LA COMPARACIÓN JURÍDICA Y SU RELACIÓN CON OTRAS DISCIPLINAS COMO METODOLOGÍA DE ARMONIZACIÓN Y UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EUROPEO Y SU CONEXIÓN CON EL DERECHO ROMANO

Legal comparison and its relation to other disciplines as a methodology to harmonize and unify European Private Law in connection to Roman Law

Ramón Herrera Bravo
Universidad de Jaén

Resumen: Un análisis del papel de la Metodología comparativa como instrumento de unificación jurídica en el marco de la Unión Europea;y su relación con el derecho romano y su tradición,eficaz mecanismo de integración europea.

Palabras clave: Método comparado, Derecho Romano, *Ius Commune,* Tradición Romanística, Unión Europea

Abstract: An analysis of the role of comparitive methodology as a tool of law unification within the framework of the European Union as well as its relationship to Roman Civil Law tradition. Effective mecanism to European Integration.

Keywords: Comparative Method, Roman Law, *Ius Commune,* Civil Law, European Union.

Sumario: I.–Introducción: La dialéctica entre el método comparado y el método histórico. II.–Antecedentes Históricos de la comparación jurídica: la irrupción contemporánea del Derecho Comparado. Ciencia o método. III.–La comparación jurídica y su relación con otras disciplinas jurídico-sociales. IV.–A modo de reflexión final: la comparación jurídica y su interconexión con el Derecho Romano de cara a la unificación y armonización jurídica europea.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0989

I. INTRODUCCIÓN: LA DIALÉCTICA ENTRE EL MÉTODO COMPARADO Y EL MÉTODO HISTÓRICO

La comparación jurídica resulta de gran utilidad, pues cumple la función instrumental de acceder al conocimiento a través del espacio, permitiendo comprender nuestro propio ordenamiento en comparación con otros. Además, nos proporciona un instrumento que nos posibilita el acercamiento al «vocabulario jurídico» de los diferentes estados, constituyendo un lenguaje jurídico común, con el objetivo de elaborar una normativa lo más uniforme posible.

El recurso instrumental que nos proporciona la comparación jurídica es una línea de trabajo que nos guía hacia el objetivo de la «unificación jurídica» europea, llevando consigo la cuestión de la «armonización» y «convergencia» normativa. No obstante, aunque dichas cuestiones se enmarcan dentro de la Unión Europea, estos planteamientos no se convierten en los únicos casos relevantes, sino que a nivel internacional nos encontramos con una «Lex mercatoria» cada vez más extensa geográficamente. Así como la globalización con las repercusiones jurídicas que conlleva, siendo poderoso motor de unificación normativa [1]. Además, los modernos retos que se presentan ante un mundo globalizado y uniforme provocan el estudio de una pluralidad de ordenamientos jurídicos. De ahí que uno de los métodos más eficientes sea el de la comparación jurídica.

En la realidad político-jurídica de la Unión Europea estamos siendo testigos de diferentes retos de armonización y unificación ya sea económica, social, educativa, política, cultural y jurídica. Respecto a esta última los diferentes ordenamientos representan un obstáculo a la libre circulación de personas y mercancías; y genera incertidumbre acerca del derecho aplicable, así como dificultades a los contratantes para sopesar las consecuencias de sus propios

[1] *Vid.* sobre la comparación jurídica o derecho comparado en general: David, R., Jauffret Spinosi, C., *Les grands systèmes de droits contenporains,* 10.ª ed., Editions Dalloz, Paris, 1992; Zweigert, K, Kötz, H., *An introduction to comparative law,* Oxford University Press, Oxford, 1987; Sacco, R., *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 1996; Galgano, F., *Atlas de Derecho privado contemporaneo* (trad. esp. Fernández Campos-Verdera Ferrer), Colegio de Registradores de España, Madrid, 2000; Pizzorusso, A., *Curso de Derecho Comparado* (trad. esp. J. Bignozzi), Ariel, Barcelona, 1987; De la Sierra, S., *Una metodología para el Derecho comparado europeo* (Prol. Jacques Ziller), Thomson-Civitas, Madrid, 2004; Haberle, P., «El Derecho comparado como cultura comparada», en Pérez Luño, edit., *Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio,* Madrid, 1996, pp. 159 y ss.; Legeais, R., *Grands systèmes de droits contemporains. Aproche comparative,* 2.ª ed., Lexis Nexis Litec, Paris, 2008; Acquarone, L. *et alii, Sistemi giuridici nel mondo* (Int de Gabriele Crespi Reghizzi), 2.ª ed., Giappicheli Editore, Torino, 2016; ALPA, G., *Il diritto privato nel prisma della comparazione,* Giappicheli Editore, Torino, 2004.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0989

actos [2]. Ante esta diversidad, el Derecho romano y su tradición histórica se convierten en un «lugar común» en el que los diferentes Estados de la Unión Europea pueden acudir para la armonización y unificación de materias jurídicas que resultan claves en el marco de un mercado único, tales como las obligaciones y contratos, además de los distintos supuestos derivados de la responsabilidad contractual y extra contractual [3].

El recurso de la comparación jurídica, combinada con una metodología histórica permite observar cómo muchas de las soluciones adoptadas por los distintos sistemas jurídicos sobre una misma institución ya se encontraban recogidos en las fuentes romanas [4]. Pero, como afirma Armando Torrent: «el método histórico-comparativo que se propugna consiste en una combinación del método comparativista y del método histórico, y no en una aplicación del método comparativista a la historia del Derecho» [5].

El método comparativo y el método histórico se condicionan y se complementan recíprocamente como instrumentos para el progreso del pensamiento jurídico. La conexión historia del Derecho y comparación jurídica supone la combinación entre el Derecho del pasado y el estudio de la realidad jurídica presente. Para la doctrina comparatista, la conexión entre las dos disciplinas es muy estrecha, dado que la historia del Derecho no es más que una metodología de naturaleza vertical o diacrónica y el método comparado persigue una comparación de tipo horizontal o sincrónico [6].

---

[2] Dificultades que se agudizan con la salida del Reino Unido de al Unión Europea (Brexit), lo que tendrá unas importantes consecuencias jurídicas. «Lo cierto es que estamos ante una situación nueva, en absoluto fácil, sobre la que solamente el tiempo pondrá cordura». Así lo expresa Murillo Villar, A., ¿Para qué sirve el Derecho romano? Razones que justifican su docencia e investigación en el siglo xxi, Andavira Editoria, Santiago de Compostela, 2018, p. 173, con unas amplias referencias bibliográficas sobre el Brexit en las notas: 349, 350, 351.

[3] Un exponente del análisis comparativo en materia contractual en: Salazar Revuelta, M., Herrera Bravo, R., «Aproximación histórico-comparativa a la formación de la idea de contrato en la tradición jurídica europea», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor José González García* (Jiménez Liébana, D. coord.), Thomson Reuters. Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 709-742; *Ídem,* «La teoría del consentimiento contractual y su proyección en la tradición romanística en la Codificación: un análisis histórico-comparativo», en *Libro Homenaje al profesor Armando Torrent* (Murillo, De la Calzada, Castán, coords.), Dykinson, Madrid, 2014.

[4] Sobre la conexión Derecho romano y método comparado, *vid.* Torrent, A., «Derecho romano, Derecho comparado y Unificación jurídica europea», *SDHI*, LXXXVI, 2010, pp. 593-670; *Ídem, Fundamentos del Derecho europeo. Ciencia del Derecho: Derecho romano-Ius commune-Derecho europeo,* Edisofer, Madrid, 2007, pp. 321-352.

[5] Torrent, A., *Fundamentos del Derecho europeo, ibid.,* p. 336.

[6] Guarneri, A., *Lineamenti di diritto comparato,* 6.ª ed., Cedam, Milano, 2014, p. 22; Grossi, P., «Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro Diritto europeo», *RDC,* 42, 1996, pp. 286 y ss.; Graziadei, M., «El Derecho comparado, la Historia del Derecho y la holistica en el estudio de las culturas jurídicas» (trad. esp. Quequejana Mamani. S. L), en Ajani, G., Graziadei, *Derecho comparado y teoría jurídica,* Ara editores, Edc. Olejnik, Santiago de Chile, 2010, pp. 11-30; Schulze, R., *Ciencia jurídica y unificación del Derecho privado europeo* (ed. Sánchez Ramírez), Ediciones Olejnik, Santiago de Chile,

https://doi.org/10.55104/FRDC_0989

Importante protagonismo representa también el Derecho romano y su experiencia jurídica como ejemplo histórico de una sociedad global, llegando a tener un cometido relevante como base común de las tradiciones jurídicas de muchos sistemas normativos. Al conectarlo con el método comparado, esta relación viene a representar un paso previo para la armonización y unificación del Derecho [7]. Así, Stein considera que: «el derecho de la Unión europea no es en algún sentido una cosa nueva, sino más bien la reanudación de una unidad cultural y jurídica que una vez existió en todo el continente, que ha encendido el interés por lo que es descrito como tradición civil» [8]. Por ello, muchas de las instituciones jurídicas de la Unión Europea son descritas como parte de un nuevo *Ius commune*, si bien la diferencia radica en que éste fue adoptado por Europa de una manera voluntaria, a través del reconocimiento de su superioridad a cualquier otra alternativa, mientras que el nuevo *Ius commune* es impuesto desde arriba en interés de la uniformidad [9]. Para Dell'Aquila la comparación jurídica nos permite: «comprender mejor los sistemas jurídicos, sobre todo los rasgos fundamentales de los derechos actuales o de determinada época histórica; así como las líneas esenciales de su desarrollo» [10]. Y siguiendo a Francisco Cuena: «la integración de las dos ramas de investigación jurídica, la histórica y la comparativa, debe ser percibida como algo deseable y necesario a los fines de impulsar un proceso de europeización de la Ciencia, la literatura y la enseñanza jurídica que pueda complementar y servir de contrapunto (y también de contrapeso) a la unificación legislativa». Para el citado autor: «se despliega ante los romanistas una tarea atractiva cuya realización puede ponerles en contacto con los especialistas de otras ramas del Derecho, ayudando a sacar el estudio del Derecho romano de su magnífico aislamiento, al señalarle una vía importante por la que su influencia sobre los problemas jurídicos actuales puede hacerse sentir con eficacia». Además, «desde el punto de vista específico del romanista, el método comparativo no invalida la necesidad de conocimiento histórico y crítico del Derecho

2017, pp. 15-33; Zoz, M.G., *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Aspetti e prospettive di ricerca*, Giappichelli Editore, Torino, 2007, pp. 5-14; 21-34.

[7] Garrido Gómez, I., *Las transformaciones del Derecho de sociedad global*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 187-190; Pérez Álvarez, M.P., «Reflexiones sobre la unificación del Derecho privado europeo y el método histórico-comparativo», *RGDR*, 6 (junio 2006), pp. 1-17 (www.iustel.com); Cannata, C.A., «L'unificazione nel diritto europeo, la scienza giuridica e il metodo storico-comparatistico», en *Vendita e transferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatista*, *Materiale per un corso di Diritto romano* (a cura di Letizia Vacca), Giappichelli editore, Torino, 1997, pp. 3-19.

