel más activo en la formación de nuestros juristas y en el dialogo entre los cultivadores del derecho, mostrándose como herramienta insustituible en esta tarea de la construcción de un derecho para la sociedad multicultural del siglo XXI hacia la que inexorablemente caminamos.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- A.V. *Procès-verbaux des séances et documents*. Congrès International de Droit Comparé (31 juillet au 4 août 1900) Paris, 1905 (texto en microfilm Library of Congress)
- A.V. *Fines y métodos del derecho comparado*. Mesa Redonda 2 :“Inchieste di Diritto Comparato” (Padova, New York,1973) vol.2
- A.V. “L’Apporto della Comparazione alla Scienza Giuridica” .*Studi di Diritto Comparato* (a cura di R.Sacco) Milano, 1980.
- A.V. *Comparative Legal Cultures* (ed. Csaba Varga, N.York University, 1992)
- A.V. Symposium: “Global Competition and Public Policy in an Era of Technological Integration” 72
Chicago-Kent Law Review (1996) 345-491
- A.V. Symposium : “New Directions in Comparative Law” 46 *The American Journal of Comparative Law* (AJCL) (1998) 597-737
- A.V., *Nuevos retos del Derecho* (coord. A.Salinas de Frías. Universidad de Málaga,2001)
- ARMINJON, NOLDE & WOLFF, *Traité de Droit Comparé* (t.I Paris, 1950)
- BORJA ALBI, *El texto jurídico inglés y su traducción al español* (Barcelona, 2000)
Vid. amplia bibliografía incorporada.
- CASAL, *Recepción del derecho extranjero como argumento* (Buenos Aires, 1997)
- CLARK, “The Medieval Origins of Modern Legal Education: Between Church and State” 35 *The American Journal of Comparative Law* (1987) 653-719)
- DAVID & BRIERLEY, *Major Legal Systems in the World Today* (3rded. London,1985)
- DAVID & JAUFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei* (4^aed. italiana de la 10 ed. de 1992, Torino,1994)
- DEKKERS, *El Derecho Privado de los pueblos*. (traduc. al castellano, F.J.Osset, Madrid, 1957)

- DE CRUZ, *Comparative Law in a Changing World* (2ⁿ ed. London, 1999)
- DE LUCHI LÓPEZ-TAPIA, “Legal Education: How to prepare experts in Law” *Nuevos retos del Derecho...*p.175-184.
- DE SOLÁ CAÑIZARES, *Iniciación al Derecho comparado* (Barcelona, 1954)
- DEMLEITER, “Challenge, Opportunity and Risk: An Era of Challenge in Comparative Law” *New Directions...*p.647-656
- EHRMANN, *Comparative Legal Cultures* (Englewood Cliffs, New Jersey 1976)
- FERNÁNDEZ BARREIRO, *La tradición romanística en la cultura jurídica europea* (Centro de Estudios Ramón Areces, 1992)
- FERREIRA DE ALMEIDA, *Introdução ao Direito Comparado*. (Coimbra, 1994)
- FLETCHER, “Comparative Law as Subversive Discipline” *New Directions...*p.683-700
- FRANK, *La influencia del Derecho Europeo Continental en el “Common Law”* (traducido por José Puig Brutau. Barcelona, 1957)
- GERBER, “System Dynamics: Toward a Language of Comparative Law?” *New Directions...*p.719-737
- GLENDON, GORDON & CAROZZA, *Comparative Legal Traditions in a Nutshell* (St. Paul, Minn, 1999)
- GORDLEY, “Comparative Legal Research: Its Function in the Development of Harmonized Law” 43 *The American Journal of Comparative Law* (1995) 555-567
- GORDLEY, “Is Comparative Law a Distinct Discipline?” *New Directions...*p.607-616
- GROSSFELD, *The Strength and Weakness of Comparative Law* (trad. from German T.Weir, Oxford,1990)
- GUTTERIDGE, *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research* (2nd.ed. Cambridge,1949, repr.1971)
- HAZELTINE, “The Renaissance and the Laws of Europe” *Cambridge Legal Essays* (Cambridge,1926)
- HOLMES, *The Common Law*, I,5,36 (1881)
- HUG, “The history of comparative law” 45 *Harvard Law Review* (1931-32) 1027-1070
- KAMBA, “Comparative law: a theoretical framework” (1972) 23 *International Comparative Law Quarterly* 485 y ss.
