

Sistemas jurídicos comparados

Lecciones y materiales

GIANMARIA AJANI

MIRIAM ANDERSON

ESTHER ARROYO AMAYUELAS

BARBARA PASA



2.^a EDICIÓN

UBe

SUMARIO

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

PARTE I CUESTIONES METODOLÓGICAS

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

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

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

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

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

NOTA A LA EDICIÓN ESPAÑOLA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Esther Arroyo, Miriam Anderson y Barbara Pasa

Barcelona, 21 de noviembre de 2009

ABREVIATURAS

ALR	Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten (Código Civil prusiano)
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil austriaco)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo alemán)
CC	Código Civil
CCC	Código Civil de Cataluña
CE	Constitución española
DCFR	Draft Common Frame of Reference (Proyecto de Marco Común de Referencia)
Dir.	Directiva
EAC	Estatuto de Autonomía de Cataluña
FI	Foro Italiano
GATT	Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles (por sus siglas en inglés)
GK	Grashdanskii Kódeks (Código Civil de la Federación Rusa)
GU	Boletín Oficial italiano (por sus siglas en italiano)
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
MCR	Marco Común de Referencia
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OMC	Organización Mundial del Comercio
PECL	Principios de Derecho Contractual Europeo (por sus siglas en inglés)
RDLeg.	Real Decreto Legislativo
RJ	Repertorio de Jurisprudencia (Aranzadi)
TCE	Tratado Constitutivo de la Unión Europea (versión consolidada)
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada)
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TR-LGDCU	Texto refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (RDleg. 1/2007, de 16 de noviembre)
WTO	World Trade Organization (<i>vid.</i> OMC)
ZGB	Zivilgesetzbuch (Código Civil suizo)

PARTE I

CUESTIONES METODOLÓGICAS

1. INTRODUCCIÓN A LA COMPARACIÓN JURÍDICA

1.1. La comparación como actividad cognitiva

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Documento 1. I tesis de Trento

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

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

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

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

Documento 2. II tesis de Trento

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.2. Las diversidades del Derecho

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

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

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

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

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

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

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

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