[8] Stein, P., *El Derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica* (trad. esp. C. Hornero-A. Romanos), siglo xxi de España editores, Madrid, 2001, p. 182.

[9] Herrera Bravo, R., *et alii, «Ius commune* versus Derecho común europeo», *RGDR*, 10, 2008, pp. 1-28.

[10] Dell'Aquila, E., *Introducción al estudio del Derecho inglés,* Serv. Pub. Univ. Valladolid, 1992, p. 17.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0989

romano y de la tradición del *Ius commune* romano canónico, pues la comparación supone tan solo el segundo momento de la tarea de investigación» [11].

El recurso al método histórico y comparativo será un instrumento de gran utilidad para la creación de un «nuevo derecho común europeo» [12]. A través de esta metodología: «podremos conocer por qué se adoptó una solución u otra en cada Código nacional y hacer una valoración crítica más rigurosa de las mismas. Igualmente, nos permite conocer si, de una forma paulatina, se han ido abandonando o no las singularidades que presentaba la institución en época romana» [13]. Además, «esta metodología nos permitirá observar cómo muchas soluciones adoptadas por los distintos sistemas europeos sobre una misma institución están ya recogidas en las fuentes romanas, producto de la figura jurídica en las distintas etapas de desarrollo de aquel ordenamiento» [14].

Por medio de la comparación jurídica y la mediación del método histórico jurídico, el Derecho romano pasa, según Vaquer Aloy a ser «un instrumento al servicio de la búsqueda de los rasgos comunes que subyacen bajo el manto de la diversidad jurídica europea y, por consiguiente, capaces de ofrecer resultados útiles a los iusprivatistas» [15].

La doctrina, tanto la dedicada al comparativismo jurídico, como al Derecho privado europeo, «ponen de relieve la importancia de las afinidades históricas de la cultura europea del Derecho como elemento de enlace en su labor jurídica» [16]. Una aproximación histórica al Derecho europeo es un instrumento imprescindible de mediación entre los conceptos y planteamientos de nuestro tiempo y la mentalidad de tiempos pasados [17]. Aunque somos conscientes de que el uso del método histórico-comparativo es considerado «neoactualizante», no teniendo en cuenta las realidades sociales que se producen ni los conceptos, ni las tensiones ideológicas, políticas y económicas que justificaron el nacimiento y decadencia de los institutos. Los partidarios de este método se

[11] Cuena Boy, F., «El Derecho romano entre el deseo y la realidad. Una reflexión crítica sobre la contribución de la doctrina romanística a la construcción de un nuevo Derecho Común europeo y extraeuropeo», en *Liber amicorum Juan Miquel* (Ed. Linares J. L., Montaguit, T., Ricart, E., Sanson, V.), Università Pompeu Fabra, Barcelona, 2006.

[12] *Vid.* por todos, Zimmermann, R., *Europa y el Derecho romano* (trad. esp. Cremades Ugarte, I), Madrid, 2009, Marcial Pons, pp. 7-60.

[13] Pérez Álvarez, M.P., «Reflexiones sobre la unificación del derecho privado europeo y el método histórico- comparativo», *RGDR,* 6 (2006), p. 10.

[14] Pérez Álvarez, *ibid,* p. 10 *in fine.*

[15] Vaquer Aloy, A., «Prólogo», en Zimmermann, R., *Estudios de Derecho privado europeo,* Madrid, Civitas, 2000, p. 13.

[16] Schulze, R., «De la aportación de la historia del Derecho a una Ciencia del Derecho privado europeo», *AHDE,* p. 1005, nt. 13; *Idem., Ciencia jurídica y unificación del Derecho privado europeo* (edic al cuidado de Sánchez Ramírez, A.), Edic. Olejnik, Santiago de Chile, 2017, pp. 15-32.

[17] Schulze, R., «De la aportación de la historia del Derecho…», cit., p. 1008.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0989

ganaron el epíteto de «neopandectistas», en cuanto carentes de sentido histórico [18]. El tema se inserta en la tensión latente en la disciplina romanística entre historia versus dogmática por lo que la solución excedería del contenido de este trabajo. Y es que no se puede separar tajantemente historia y dogmática en la construcción científica del Derecho, ambas son dos visiones necesarias para el conocimiento jurídico.

Pero en esta dialéctica entre el método histórico y la comparación jurídica, hemos de tener presente la existencia de una lengua común que integre las diferentes instituciones jurídicas europeas. Es obvio que lenguas como el inglés y el francés han tenido gran importancia, sobre todo como señala Berlinguer: «nella circulazione dei concetti, degli istituti giuridici nella formazione dei c.d. crittotipi» [19]. Pero no debemos olvidar, como han puesto de manifiesto C. Baldus y F. Vogel, «la dificultad que supone en una comunidad multilingüística que todas las lenguas oficiales han de ser tenidas en cuenta en la interpretación del Derecho comunitario, resultando imposible en la práctica cumplir esa regla. A veces en los diferentes textos comunitarios se deslizan ambigüedades y errores lingüísticos, de manera que la diversidad lingüística se convierte en un problema metodológico intrínseco» [20].

Para conocer un sistema jurídico «hace falta poseer la lengua en la que han ido formuladas sus fuentes. Y en el caso de ordenamientos escritos la semántica es, si cabe, aun más imprescindible para que se pueda averiguar el contenido de sus normativas» [21]. Además, en las lenguas hay que tener presente la problemática terminológica [22], e incluso cómo indica Pérez Luño, no se debe orillar el denominado «colonialismo anglosajón», que incide de forma directa en el derecho actual [23], pese a la paradoja que supone que muchas de las instituciones jurídicas del «Common Law» tengan una procedencia directa del «Law french». Así, la influencia de la lengua francesa va a ser muy decisiva en gran parte de la terminología jurídica inglesa como por ejemplo: «possession», «estate», «tort», «crime», «marriage», «evidence», «judgement» [24]. Sin embar-

[18] Fargnoli, I., *«Gentes europaeas… eo se iure regi passas esse*. A propósito de la armonización del Derecho europeo», *RGDR,* 25, 2015, p. 2, nts. 8 a 13.

[19] Berlinger, A., «Ius commune, Droit comun, Common Law: note a margine di ricenti indagini storico-comparatistiche», *Fides, Humanitas, Ius, Studi in onore di Luigi Labruna,* I, Napoli, 2007, p. 421.

[20] Baldus, C., Ogel, F., «Metodología del Derecho privado comunitario: problemas y perspectivas en cuanto a la interpretación literal e histórica» (trad. esp. F.J. Andrés Santos), *AFDUC,* 10, 2006, pp. 77-89.

[21] Dell'Aquila, E., Dell'Aquila, L., *Introducción a la comparación jurídica*, Barcelona, PPU, 2007, p. 15, nt. 184.

[22] *Ibid.,* pp. 80-82.

[23] Pérez Luño, A.E., «Principios generales del Derecho: ¿un mito jurídico?», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época),* 98 (oct-dic. 1997), p. 10.

[24] Berlinger, A., «Ius commune…», cit., p. 421.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0989

go, términos jurídicos en español como «negligencia», «contrato» o «propiedad» no tienen el mismo significado técnico que las palabras inglesas: «negligence», «contract» y «property». En una línea análoga, los términos ingleses «deed» o «consideration», que son específicos de la Common Law, son imposibles de trasladar su significado a lenguas neolatinas, pues no existe nada parecido en los ordenamientos de tradición romanística [25]. La «consideration» es un elemento clave del contrato en el Derecho inglés «no resultando fácil dar una definición de la misma» [26]; y, como plantea Seroussi: «la teoría de la "consideration" en ciertos aspectos se aproxima al concepto francés de causa, pero su contenido, sus atributos y sus efectos son distintos de los del Derecho romano y por tanto se alejan de éste» [27]. En términos semejantes, se expresa Guzmán Brito, para quien: «la doctrina de la consideration es frecuentemente juzgada como una de las figuras más características del derecho de contratos del Common Law. Suele comparársela con la doctrina de la causa del Civil Law (por lo general bajo la versión que adquirió a partir del Code Civil de 1804 como «cause»). Y aun cuando se verifique que ambas cumplen funciones similares en uno y otro derecho, a veces se concluye en que tiene estructuras tan disimiles que no hay manera de conciliarlas y, menos aún, de reducirlas a unidad conceptual» [28].

A parte de lo apuntado, la traducción de los términos análogos en diferentes lenguas puede llevarse a cabo de dos formas. En primer lugar por medio de la traducción literal «que presta atención exclusiva a cada palabra que se traduce, procurando una cierta cohesión interna» y, en segundo lugar, la traducción funcional «que no sólo busca la coherencia interna, sino que también procura obtener una coherencia externa que sitúe el texto en su contexto y le dé el significado apropiado a cada caso» [29]. En esta última se tienen en consideración «no sólo elementos lingüísticos, sino también culturales» y «ofrece una mejor comprensión de la realidad situada más allá de la mera letra,

---

[25] Dell'Aquila, E., Dell'Aquila, L., *Introducción,* cit., p. 81, nts. 207 a 212, con interesante bibliografía de los autores, muy en especial: «Ensayo comparativo de los principios básicos de la responsabilidad extra contractual en el Derecho inglés», *RGLJ,* 1986, pp. 11-87; «Il concetto di proprietà nel diritto inglese: note comparatistiche», *TEMIS,* 1974, pp. 3 ss.

[26] Alpa, G., «La consideration», en *Atlas de Derecho privado comparado* (coord. F. Galgano), trad. esp. J.A. Fernández Campos, R. Verdera, Colegio de Registradores, Madrid, 2000.

[27] Seroussi, R., *Introducción al derecho inglés y norteamericano* (vers. esp. E. Alcaraz Varo), Ariel, Barcelona, 1998, p. 34.

[28] Guzmán Brito, A., *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del Derecho europeo e Iberoamericano*, Cizur Menor, Thomson Reuters. Aranzadi, 2005, pp. 441-442.

[29] De la Sierra, S., *Una metodología para el Derecho comparado europeo* (Pról. Jacques Ziller), Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 108.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0989

y es que las traducciones literales, pese a respetar la letra original, no reproducen el sustrato fáctico al que responden» [30].

Se debe tener presente que a diferentes derechos, le corresponden distintas lenguas. Y, a veces, no solamente una lengua particular, sino más bien distintas. A lo largo de la historia tenemos diferentes ejemplos, si seguimos a Guarneri observamos que en los periodos de formación de la Common Law, en las islas británicas, «la lengua hablada por los juristas no era el inglés, sino más bien el latín en los orígenes y el franco-normando posteriormente; en Canadá, la Common Law en vigor se practica en lengua inglesa en el ámbito de una población francófona; en la Confederación Helvética, ante un solo derecho confederal, éste viene aplicado en francés, alemán, italiano y ladino; en China, el Derecho de la República Popular viene aplicado por los tribunales locales en dialecto local, siempre que alguna de las partes implicadas en el litigio no ponga objeciones sobre el uso del dialecto, ante tal supuesto el tribunal está obligado a pasar a la lengua oficial, el mandarín» [31].