- KAHN-FREUND, “Comparative Law as an Academic Subject” 82 *The Law Quarterly Review* (1966) 40-61
- KOCOUREK & WIGMORE, *Evolution of law* (Boston,1915-1918)
- KOCOUREK & WIGMORE ed., *Primitive and ancient legal institutions* (Boston, 1915)
- LÉVY-ULLMAN, *The English Legal Tradition, its sources and history* (trasl. from French M.Mitchell. London, 1935)
- MAINE, *Ancient Law* primera ed.1861 y ed. posteriores 1917,1927 y 1931
- MARKESINIS, *Foreign Law and Comparative Methodology: a Subject and a Thesis* (Oxford, 1997)

- MARKESINIS, *Always on the same path: essays on foreign law and comparative methodology* (Oxford, 2001)
- MARTINEZ-TORRON, *Derecho angloamericano y Derecho canónico. Las raíces canónicas de la "common law"*. (Universidad Complutense Madrid, 1991)
- MORÁN, "El nuevo milenio ante el reto del Derecho comparado en las Universidades españolas" 5 *Anuario de la Facultad de Derecho de la UDC* (2001) pp.491-519.
- O'CONNOR, "International and Foreign Legal Research: Tips, Tricks, and Sources" 28 *Cornell International Law Journal* (1995) 416-451
- ÖRÜCÜ, "Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition", (1999) 50 *Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijkin*, p. 130 y ss.
- POLLOCK, "The history of comparative jurisprudence" *Journal of the Society of Comparative Legislation* vol 5 (London, 1905) p.74-89
- POUND, "Mechanical Jurisprudence" 8 *Columbia Law Review* (1908) 605-623
- POUND, "Comparative Law in Space and Time" 4 *The American Journal of Comparative Law* (1955) 70-84
- RABEL, *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, 1925 (reeditado en 1967, Rabel, *Gesammelte Aufsätze III*, ed. Leser)
- REITZ, "How to do Comparative Law" *New Directions...*p.617
- RHEINSTEIN, "Comparative Law -Its Funtions, Methods and Usages" (1968) 22 *Arkansas L Rev and Bar Ass. J.*415.
- RILES, "Wigmore's Treasure Box: Comparative Law in the Era of Information" 40 *Harvard International Law Journal* (1999) 221-283.
- SARFATTI, *Introducción al estudio del derecho comparado* (Trad. del Instituto Comparado de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, Mexico, 1945)
- SCHLESINGER, *Comparative Law. Cases and Materials*. (Brooklyn, N.York, 1950)
- SCHLESINGER, "The Past and Future of Comparative Law" 43 *The American Journal of Comparative Law* (1995) 477-481
- SEITA, "Globalization and Convergence of Values" 30 *Cornell International Law Journal* (1997) 429-491
- STEIN, "Logic and Experience in Roman and Common Law" 59 *Boston University Law Review* (1979) 433-451.
- STEIN, *Thoughts from a Bridge. A retrospective of Writings on a New Europe and American Federalism*. (University of Michigan, 2000)
- VAN DER HELM & MEYER, *Comparer en Droit. Essai Méthodologique*. (Strasbourg, 1991)
- WIGMORE, *A panorama of the world's legal systems* (St. Paul, 1928) 3 vol.
- WINDFIELD, *The Chief Sources of English Legal History* (Cambridge, Mass.1925)
- WINTERTON, "Comparative Law Teaching" 23 *The American Journal of Comparative Law* (1975) 69-118
- ZWEIGERT & KÖTZ, *Introduction to Comparative Law* (trasl. from German by T.Weir) (3rd.ed. Oxford, 1998)