La traducción de los términos jurídicos es muy necesaria para eludir los problemas de comunicación, aunque como afirmaba Goethe: «Intraducibles son las particularidades de toda lengua, puesto que de las palabras más sublimes a las más vulgares todo se refiere a la impronta especial de la nación, en el carácter, en los sentimientos y en las situaciones». Igualmente, Gilles Menage afirmaba que «toute traduction est toujours une belle infidele» [32]. Además, Sacco lo pone de manifiesto: «ocorre rilevare che al fin di veicolare in una lingua diritti diversi, verbalizzati in lingua diverse, ocorre fare opera di traduzione» [33].

El camino a seguir podría venir marcado por más lenguas llave, puesto que la «lengua es un elemento clave de solución jurídica para cada situación; pero por otra parte parece imposible llegar a tal solución fundiendo el conjunto de veinte versiones lingüísticas con vistas a forjar un texto uniforme» [34].

La traducción presenta en el ámbito jurídico problemas muy complejos. El filósofo Jacques Derrida afirma que el traductor «debe profundizar el significado de las palabras en la lengua de origen y posteriormente debe elegir las palabras correspondientes en la lengua de llegada. Por lo que más que una traducción nos encontramos ante una transformación». También Hans Georg

---

[30] De la Sierra, *Ibid.,* p. 109.

[31] Guarneri, *Lineamenti*…, cit., p. 50.

[32] Goethe, W., *Italianische Reise,* 1778, trad. it. p. 84, citado en Guarneri, A., *Lineamenti*… cit., p. 52.

[33] Sacco, R., v. «traduzione giuridica», *Digesto Disc Priv*. Sez. Civ-Aggiornamento, I, 2000, p. 722.

[34] Baldus-Vogel, «Metodología del Derecho privado comunitario...», cit., p. 85.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0989

Gadamer considera que el «traductor está llamado a colmar una distancia cultural, social y jurídica» [35].

Esta distancia se observa sobre todo en términos como el español «derecho foral»: todos lo identificamos como las normas que se aplican en ciertas regiones fruto de diferentes razones históricas y que se remontan a los tiempos de la Reconquista. Su dificultad de traducción en otros idiomas estriba en que no existe un término adecuado en el ámbito del derecho privado especial o local. Y, más bien, como expresa Guarneri: «se recurre a una traducción de tipo explicativo con la noción de "spanish regional civil law"» [36].

Las complejas problemáticas que presenta la traducción en la comparación jurídica han llevado a ciertos sectores doctrinales a la propuesta de la creación de un «metalenguaje». La metodología empleada partiría de una técnica en donde «se procedería a realizar la traducción del término empleado en todas las lenguas y, en ciertos casos, a acompañarla de una definición de la realidad referida» [37]. La utilización de los glosarios realizados por los traductores serían de gran utilidad para la comparación jurídica. De ahí que en 1949 la Academia de Derecho Comparado «propuso la realización de un Diccionario Internacional de terminología jurídica que hoy día podría equipararse a los glosarios y, que en opinión de Gutteridge, dicho diccionario habría de ser elaborado en cinco lenguas: italiano, francés, alemán, español e inglés, algo que en la actualidad existe pero que resulta insatisfactorio para resolver los problemas planteados» [38].

En definitiva, la polaridad derecho versus lengua es muy compleja y, sobre todo, fuente de discordancia entre la regla practicada y la regla comunicada. Hasta tal punto que, en el ámbito de la Unión Europea, se produce la «guerra de las lenguas», en base al «modelo monolingüístico inglés, junto con el oligárquico tripartito (inglés, francés, alemán), y con el oligárquico extenso apoyado en las cuatro lenguas anteriores, más el italiano y el español. La com-

---

[35] Citados en GUARNERI, A., *Lineamenti*...cit., p. 58, nts. 124; 65.

[36] Guarneri, A., *Lineamenti*... cit., p. 59. El mismo autor manifiesta problemáticas parecidas con términos como «Rechtsgeschäft»; « Tatbestand». Al primero se le aplica la identificación de «Negocio jurídico»; al segundo «Supuesto de hecho» («fattispecie»). Parecidas dificultades nos encontramos con las nociones de «contrat», «contrato», «contract» y la alemana «Vertrag», compuesta del prefijo «Ver-», que equivale al latino «cum», y el sufijo «trag» que deriva del latino «trahere» e indica una clara asonancia con las otras palabras indicadas, *Ibid.,* nt. 126.

[37] De la Sierra, S., *Una metodología*... cit., p. 116.

[38] Gutteridge, H.C., *An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research,* 2.ª ed., Cambridge University Press, London, 1949, pp. 117, nt. 141. Vid. una abreviada aproximación al problema de la traducción en Gambaro, A., Sacco, R., «Sistemi giuridici comparati», 5.ª ed., en Tratatto di Diritto comparato (dir. R. Sacco). Utet Giuridica. Wolter Kluwer, Milano, 2018, pp. 7 a 11.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0989

plejidad se acentúa puesto que el ser humano practica una regla jurídica en silencio o la comunica o la traduce de una lengua a otra» [39].

Ante estas discordancias, consideramos, siguiendo a Fernando Reinoso, que los términos expresados en latín, que afectan a los principios generales del Derecho, tienen la ventaja de ser comunes a ordenamientos jurídicos de distintos países y de distintas lenguas. No obstante, el ordenamiento comunitario incorpora traducciones innecesarias entre paréntesis ya que «los principios jurídicos expresados en latín no presentan mayor dificultad de comprensión que otros principios en español y, además el empleo de una lengua culta y científica redunda en facilitar la comprensión y precisión de lo expuesto» [40]. En el ámbito del Derecho romano existen ciertas expresiones de las que es muy difícil lograr una versión castellana equivalente, hasta el punto de que existen términos del lenguaje jurídico moderno, derivados de antiguos términos latinos, cuya significación y valor no suele ponderarse adecuadamente [41]. «A veces hay términos que en una rápida traducción pueden quedar desfigurados, no porque tengan diversos significados, sino por estar entroncados en situaciones político-administrativas o circunstancias culturales perdidas o, al menos superadas en el curso de la evolución histórica» [42].

El uso de la terminología romana entronca, según Knütell, en la futura Europa, pues su traducción es cómoda y accesible para los expertos jurídicos, dado que dichos términos expresan aspectos fundamentales de la experiencia jurídica romana; sin embargo, Fhyrmann entiende que los conceptos jurídicos aceptados en una comunidad no son intercambiables, ni conocen sinónimos en

---

[39] Guarneri, A., *Lineamenti*... cit., p. 81.

[40] Reinoso Barbero, F., «Los principios generales del Derecho en la modernización del lenguaje jurídico», en *Principios Generales del Derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual* (F. Reinoso Barbero, coord.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 82-85; *Idem,* «El lenguaje jurídico entre las bromas y las veras», *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 44, 2014, pp. 54-63.

[41] Hernández Tejero, F., «El latín y los juristas», *Estudios en homenaje al prof. Juan Iglesias,* Universidad Complutense, Madrid, 1988, p. 354.

[42] Hernández Tejero, F., *Ibid.,* p. 355. También resulta de interés Alañón F., Henriquez M.C., Otero, J., *El latín en la jurisprudencia actual,* Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2011; Henriquez, M.C., Alonso Misol, E., «Voces y locuciones latinas*», Pautas para el análisis del léxico de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo,* Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 177-202, los cuales ponen de manifiesto que las expresiones latinas constituyen sentencias breves que condensan conceptos jurídicos y expresan, en ocasiones, principios generales del Derecho. Su línea de investigación realza la utilidad que tiene el empleo de expresiones latinas para obtener una mayor precisión en el lenguaje jurídico y una mayor claridad en la presentación de conceptos. *Vid.,* también, Gómez Royo, E., *et alii, Fraseología jurídica latina: términos, expresiones y brocardos utilizados en las sentencias de los tribunales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0989

cada una de las lenguas nacionales de esa comunidad, por lo que deben transcribirse intactos, es decir, sin traducción [43].

La integración de la terminología jurídica romana puede permitir la creación de un «thesaurus» jurídico europeo, teniendo como eje el latín jurídico. «Lo que supondría superar la diversidad idiomática comunitaria, dado que muchos términos y conceptos se mantienen y perviven en los ordenamientos nacionales europeos, fieles a su genuina elaboración jurisprudencial romana. Expresiones como *pacta sunt servanda; prior in tempore, potior in iure; iura novit curia*… son utilizadas en su versión original y si se pretendiera su traducción perderían parte de su sentido genuino, reflejando con menor precisión el principio o regla en ellas enunciado» [44].

En definitiva, podemos afirmar con Reinoso Barbero que «la sencillez en el lenguaje jurídico constituye una virtud extraordinaria… las formas latinas reconocibles de los principios jurídicos cooperan con eficaz sutileza… al facilitar la compresión mediante nociones técnicas claras, unívocas y universales» [45].

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA COMPARACIÓN JURÍDICA: LA IRRUPCIÓN CONTEMPORÁNEA DEL DERECHO COMPARADO, CIENCIA O MÉTODO

Una aproximación histórica a la comparación nos permite rastrear algunos precedentes en la antigua Grecia, donde Licurgo y Solón, para elaborar las leyes que les encomendaron, viajaron por diferentes territorios al fin de conocer la práctica legislativa de otros Estados. Igualmente, en un texto proveniente de «Sobre las leyes» de Teofrasto se intenta describir los diversos sistemas legales griegos y sus diferentes variantes. También Platón trató de identificar cuáles deberían ser las normas que regirían la ciudad ideal, a semejanza de

[43] Dicha controversia está recogida en Castresana Herrero, A., «Apuntes sobre un modelo histórico de integración jurídica», *IURA,* 55, 2004, p. 31, nt. 5.

[44] Así lo entiende Fernández de Buján, F., «Contribución del Derecho romano en la futura elaboración de un thesaurus jurídico europeo», *RIDA,* 40, 1993, pp. 409-426. Para este autor, desde el punto de vista sistemático e integral, la incorporación del latín en la configuración del macrotesauro contribuirá de forma valiosa a la conformación de un thesaurus de conceptos, evitando configurar un thesaurus de términos. *Vid.* también, Castresana, A. (coord), *800 años de historia a través del Derecho romano.* Prol.: *Un glosario de palabras latinas vivas hoy en Europa,* Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2018.

[45] Reinoso Barbero, F., «El lenguaje jurídico entre las bromas…», cit., p. 54.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0989

Aristóteles que recurrió a las Constituciones de otros territorios para extraer los elementos útiles [46].

Por lo que se refiere al mundo romano, los juristas clásicos realzaron la originalidad del Derecho romano, sobre otros ordenamientos de la antigüedad. Si tomamos como referencia la Ley de las XII Tablas, en el proceso de negociación y aprobación se acuerda enviar una embajada de tres ciudadanos a Atenas para conocer la normativa contenida en las leyes de Solón. Aunque la doctrina pone en duda el carácter fidedigno de dicha embajada [47]. El Estado romano mantuvo relaciones con otros pueblos, especialmente complicadas cuando tuvieran como interlocutor a Egipto, pues dicha región como afirma Torrent: «fue del todo particular con especiales connotaciones helenísticas en la que coexistieron diversos sistemas personales» [48]. Además, se puede considerar la premisa que, sobre el mundo italo-romano, se pudieron dar algunas influencias etruscas, griegas y cristianas, presencias seguras, pero nunca influencias exageradas, puesto que la mayoría de las instituciones jurídicas y los remedios procesales más novedosos fueron verdaderamente universales y creación original de Roma.

El propio Cicerón consideraba las leyes de orden no romano como «confusas y absurdas» [49]. Y también insistía sobre la creación de un sistema científico de derecho sobre base sistemática (τεχυη= arts.), estimando que el *Ius civile* debe ser dividido en un pequeño número de *genera*, los cuales deberían ser subdivididos en problemas y estos últimos sólo podían ser descritos y definidos [50]. Quizás el ejercicio comparativo más interesante lo tengamos en la

---

[46] Sobre la problemática del conocimiento del Derecho griego desde la óptica del comparativismo *vid.* Constantinesco, J., *Tratado de Derecho comparado. Introducción al Derecho comparado,* vol. I (trad. esp. E. Freitas Da Costa), Tecnos, Madrid, 1981, pp. 32-33, nts. 7-8; Zweigert, K., Kötz, H., *Introduction*… cit., p. 48, con bibliografía sobre la historia del Derecho comparado en pp. 47 y 48 (Hay edición española: Zweigert, K., Kötz, H., *Introducción al Derecho comparado* (trad. esp. Arturo Aparicio Vázquez), Oxford University Press, Oxford-México, 2002, p. 54, la bibliografía en pp. 68 y 69.

[47] *Vid.* Ducos, *L'influence grecque sur le lois des Douze Tables,* Paris, 1978; Cancelli, *Legenda e storia delle Duodici Tavole*, Roma, 1959. Por todo, Fernández de Buján, A., *Derecho Público romano,* 8.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 83-92, con una completa bibliografía en pp. 92-94.

[48] Torrent, A., *La constitutio Antoniniana. Reflexiones sobre el Papiro Geissen 40. I*., Edisofer, Madrid, 2012, p. 98. De especial interés el capítulo 14: *Primeros contactos de Roma con Egipto*, pp. 107-115.

[49]

[50] Sobre la sistemática de las obras del *Ius Civile, vid.* Herrera Bravo, R., «Orígenes romanos de la sistemática del Derecho civil contemporáneo», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada,* 1.ª época, 1, 1993, pp. 15-17. Además, *cfr.* Cicerón, *Topica* 28; *De Orat*. 1.185/189; Aulo Gelio, *Noct. Att*. 1,22,7. Este último nos informa que Cicerón es autor de una obra sistemática *(De iure civili in artem redigendo)* la cual no se conserva. Para Villey, M., «Logique d'Aristote et Droit romain», *RHD,* 29, 1951, p. 309, en la época republicana se introduce el método dialéctico, permitiendo la aparición de normas abstractas, de manera que en los 18 *libri iuris civilis* de Scaevola y en las obras de S. Sulpicius Rufus, es donde encontramos una mayor penetración de la dialéctica griega con criterios sistemáticos. Ahora bien,

https://doi.org/10.55104/FRDC_0989

Collatio legum et mosaicarum et romanarum. Se trata de un análisis entre normas que proceden del Antiguo Testamento, frente leyes emanadas de los Codex Gregoriano y Hermogeniano, junto con *iura* de los jurisconsultos clásicos. El objeto de la misma era la comparación de los textos romanos y los procedentes de la Leyes de Moisés. Como señala Torrent: «lo más probable es que la redactara un fanático cristiano para demostrar a los paganos de su tiempo los antecedentes mosaicos del Derecho romano» [51].

Estas primeras tentativas son meros acercamientos «pero difícilmente están muy lejos de ser considerados como una argumentación racional sistemática de aproximación a los ordenamientos extranjeros; ya que el acta fundacional de esta disciplina es el Congreso Internacional de Derecho Comparado que tuvo lugar en Paris del 31 de julio al 4 de agosto de 1900» [52].

Situaciones más o menos análogas pueden deducirse desde la Edad Media hasta la formación de la Escuela Histórica. Pero seguiremos el iter evolutivo partiendo de los postulados de K. Sweigert y H. Kötz [53]. Para estos autores, en materia comparada, la Edad Media atraviesa un periodo de esterilización; a partir de la formación del *Ius commune,* sostenido por el Derecho romano y el Derecho canónico y con un relevante papel científico, se produce el efecto de que no interesan otros aspectos jurídicos. Además, esa sensación de superioridad se manifiesta en el ámbito del Derecho inglés. Por ejemplo, en las obras de Fortescue: «De laudibus legum Angliae» y «The Governance of England» se analizan comparativamente las leyes inglesas y francesas, destacando el papel principal del ordenamiento inglés.

A partir de la Edad Moderna, filósofos como Bacon señalaban que el abogado debe desembarazarse de los vínculos de su sistema jurídico nacional; igualmente, Leibniz defiende el Derecho comparado desde la perspectiva de la Historia Universal, su proyecto de un «theatrum legale» comprendía una representación comparativa de las leyes de todos los pueblos, países y épocas. Además de autores como Montesquieu, Grocio y Puffendorf «emplearon de manera explícita el método comparativo para dar fundamento empírico a las enseñanzas del derecho natural… también debemos mencionar al predecesor de Savigny en Gotinga, Hugo, quien se proponía crear un Derecho natural empírico por medio de una comparación de todos los sistemas existentes» [54].

---

dicha influencia tiene unos límites extrajurídicos, no afectando a la técnica y a la naturaleza individual de la *Iurisprudentia* romana.

[51] Torrent, A., v. *«Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum», Diccionario de Derecho romano,* Edisofer, Madrid, 2005, p. 180.

[52] Constantinenco, L.J., *Tratado*… cit., p. 82.

[53] Zweigert, K., Kötz, H., *Introducción*… cit., pp. 54-68, con interesante bibliografía en pp. 68-69.

[54] Zweigert, K., Kötz, H., *Ibid.,* p. 55.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0989

Pero será a partir de la Escuela Histórica cuando se ejerza un efecto represivo sobre el desarrollo del Derecho comparado. Rechazan los seguidores de dicha Escuela el estudio de cualquier Derecho que no sea el alemán y el Derecho romano. Para su programa científico «el derecho germánico, el derecho romano y el derecho canónico representan el objeto de estudio más importante» [55].

En Alemania corrientes como la jurisprudencia de conceptos y la pandectística se encuentran apegadas al ordenamiento nacional y muy conectadas al positivismo, lo que marca más condiciones para que el Derecho comparado no pueda prosperar. Será Feurbach el que lanza el primer aviso sobre la «necesidad de crear un derecho comparado extenso como base de una ciencia legal universal» [56]. Dicha posición lo situó junto a Thibaut, pero aparece una línea de superación a través de R. Ihering en base a su concepción teleológica del Derecho, considerando que el Derecho comparado se convertiría para los juristas como el método del futuro. En estos momentos históricos el «Derecho comparado tiene que superar una formidable oposición para conseguir un lugar como disciplina del Derecho… se trata de una especialidad que durante mucho tiempo era considerada para la mayoría de estudiosos de todo el mundo como un mero juego esotérico al que sólo podían acceder unos cuantos iniciados» [57]. Debemos tener muy presente que «todas las corrientes y concepciones que se han afirmado en el marco de la Escuela Histórica han ignorado por completo la existencia de los demás derechos que no fuesen el Derecho romano y el germánico; no han prestado la más mínima atención ni al conocimiento de los derechos extranjeros, ni a su comparación» [58].

La evolución científica del Derecho comparado como disciplina autónoma se empieza a desarrollar a mediados del siglo XIX bajo la influencia de las Codificaciones nacionales, desarrollándose en Europa la idea de un «Derecho común con valor universal». El «acta fundacional es el Congreso de Paris de 1900 coincidiendo con la Exposición Universal organizado por Raymond Saleilles, donde se sientan las bases de la "comparación", definiendo por primera vez los criterios metodológicos, el objeto y la función de la nueva disciplina» [59].

---

[55] Sobre cómo la Escuela Histórica se vuelve un obstáculo al nacimiento del Derecho comparado, *vid.* CONSTANTINENCO, L.J., *Tratado*… cit., pp. 107-116.

[56] ZWEIGERT, K., KÖTZ, H., *Introducción*… cit., p. 58.

[57] ZWEIGERT, K., KÖTZ, H., *Ibid.,* p. 59.

[58] CONSTANTINENCO, L.J., *Tratado*… cit., p. 111, nt. 26.

[59] DE LA SIERRA, S., *Una metodología para el Derecho comparado europeo*… cit., p. 41, nt. 20. Con anterioridad, en 1869 se crea la Société de Legislation Comparé. En sus Estatutos se define el objeto de la misma en el «estudio de las leyes de los diferentes países y la investigación de los medios prácticos para

https://doi.org/10.55104/FRDC_0989

Previamente, en Francia se origina una metodología comparativa, tanto en el campo de las Ciencias sociales, como de las Ciencias naturales. Empieza a desarrollarse la idea de la literatura comparada. Entre 1860-1870 las funciones de la comparación jurídica toman dos caminos: por un lado, se trata de recoger información sobre instituciones jurídicas extranjeras; y, por otro, buscar soluciones propuestas por los diferentes derechos extranjeros, para resolver las diferentes lagunas e imperfecciones del Derecho nacional. En la misma época una dirección análoga se forma en Alemania. Así, por ejemplo, en la exposición de motivos del BGB se hace referencia al método comparado en la medida que fue utilizado en los trabajos preparatorios del nuevo Código [60].

Volviendo al Congreso Internacional de Droit Comparé realizado en 1900 a iniciativa de la Société, destacando la figura de Raymond Saleilles (1855-1912), en su Ponencia-síntesis expone la necesidad de del Derecho comparado para romper con el inmovilismo de la escuela de la exégesis e insiste que, ante la incipiente vulgarización jurídica, conviene la creación de una Ciencia nueva, la Ciencia del Derecho comparado. Otras figuras que emergen en dicho Congreso son E. Lambert, el cual persigue que, ante la realidad múltiple de reglas comunes, se anhela un verdadero Derecho legislativo. Incluso asiste como representante de la familia jurídica de la Common Law, sir Frederiick Polloc [61]. También intervino Eugen Huber afirmando que el «Código civil suizo representa una obra original, establecida en base a la comparación del Derecho de los cantones y de los Derechos extranjeros» [62].

El iter evolutivo hacia el Comparativismo jurídico es largo durante los siglos XIX y XX. Hemos de tener en cuenta que el progreso se inicia con la creación de la «Société de legislation comparée (1869), continúa con la reali-

mejorar las diferentes especialidades de la legislación». El fundador de la Sociedad fue Eduardo Laboulaye, historiador y profesor de la Cátedra de Legislación Comparada en el College de France. Luis Napoleón apoyó la iniciativa, cuyos antecedentes estaban arraigados con la Oficina de Legislación extranjera adscrita al Ministerio de Justicia (1801-1804), creada por Napoleón Bonaparte.

[60] CONSTANTINENCO, L.J., *Tratado*… cit., p. 151.

[61] MORINEAU, M., *Una introducción al Common Law,* UNAM Instituto de Investigaciones jurídicas, México, 2001, p. 16

[62] CONSTANTINENCO, L.J., *Tratado*… cit., p. 160; PIZZORUSSO, A., *Curso de Derecho comparado* (trad. esp. Juana Bignozzi), Ariel, Barcelona, 1987, p. 81, nt. 1, con bibliografía referente al comparativismo italiano. Pues en Italia al Derecho comparado se le confiere rango de Cicncia jurídica plena. Algunos de los referentes doctrinales son: Santi Romano, Norberto Bobbio. Pioneros del «Diritto Comparato» fueron Amari y Gabba. De especial relevancia es la creación de la Rivista del Diritto Commerciale, Industriale e Marittimo, fundada en 1903 por Angelo Sraffa y Cesare Vivante, editada en Milán, incluyendo amplia información sobre experiencias jurídicas extranjeras, como la francesa, la alemana y el mundo anglosajón, llegando su campo de extensión hasta Rusia. Destacan, además, la presencia de juristas como Filippo Vassalli, Gino Gorla, Lossano, Sacco, G. Alpa, F. Galgano y una nómina interminable. La difusión de esta materia ha sido plena en el ámbito académico italiano y dejó de ser un campo «reservado a unos pocos elegidos». GUARNERI, *Lineamenti*… cit., p. 16.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0989

zación del Congreso de Paris de 1900 y prosiguen una serie de hechos relevantes, así como la creación del Instituto para la unificación del Derecho privado (UNIDROIT) en 1926; además de la creación de dos Institutos, por un lado el de Derecho comparado de Lyon (1920), fundado por E. Lambert, y, por otro, el Instituto de «Droit Comparé» de Paris (1932), creado por Lévy-Ullmann. Obviamente, todo bajo el ámbito francés, seguido de la creación de la «Revue internationale de Droit comparé» bajo el auspicio de la Facultad Internacional de Derecho comparado de Estrasburgo (1949). Todo ello culminado con la publicacion de la obra de René David «Les grands systèmes de Droits contemporains» (1950), reelaborada en 1964 como un Traité con un contenido semejante y que, para los ojos de Guarneri, es considerada posteriormente como «vera bibbia mondiale del Diritto comparato» [63].

Pero la consolidación de esta materia se produce por un claro cambio en el paradigma científico en relación a la concepción del mundo, fundamentado en un modelo tolemaico (estático y basado en el inmovilismo) hacia un modelo copernicano (dinámico y basado en el movimiento) [64].

Avanzando el siglo xx se empieza a prestar atención a las diferencias entre el Civil Law y el Common Law. Y el comparativismo empieza a coincidir con un mayor apego al positivismo jurídico; pero además va a estar más vinculado a disciplinas como la sociología jurídica y la filosofía [65].

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, el Comparativismo jurídico entra en un cierto pesimismo, por la transformación de las relaciones internacionales (Política de bloques; Guerra fría), lo que produce un menor contacto entre ordenamientos y Estados, además de la irrupción de los sistemas jurídicos socialistas, junto con el movimiento descolonizador. Por lo que el Derecho comparado se desliza más hacia el Derecho comunitario con el objetivo de obtener la armonización de determinadas áreas [66].

Ahora bien, la realidad actual viene marcada por una disciplina jurídica que pivota sobre dos aspectos. El primero se refiere a si nos encontramos con un área de conocimiento que tiene un carácter autónomo o independiente; o por el contrario, el segundo, en relación a si estamos ante un método con una función auxiliar al servicio de otras disciplinas. Por lo que la cuestión a la que nos

---

[63] Guarneri, *Ibid.,* p. 19, nt. 44.

[64] De la Sierra, S., *Una metodología...* cit., p. 41.

[65] Los primeros comparatistas eran unos románticos, con base en unos principios filosóficos aisladamente considerados, llegando a la conclusión de la necesidad de unificar mundialmente el Derecho. *Vid.* De la Sierra, S., *Ibid.,* p. 45.

[66] Albiez Dohrman, K.J., «El rol del Derecho comparado en la construcción del Derecho privado europeo», *e-Legal History Review,* 27, 2018, pp. 1-41; Fargnoli, J., «Gentes europaeas…», cit., pp. 1-22.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0989

enfrentamos, dado que hasta el siglo XIX no se utiliza la expresión «Derecho comparado», es si éste es una verdadera Ciencia o simplemente un Método.

Sin ánimo de extendernos haremos unas pequeñas catas doctrinales. Así, para Peter de Cruz: «el término Derecho comparado se utiliza para referirse básicamente a un método de estudio», pero añade que la «disciplina cuenta con una serie de principios metodológicos, lo que le ha permitido convertirse por derecho propio en una rama autónoma de las Ciencias sociales, aunque no contenga un núcleo sustantivo como otras ramas del Derecho positivo» [67]. Sugerentes son las opiniones de Sweigert y Kötz donde: «el término Derecho comparado hace alusión a una actividad intelectual que tiene por objeto el Derecho y por método a la comparación» [68]. Igualmente, para Héctor F. Zamudio [69] considera el «Derecho comparado como un método y no como disciplina académica, de manera que en cuanto al nombre de la materia se utilizan también: método jurídico comparativo, comparación jurídica y estudios jurídicos de Derecho… aunque el Derecho comparado es el más generalizado, con la aclaración de que estamos conscientes de su significación equívoca». Por último, para Gutteridge H.C., la expresión Derecho comparado no tiene sentido, «por lo que en Alemania los abogados utilizan el término Rechtsgleichung, que connota un proceso de comparación, libre de cualquier implicación de la existencia de un cuerpo de normas que formen una rama distinta o un área específica del Derecho» [70].

En el ámbito de la doctrina italiana Gino Gorla plantea que «comparar en el campo del Derecho como en todo campo, significa una actividad o proceso de conocimiento de dos o más fenómenos jurídicos históricamente determinados, para ver qué cosa tienen de diferencia o en común». Para este autor, el momento fundamental de la comparación es «la investigación y el acercamiento a las diferencias o similitudes emtre los ordenamientos jurídicos, confrontando entre ellos las normas o las instituciones jurídicas» [71].

Al enfrentarnos a la concepción del Derecho comparado nos inclinamos por la idea de Método, bien es verdad que el mismo método que las diversas ramas de la Ciencia jurídica. En los tiempos más recientes se produce un resurgimiento del Derecho comparado y su metodología está muy vinculada al proceso de globalización, donde las fronteras de los Estados están menos nítidas.

---

[67] De Cruz, P. *Comparative Law in a Changing Word*, 2.ª ed., London, 1999; Idem., *A modern Approach to Comparative Law*, London, 1993.

[68] Zweigert, K., Kötz, H., *Introducción*… cit., p. 37.

[69] Fix-Zamudio, H., «La modernización de los estudios jurídicos comparativos», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* UNAM. Instituto de Investigaciones jurídicas, México, 1989, p. 65.

[70] Gutteridge, H.C., *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research,* Cambridge University Press, Cambridge, 1946, p. 1.

[71] Gorla, G., v. «Diritto Comparato», *EdD*, XII, 1964, p. 928.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0989

El proceso histórico tiene como punto de llegada «una concepción del Derecho comparado de origen europeo… realizado en el contexto del Derecho comunitario a efectos de obtener la armonización de determinadas áreas, independientemente de cómo se conciba dicha armonización» [72].

Pero el tema tiene unas proyecciones previas, en relación a la virtualidad expansiva de la enseñanza del Derecho comparado, la cual tiene una gran relevancia en toda Europa y en el mundo anglosajón. Sin embargo, en relación a España «la docencia del Derecho comparado no se ha visto reconocida», a lo largo de los diferentes Planes de Estudio. En la geografía universitaria española «se enseña muy poco Derecho comparado… salvo muy puntuales cursos optativos en su mayoría, ofertados por un escaso número de Facultades de Derecho» [73]. El Derecho comparado «no cuenta con un espacio propio en la Universidad española… aunque se da la paradoja, porque raro es el departamento jurídico en el que no se elaboren tesis con contenidos de derecho comparado e investigadores que no utilicen el método comparatista» [74]. De ahí que, siguiendo a Carlos Llorente, entendamos que «la comparación jurídica debe formar parte del currículo de formación de los docentes de las Facultades de Derecho… además debería integrarse en el proceso educativo de los alumnos… siendo la fase de formación doctoral la que parece más idónea para poner en práctica dicha metodología». Y añade: «la comparación jurídica es extremadamente importante en el Derecho del siglo XXI, que se está consolidando como el siglo de la apertura hacia un Derecho global que, inevitablemente, requería idoneidades comparatistas de quienes pretendían liderar su desarrollo» [75].

Pero a lo largo de toda esta evolución y mirando hacia Europa, no podemos descuidar la conexión con el Derecho romano, inicialmente como ele-

---

[72] De la Sierra, S., *Una metodología*… cit., p. 48, con una amplia bibliografía sobre comparación jurídica en el ámbito europeo en la nota 36.

[73] Morán G.M., «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», *Anuario da Facultade de Dereito,* 6, 2002, p. 502; *Ídem,* «El nuevo milenio ante el reto del Derecho comparado en las Universidades españolas», *AFDUDC,* 5, 2001, pp. 491-519.

[74] Morán, G.M., «El Derecho comparado…», cit., p. 503. Llama la atención que en España una primera figura es la de Gumersindo Azcárate que en 1872 ocupaba la primera Cátedra de legislación comparada y que publicó con posterioridad un opúsculo titulado: «Ensayo de una introducción al estudio de la legislación comparada y programa de esta asignatura», Madrid. 1874. Aunque, como señala, Constantinenco, L. J., *Tratado*… cit., p. 149, «el opúsculo de Azcárate no ha tenido más que un eco muy débil». A partir del siglo XX destacan profesores de corte interdisciplinar (historicista-sociológica) como Rafael Altamira, Adolfo Posada, y Joaquín Costa; posteriormente, destacan civilistas como: A. Hernández Gil, José Castán Tobeñas, García Cantero, Puig Brutau y J. Luis de los Mozos e internacionalistas como Truyol Serra y J. A. Carrillo Salcedo.

[75] Lorente Gómez de Segura, C., «Enseñanza de la comparación de sistemas jurídicos», en *Enseñar Derecho en el siglo XXI. Una guía práctica sobre el grado de Derecho* (Rodríguez Arana, J., Palomino Lozano, dirs.), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 294-295.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0989

mento conformador básico del Ius commune, así como eslabón entre el Common Law y el Civil Law [76]. Además, como afirma Guarneri: «todo sistema jurídico, adherido a la Unión Europea, está caracterizado por la coexistencia de dos grupos de reglas jurídicas que recuerda, en grandes líneas pero con las debidas diferencias, la antítesis ya conocida del derecho medieval continental, entre ius commune y iura propria, ya conocida en el derecho de los Estados Unidos, entre derecho federal y derecho estatal… estamos frente a un fenómeno de progresiva europeización y erosión de los singulares derechos nacionales en el cuadro de la circulación-evolución de los modelos jurídicos» [77].

El Derecho romano «puede servir de aglutinante de la Unión Europea continental… y debe manejarse con habilidad en el actual proceso de unificación jurídica… es un proceso abierto… Aunque no se consiga una unificación de todo el Derecho, más fácil de lograr en el ámbito del Derecho privado, la realidad evidencia que es algo inevitable» [78].

III. LA COMPARACIÓN JURÍDICA Y SU RELACIÓN CON OTRAS DISCIPLINAS JURÍDICO-SOCIALES

La comparación jurídica permite un mejor acercamiento para el conocimiento del Derecho y éste «no es monopolio de unos juristas que se muevan en el ámbito del Derecho positivo» [79]. La metodología comparativa se usa con fines muy distintos, tanto para «mejorar el Derecho nacional o intentar realizar la unificación del Derecho a nivel nacional como internacional» [80]. Pero, además, esta metodología puede utilizarse con la combinación de otras materias socio-jurídicas para profundizar en la realidad formativa de los di-

[76] *Vid.* Fernández de Buján, A., «Ciencia jurídica europea y Derecho comunitario: *Ius romanum, Ius commune,* Common Law, Civil Law», en *Glossae. European Journal of legal History,* 13, 2016, pp. 275-306. También, sobre el valor y vigencia del Derecho romano *vid.* Fernández de Buján, F., *El Derecho creación de Roma. Meditaciones universitarias de un académico,* Real Academia de Doctores de España, 2018, pp. 147-169; Reinoso Barbero, F., *«Ubi ius romanum ibi Europa»,* en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho,* 2, 2009, pp. 72-81; Navarro Valls, R., «Las bases de la cultura jurídica europea», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación,* 32, 2002, pp. 367-378; García Sánchez, J., «La presencia del Derecho romano en la normativa europea del siglo xx. Especial consideración a su influencia en el Derecho canónico en la pasada centuria», *REDC,* 75, 2018, pp. 130 ss.

[77] Guarneri, A., *Lineamenti*… cit., p. 401.

[78] Murillo Villar, A., ¿Para qué sirve el Derecho romano? Razones que justifican su docencia e investigación en el siglo xxi, Andavira, La Coruña, 2018, p. 143.

[79] Gambaro, A., Monateri, P.G., Sacco, R., v. «Comparazione giuridica», en *Digesto Civile,* III, Torino, 1988, pp. 48 ss.

[80] Dell'Aquilla, E., *Introducción*… cit., p. 28.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0989

ferentes sistemas jurídicos y políticos. Analicemos, pues, algunas de estas conexiones:

- Derecho romano.

Si partimos de la premisa de que el método comparativo puede ser un instrumento correcto para el acercamiento al Derecho positivo; existe a sensu contrario la idea básica los riesgos que la tendencia comparativista puede llevar aparejados y que fueron factores importantes en la decadencia de los estudios romanísticos en la Francia de finales del siglo XIX y XX [81].

Ahora bien, la utilización de esta metodología puede servir para investigar el origen de ciertas instituciones, de cara a la idea de complementar determinadas lagunas. Para Summer Maine, el Derecho romano es uno de los «ancients laws». Para este autor, la importancia del Derecho romano reside fundamentalmente en que habiendo obtenido un alto grado de desarrollo sirve de orientación a todos los Derechos modernos. Aunque en la totalidad de su obra, como consecuencia de su influencia lingüística comparada, limita su comparación a la esfera de los pueblos indoeuropeos [82].

Uno de los grandes promotores de esta metodología es Leopold Wenger, quien patrocina extender el estudio romanístico al ámbito de los Derechos de la Antigüedad [83]. El propósito era construir una «antike Rechtsgeschichte» sobre la base de los Derechos antiguos, tomando como referencia elementos de comparación de principios jurídicos romanos. En el año 1904 en la Conferencia Inaugural del Curso académico de su asignatura parte de la idea de una cierta unidad entre los diversos sistemas jurídicos de los pueblos mediterráneos y de Oriente próximo. Dicha tesis ha tenido poca aceptación. Así García Garrido afirma: «a medida que se penetra en el conocimiento de los derechos antiguos y ante los incesantes descubrimientos de nuevas fuentes, aparecen nuevos datos que destacan la originalidad y el valor indiscutible del Derecho romano» [84]. En la misma línea, Armando Torrent considera que «el Derecho

[81] Fernández Barreiro, A., *Los estudios de Derecho romano en Francia después del Código de Napoleón,* Roma-Madrid, CSIC, 1970, p. 53; pp. 72 ss.; Torrent, A., *Introducción metodológica*… cit., pp. 107 ss.

[82] Summer Maine, H., *Ancient Law,* London, 1906. Existe una reciente edición española, *El Derecho antiguo* (trad. notas e estudio introductorio de Ramón Cotarelo), Tirant-Humanidades, Valencia, 2014.

[83] *Vid.* Murillo, A., *Para qué sirve el Derecho romano*… cit., p. 99, nt. 173, con un elenco importante sobre las obras fundamentales de Leopold Wenger. También, *vid.* Panero, P., «La investigación romanística», en *El Derecho romano en al Universidad del siglo XXI* (Ricardo Panero, coord.), Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 379-381.

[84] García Garrido, M.J., «Derecho romano y sociología jurídica», *Revista de Derecho Notarial,* 25-26, 1959, pp. 146-147.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0989

romano tiene una autonomía in se y lo contrario sería caer en una actitud sociológica» [85].

Las diferencias entre el Derecho romano y los Derechos de la Antigüedad pueden venir marcados en que en el primero se produce a partir de la época preclásica una clara separación entre las reglas jurídicas, frente a las reglas morales y religiosas. En cambio, en los otros Derechos de la Antigüedad las reglas jurídicas, morales y religiosas se encuentran confundidas y no se distinguen las unas de las otras; por lo que el Derecho romano mantiene su autonomía y su posición preeminente. Pese a estos inconvenientes de cara a la utilización de la metodología comparada, creemos que el Derecho romano, siguiendo los planteamientos de Fuenteseca, puede ser utilizado bajo una metodología que ha denominado «comparativismo en perspectiva histórica» [86]. Además, el Derecho romano no puede estudiarse aisladamente de los condicionantes sociales, políticos, religiosos… que lo han determinado, ya que son éstos los que nos permitirán comprender la evolución de las distintas instituciones jurídicas [87].

A este respecto son oportunas las observaciones de Joan Miquel en relación a que el Derecho romano es substrato común de los Derechos europeos continentales y, por tanto, debe partirse de él para el estudio del Derecho comparado. Se trata de una utilización del método comparativo aplicándolo en sentido vertical [88].

El Derecho romano es un punto de conexión entre los diferentes sistemas jurídicos, sobre todo aquellos de base romanística. Como señala Alfonso Murillo el método comparado, cuando se practica con el Derecho positivo vigente, podría aportar algún resultado satisfactorio por medio del análisis del Derecho romano en la conformación de los derechos civiles de base romanística y su posterior y diferente evolución. Y apoyándose en Solidoro, «cuando hoy un jurista afronta el tema de la comparación de los derechos europeos, normalmente lo entiende en sentido horizontal. En cambio, el estudio de la tradición romanística exige practicar una comparación vertical, es decir, diacrónica, comparando a través del tiempo, no de forma estática» [89].

---

[85] Torrent, A., *Introducción metodológica*… cit., p. 107.

[86] Fuenteseca, P., «Un treintenio de Derecho Romano en España: reflexiones y perspectivas», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ursicino Alvarez Suárez,* 1978, p. 138; *Idem,* «Observaciones sobre el futuro del Derecho romano en España», en *Estudios en homenaje al profesor Hernández Tejero,* Universidad Complutense, Madrid, 1994, p. 209.

[87] Crifò, G., «Indispensabilità e inutilità della romanistica attuale», *SDHI,* 55, 1989, p. 450.

[88] Miquel, J., «Derecho romano», en la *Enseñanza del Derecho romano en España,* Tecnos, Madrid, 1987, p. 200.

[89] Murillo, A., ¿Para qué sirve el Derecho romano*?*... cit., p. 101, nt. 179.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0989

Por último, el Derecho romano podría ser un «tertium comparationis» y «constituir una guía firme y segura para medir la calidad e incluso legitimidad de todos los ordenamientos jurídicos» [90]. El Derecho romano y el latín pueden servir «como factores de cohesión y unidad cuando la humanidad busca, con interés renovado, una lengua y un sistema jurídico que sean aceptados por todos los pueblos» [91]. Ahora bien, la manera de proceder a la comparación supondría elevar el Derecho romano como un sistema ideal, como perfecto e imperecedero, elevándolo a un Derecho natural, universal e indiscutible, compuesto de normas y principios valederos en cualquier tiempo y lugar [92].

- Antropología y Etnología jurídica.

La primera concentra su objeto de estudio en aquellas sociedades más primitivas y sin escritura. Su conexión con el comparativismo ha sido fecunda y ha dado sus mejores frutos en aquellas culturas alejadas de las sociedades occidentales. Se trata de sociedades sin leyes, donde «las costumbres y los antepasados son los custodios de la tradición… además de comunidades sin estado… lo cual no quiere decir que nadie manda, sino que coexisten multiplicidad de poderes difusos» [93].

En conexión con lo que venimos abordando aparece la etnología jurídica, auspiciada bajo H.E. Post, Maine y J.J. Bachofen, los cuales reorientan sus estudios hacia la influencia de los sitemas jurídicos occidentales en las sociedades primitivas o menos modernizadas [94]. Para Post, a través del método comparativo etnológico se puede llegar al conocimiento del Derecho de los pueblos salvajes que no es susceptible de consideración histórica [95], pero teniendo en cuenta que «existen sociedades en que las estructuras estatales no están operativas. De ahí que los antropólogos nos enseñan a distinguir entre una sociedad con un poder centralizado y la sociedad con un poder difuso. A partir del siglo XXI, la primera corresponde a lo normal y por tanto la regla, mientras que la segunda corresponde a la excepción» [96].

Debemos destacar la figura de R. Dekkers, que estudia de una manera individualizada los Derechos propios y comunes de los pueblos, así como la

---

[90] Dell'Aquilla, E., Dell'Aquilla, L., *Introducción*… cit., p. 58.
[91] *Ibid.,* p. 59.
[92] Dell'Aquilla, E., Dell'Aquilla, L., *Introducción*… cit., p. 57.
[93] Dell'Aquilla, E., Dell'Aquilla, L., *Ibid.,* pp. 118 y 119.
[94] Una panorámica general sobre la etnología jurídica en: Negri, A., *Il giurista dell'area romanista di fronte all'etnologia giuridica,* Giuffrè editore, Milano, 1983. Un análisis más sincretico entre etnología jurídica y método comparado en Constantinenco, J. *Tratado de Derecho Comparado*… cit., pp. 166-181.
[95] Negri, A., *Ibid.,* p. 17.
[96] Gambaro, A., Sacco, R., *Sistemi giuridici comparati*... cit., p. 21.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0989

evolución del Derecho desde perspectivas comparadas [97]. También merece destacar las apreciaciones de Eva Cantarella sobre los orígenes antropológicos del Derecho. Para ello recurre a las teorías de Adamson Hoebel, centrado en la población esquimal. Para este autor la fuerza no debe ser la del Estado, sino la del individuo o el grupo que ha sufrido una ofensa, que ostenta el privilegio social para actuar de esa manera. En la misma línea, la antropóloga Rulh Benedict plantea que en algunas sociedades el respeto a las normas no obedece al carácter coercitivo de las mismas, sino al desprestigio social («shame culture»). Cultura de la vergüenza que se manifiesta, por ejemplo, en las XII Tablas: «improbus intestabilisque». Y es que a la vergüenza se le atribuye una función prescriptiva, dotado de un poder coactivo o vinculante, como una verdadera sanción pública [98].

- Historia del Derecho.

Como hemos visto anteriormente, esta disciplina nos permite un análisis comparativo de los sistemas jurídicos a través del tiempo, siguiendo una proyección diacrónica, todo ello combinando las dos metodologías; mientras que la metodología comparativa a secas se remite a un análisis sincrónico de los sistemas. Además, como señala Gloria Morán: «el estudio del derecho histórico brinda una riqueza de matices que, indiscutiblemente, es insustituible de cara a la ayuda para la comprensión del Derecho vigente, y ahí se pone de manifiesto el tremendo potencial de los estudios históricos comparados» [99].

Para Alan Watson, «la historia y la filosofía del Derecho son los ingredientes esenciales del Derecho comparado, como disciplina intelectual autónoma… además la importancia de la historia de las normas jurídicas ha sido reconocida desde hace tiempo por los comparatistas» [100]. Para este autor, las analogías y las diferencias relacionadas entre los distintos sistemas deben acometerse en el marco de una relación histórica [101].

Es obvio que, como señala Dell'Aquilla: «la historia ofrece datos y materiales que pueden resultar preciosos para la comparación, pues permite saber de qué modo, en una comunidad determinada, ciertos conceptos y dogmas se

---

[97] Dekkers, R., *El Derecho privado de los pueblos* (trad. esp. Francisco Javier Osset), Edit. Rev. de D. Privado, Madrid, 1957.

[98] Cantarella, E., *Instituciones e historia del Derecho romano. Maiores in legibus* (trad. est. notas de I. Núñez Paz, C. Rubiera Cancelas), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 42-51.

[99] Morán, G., «El Derecho comparado…», cit., p. 314.

[100] Watson, A., Legal transplants. An Approach to Comparative Law, 2.ª ed., Athens, The University of Georgia Press, 1993, p. 7 (la traducción del texto es de Morineau, M., *op. cit.,* p. XXII).

[101] Watson, A., *Ibid.,* p. 9.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0989

han forjado y vertido en el sistema normativo» y añade: «el Derecho es un fenómeno con muchas formas y facetas, que no se agota con la ley» [102].

Esa conexión entre el Comparatismo y la Historia del Derecho se puede ver a través de un análisis vertical dentro del propio sistema, estudiando la evolución de una determinada institución. Aunque este modelo de análisis puede resultar insuficiente y se deba acudir a un análisis horizontal donde relacionamos diferentes sistemas en un determinado contexto histórico, tratándose de un cotejo entre datos que pertenecen al mismo momento histórico. Para Attilio Guarneri: «la conexión entre las dos disciplinas es muy estrecha, puesto que el historiador del Derecho se inclina al estudio del Derecho del pasado, partiendo de nociones actuales, sin prescindir del Derecho antiguo, comparándolo con otros Derechos de la Antigüedad; mientras que el comparatista utiliza el dato histórico para la exacta comprensión del Derecho extranjero» [103].

Siguiendo a Zimmermann, existe «una indisoluble unidad de pasado y presente» y tampoco se puede pretender un «Derecho aislado de su pasado». Para aquel, siguiendo a Savigny, las diferencias entre los distintos métodos jurídicos radican en que sean históricos o ahistóricos. Y es que un sistema viene constituido por fuentes, reglas, conceptos, métodos, argumentos y su conjunto conforma una tradición. «Una tradición infinítamente rica que ha contribuido decisivamente a la configuración de la Europa moderna» [104]. Anteriormente, Ascarelli consideraba que: «la historia del Derecho y el Derecho comparado son dos momentos de un procedimiento sustancialmente unitario idóneo para alargar extraordinariamente el campo de vista del observador de los fenómenos jurídicos» [105]. La conexión entre Derecho comparado y la Historia del Derecho es fundamental a los ojos de Michele Graziadei, para quien: «el estudio del derecho vigente, sin el auxilio de la historia y la comparación, conduce a la producción de un conocimiento pobre e incompleto del Derecho que vivimos». Y es que «la comparación jurídica puede ayudar al historiador a percibir en qué medida el Derecho se ha formado a través de la circulación y préstamos de modelos, muy a menudo recíprocos que han superado las fronteras». Además,

---

[102] Dell'Aquilla, E., Dell'Aquilla, L., *Introducción*… cit., p. 79.

[103] Guarnieri, A., *Lineamenti*... cit., p. 22.

[104] Zimmermann, R, «El legado de Savigny. Historia del Derecho. Derecho comparado de una Ciencias jurídica europea», en *Estudios de Derecho Privado* (trad. esp. A. Vaquer Aloy), Civitas, 2000, pp. 26-42; *Vid.* Varano, V., Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale,* I, Torino, Giappichelli, 2006; Graziadei, M., «Il diritto comparato, la storia del diritto e l'olismo nello studio delle culture giuridiche», *Rivista Critica del Diritto privato,* 1999, pp. 337-351; Torrent, A., «Droit romain et histoire du Droit», en *Le droit Comun et l'Europe. Actes Société d'Histoire du Droit,* Dykinson, Madrid, 2000, pp. 315-327.

[105] Ascarelli, T., «Il Diritto comparato e lo studio del Diritto anglo-americano», en *Anuario di Diritto Comparato,* I, 1930, p. 493, citado en Guarnieri, *Lineamenti*... cit., p. 23.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0989

«la comparación jurídica puede servir para analizar atentamente la fuerza y la debilidad de las diversas tradiciones historiográficas nacionales» [106]. Pues, «en todo caso, la investigación histórica que ignora la hipótesis de la circulación de modelos reposa sobre bases muy frágiles» [107].

En el ámbito de la Common Law, W. Maitland afirmaba con la expresión: «history involves comparaison»; lo que contrasta años después con la expresión de Gino Gorla: «comparaison involves history» [108]. Consideraciones que vienen reforzadas por el hecho de que los estudios comparativos han sido cultivados por destacados romanistas e historiadores del Derecho como: G. Pugliese, G. Broggini, P. Grossi, C. A. Cannata del ámbito italiano y, por otro lado, de otros ámbitos: F. Wieacker, P. Stein, A. Watson, R. W. Caenegem, R. Zimmermann, G. Hamza [109].

La combinación de ambas metodologías supone un acercamiento a los sistemas jurídicos no sólo en su vertiente legislativa, sino también en el marco de otras fuentes y supone enfrentarse a un análisis en su vertiente formalista del Derecho y en su nivel fáctico.

- Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado.

Estas dos disciplinas jurídicas no son ajenas a la Comparación jurídica, a la vez que el denominado Derecho comparado está compuesto de elementos internacionales. El primero está forjado de reglas supraestatales qeue regulan las relaciones entre los Estados, así como el funcionamiento de las organizaciones internacionales; la conexión con el método comparado radica en que éste nutre elementos para identificar los conceptos y las categorías que utilizará el intérprete. Así, Gloria Morán afirma que: «las 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 modelos de justicia». Esta cuestión se ve en «el art. 38,3 del Estatuto del Tribunal de Justicia Internacional, referido a los principios generales del Derecho reconocidos por las Naciones civilizadas, dichos principios internacionales sólo pueden ser interpretados en base al Derecho comparado» [110].

---

[106] *Vid.* Graziadei, M., «El Derecho comparado, la Historia del Derecho y la holística en el estudio de las culturas jurídicas» (trad. esp. Sonia Quequejana Mamani), en Adjani, G., Graziadei, M., *Derecho Comparado y teoría jurídica*, Lima-Santiago de Chile, Ara Editores/Ediciones Olejnic, 2016, p. 12.

[107] Graziadei, M., *Ibid.,* p. 19.

[108] *Vid.* Guarneri, A., *Lineamenti*… cit., p. 22, nt. 50.

[109] Guarneri, A., *Ibid.,* p. 23.

[110] Morán, G., «El Derecho comparado….», cit., p. 313; *Vid.,* también, Dell'Aquilla, E., Dell'Aquilla, L., *Introducción*… cit., pp. 53-54.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0989

El método comparado es útil «para interpretar y complementar los convenios internacionales», así como para comprender más correctamente normas consuetudinarias de Derecho internacional, a destacar las reglas: «pacta sunt servanda», «rebus sic stantibus». Se trata de reglas propias del sistema romano-germánico, de manera que «por lo que respecta a juristas que se hayan formado en tradiciones distintas, es por medio de la comparación como se puede llegar a conocer su sentido pleno en el ámbito concreto de su aplicación» [111]. En la misma línea, el Derecho comunitario de la Unión Europea, a la hora de la elaboración de las normativas primarias y secundarias, acude al método comparado como instrumento de trabajo en la redacción de textos jurídicos.

En relación al Derecho internacional privado, se trata de una serie de normas de derecho positivo vigente, de los singulares Estados, por lo que el método comparado no le es extraño. De manera que éste nutre a aquél de elementos y datos para la aplicación de las reglas de Derecho internacional privado. Uno de los objetivos del actual Derecho internacional privado es lograr un máximo de coherencia, lo que no «significa reemplazar la legislación propia por otra supranacional uniforme, sino una gradual mejora de las relaciones internacionales en el ámbito del derecho privado», todo ello a través de diferentes técnicas, entre ellas la metodología comparativa, instrumento fundamental para la armonización legislativa [112].

- Sociología y Filosofía del Derecho.

La segunda disciplina se ve enriquecida por el método comparado, pues permite analizar diferentes conceptos de Justicia. Además, se trata de una ciencia que no puede estar circunscrita a un marco geográfico o histórico aislado. La comparación jurídica «realiza una labor importante de re-educación jurídica y puede completar y ampliar horizontes jurídico filosóficos a la hora de estudiar Derecho» [113]. En cuanto a la primera, la sociología jurídica se ocupa de las relaciones causales entre el Derecho y la sociedad, con el objeto de controlar la influencia del primero sobre la segunda y viceversa. De ahí que la «sociología jurídica ha sido considerada con razón uno de los componentes del Derecho comparado, o cuanto menos, un instrumento importante para analizar normas». Los factores religiosos, sociales, culturales, jurídicos, así como la tradición,

[111] Dell'Aquilla, E., Dell'Aquilla, L., *Ibid.,* p. 35.
[112] Morán, G., «El Derecho comparado….», cit., p. 314.
[113] Morán, G., Ibid., pp. 315-316.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0989

explican la formación y la aplicación de las normas jurídicas; y además pueden «explicar por qué las normas pueden derogarse por ley o por no uso» [114].

IV. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL: LA COMPARACIÓN JURÍDICA Y SU INTERCONEXIÓN CON EL DERECHO ROMANO DE CARA A LA UNIFICACIÓN Y ARMONIZACIÓN JURÍDICA EUROPEA

El Derecho romano, debido a su decurso histórico, está compuesto de un precipitado común que puede contribuir de manera decisiva a la unificación jurídica dentro de la Unión Europea [115]. Aunque, como afirma, Armando Torrent: «La armonización exigida por los tratados fundacionales de la Unión Europea en el campo del Derecho plantea un arduo programa de unificación jurídica que solo puede alcanzarse desde la experiencia y la Ciencia jurídica» [116]. De ahí que no es suficiente el conocimiento del Derecho europeo, en sus diferentes dimensiones, sin embargo la formación sobre esta materia es muy limitada, por lo que, como apostilla Torrent: «para obtener un auténtico Derecho común europeo una exigencia fundamental es la divulgación de su enseñanza. Hoy día todos tenemos claro que en las Facultades de Derecho de la Unión Europea debe enseñarse Derecho asumiendo una dimensión transnacional que supera los particularismos internos» [117].

En estos momentos el actual Derecho comunitario, aunque común para los estados miembros, no constituye una nueva dimensión del Ius commune. Es cierto que en los años finales del pasado siglo e inicios del siglo XXI, se empieza a través de las Directivas comunitarias, junto con la jurisprudencia del TJUE, a configurar un proceso de armonización en materia de derecho de la competencia, propiedad intelectual, sociedades, derecho antitrust y, sobre todo, en más materias como obligaciones y contratos, en el ámbito de los consumidores y en derecho de contratos y responsabilidad del fabricante por productos defectuosos [118].

---

[114] Dell'Aquilla, E., Dell'Aquilla, L., *Introducción*… cit., pp. 65-66. *Vid.* nota 166 con bibliografía sobre la relación entre la Sociología y el Derecho comparado. *Vid.* el clásico planteamiento de Levy-Bruhl, H., *Sociología del Derecho* (trad. esp. Myriam de Winizky), Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1966. Un análisis sobre los factores de evolución del Derecho en pp. 37-40.

[115] Herrera Bravo, R., *El Derecho romano en la cultura jurídica del siglo XXI,* Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaén, Jaén, 2007, p. 57; Vid. también Idem et alii, «Ius commune versus Derecho común europeo», cit., pp. 1-28.

[116] Torrent, A., *Fundamentos de Derecho europeo*… cit., p. 32.

[117] Torrent, A. *Ibid.,* p. 39.

[118] Sobre la diferencia entre el Derecho Común y el Derecho comunitario *vid.* Fernández de Buján, F., «Aportación del Derecho romano al proceso de elaboración del Derecho de la Unión Europea»,

https://doi.org/10.55104/FRDC_0989

Son muchas las iniciativas que se realizan en la Unión Europea de cara a un Derecho privado unificado, pero los resultados son bastante insatisfactorios, pues como advierte Zimmermann se trata «tan solo de pedazos de un Derecho más o menos uniforme insertados inorgánicamente en el Derecho nacional» [119].

Desde nuestra modesta perspectiva, el camino hacia un «Ius commune europeum» está lleno de barreras históricas, particularismos nacionales, burocráticas, por lo que, como afirma Armando Torrent: «se hace preciso volver los ojos a una pretendida (y para mí evidente) común cultura jurídica; en esta búsqueda no resulta insustancial que los abogados generales de la Corte europea vuelvan sus ojos a las soluciones romanas que, aunque sólo fuera por presentarlas como exempla de soluciones jurisprudenciales ello mismo es un indicio claro de aquella metodología científica que ya había sido repropuesta por medievales y modernos» [120].

El método comparado añadido al Derecho romano propone una dimensión comparativa que puede servir para la aproximación y unificacion jurídica europea. Como señalan K. Sweigert y H. Kötz, «el Derecho comparado proporciona una base comparativa sobre la cual desarrollar un sistema legal común» [121]. Se recoge la esencia del art. 3 h. del tratado de la CEE que especificaba como cometido: «la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común».

Ahora bien, ¿cuál sería uno de los caminos de cara a la unificación jurídica europea?, pues uno de ellos discurriría a través del modelo codificador, tal como planteaba Thibaut; o, por el contrario, se debe seguir el programa de Savigny, a través de la necesidad de «creación de una Ciencia jurídica europea que sea capaz de edificar los cimientos sobre los que deba descansar el futuro Derecho privado europeo» [122]. Como pone en claro R. Schulze «en las últimas décadas se ha puesto de manifiesto que, en particular para el Derecho de con-

SDHI, 64, 1998, p. 530; Herrera Bravo, R., «Fundamentos romanísticos del Derecho comunitario europeo», en *Estudios in memoriam del profesor Alfredo Calonge,* vol. I, Asociación Iberoamericana de Derecho romano, Salamanca, 2002, pp. 545-546.

[119] Zimmermann, R., «El carácter europeo del Derecho inglés. Relaciones históricas entre el Civil Law y el Common Law», en *Estudios*… cit., p. 171.

[120] Torrent, A., *Fundamentos del Derecho europeo*…cit., p. 41.

[121] Zweigert, K., Kötz, H., *Introducción al Derecho*… cit., p. 32.

[122] Zimmermann, R., «El legado de Savigny. Historia del Derecho, Derecho comparado y el nacimiento de una Ciencia jurídica europea», en *Estudios de Derecho privado europeo,* cit., pp. 19-67; Schulze, R., «Nuevos rasgos del Derecho privado en Europa», en *Cien años de la Revista de Derecho privado, 1913-2013* (S. Díaz Alabart, Dir.), Madrid, 2014, pp. 139 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0989

tratos, las investigaciones con métodos de la Ciencia jurídica pueden contribuir a dar una mayor coherencia al Derecho europeo» [123].

No debemos de ser pesimistas de cara a la unificación jurídica, pues contamos con una experiencia histórica dilatada. Para ello hemos de poner el foco en las Facultades de Derecho o en aquellas que imparten Ciencias Jurídicas, donde se debe instruir en Comparación jurídica, tanto en el ámbito del Grado, como el Postgrado y el Doctorado. Estas aportaciones serán claves para la conformación de un Derecho privado europeo. Entendemos que la distancia entre el Civil Law y el Common Law no es insalvable. Estamos con Zimmermann cuando afirma que «el Derecho inglés no es un cuerpo extraño y duro de asimilar. Puesto que existen varios argumentos históricos que explican la tendencia al encuentro entre las dos tradiciones jurídicas» [124].

En el ámbito de la Ciencia jurídica europea no son grandes las diferencias entre la doctrina alemana, francesa, inglesa… etc.; además, como señala K. Luig «sobre la base del derecho de casos del tribunal europeo de justicia, se encuentran una serie de reglas europeas comunes con base romana y que nunca han perdido validez. El Derecho romano es un elemento indispensable para la elaboración de un futuro Código europeo» [125].

Pero existen visiones más pesimistas, donde un Código civil europeo no parece realista, pues la presencia de un intenso positivismo nacionalista hace inviable la unificación jurídica. Y no se trata solo del ámbito de la Unión Europea, sino que en el ámbito anglosajón «post-brexit» permanecerá la innata aversión de los juristas ingleses hacia la Codificación. Ante este panorama ¿qué opciones proponemos?

Nos acogeremos a la corriente que lidera Van Caenegem, conectando la Historia del Derecho y el romanismo, destacando que aquella muestra que «en el pasado han existido formaciones políticas amplias que han conseguido desarrollar sistemas jurídicos propios». E incluye a la «Ciencia jurídica, la cual a lo largo de la Historia, ha jugado un papel preparatorio y pionero en el camino de la unificación». Finalizando con la idea base de que «la Historia y la Ciencia solas no bastan, es necesaria la voluntad política y el poder político para que los juristas alcancen el éxito» [126].

---

[123] Schulze, R., *Ciencia jurídica y unificación del Derecho privado europeo* (Edc. A. Sánchez), Santiago de Chile, Edic. Olecnik, 2017, p. 71.

[124] Zimmermann, R., «El carácter europeo del Derecho inglés…», cit., pp. 161 y ss.

[125] Luig, K., «The history of Roman private law and the Unification of European Law», *Zeitschrift für Europaischen Privatrecht,* 5, 1997, pp. 405-427.

[126] Van Caenegem, *Pasado y futuro del Derecho europeo. Dos milenios de unidad y diversidad* (trad. esp. Luis Diez Picazo), Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 49 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0989

La posición de los estudiosos del Comparativismo se sitúa en un distanciamiento hacia el Derecho nacional y ponen el foco hacia un Derecho transnacional en el marco de un mundo globalizado. Por lo que el comparatista está llamado, en opinión de Guarneri, a analizar este nuevo Derecho con arreglo a las siguientes premisas. Así, en primer lugar, desde la óptica del «origen», el nuevo Derecho transnacional es diferente fruto de la circulación y de los transplantes de modelos territoriales. En segundo lugar, el «contenido» constituido por reglas uniformes que sustituyan a las normas nacionales. Y, por último, en tercer lugar «la tendencia dinámica a expandirse», lo cual es perceptible en diferentes áreas de conocimiento muy en especial en el área Europea, pero sobre todo en el área de la tradición jurídica occidental [127].

Son muchas las vías de cara a la unificación jurídica. El método comparado nos va a permitir contrastar las diversas fuentes, ya sean jurisprudenciales, legislativas o meramente interpretativas. Pero el papel de los juristas va a ser clave, por sus conocimientos jurídicos, los cuales deben se formados en el marco universitario para desarrollar una lengua común que nos permita superar los conceptos abstractos de cada Derecho nacional y nos conduzca en el futuro a familiarizarnos con un vocabulario jurídico común. Y termino con las palabras de Dario Mantovani: «Ningún derecho puede reflexionar sobre sí mismo si no dispone de cualquier otra experiencia jurídica que le sirva de parangón, de contraste; para nosotros esa experiencia es el Derecho romano» [128].

[127] Guarneri, A., *Lineamenti*… cit., pp. 400-401.

[128] Mantovani, D., «El Derecho romano después de Europa. La Historia jurídica para la formación del jurista y ciudadano europeo», *Cuadernos del Instituto Antonio Nebrija,* 9, 2006, p. 379.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0989