
Globalización, cultura y Derecho: el papel del Derecho comparado

SIXTO A. SÁNCHEZ-LORENZO

*Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Granada*

Sumario

1. Introducción.
 2. Derecho como cultura. 2.1. Derecho como ciencia. 2.2. Derecho como instrumento social. 2.3. Derecho como «sistema jurídico».
 3. Incidencia en la armonización jurídica.
 4. El papel del Derecho comparado.
-

1. INTRODUCCIÓN

Agradezco a los coordinadores la oportunidad de participar en una obra homenaje a la memoria de Rafael Barranco Vela. Muchas fueron las virtudes académicas y sobresaliente la valía profesional y científica del profesor Barranco Vela, de por sí merecedoras de homenaje y recuerdo. Pero en mi caso, he de reconocer que se difuminan ante la talla descomunal de Faló, el amigo. Tuve la suerte de ser su compañero de profesión, y el privilegio único de ser su amigo, y este privilegio es la garantía de su memoria mientras pueda durar la mía, pues Faló Barranco fue, es, uno de los seres más entrañables y dignos de afecto y recuerdo que haya conocido jamás. De lo que se pueden contar con los dedos de una oreja, como diría El Perich. Quienes lo

conocieron de cerca saben de qué hablo. A quienes no tuvieron esa suerte, no podría expresarles con palabras la bonhomía, sensibilidad, sentido del humor, lealtad, coraje y simpatía que destilaba Falo Barranco, siempre y sin intervalos...

Debo, pues, retener mis impulsos de escribir una contribución diferente, y atenerme de forma disciplinada al objeto de un homenaje que debe ser esencialmente académico y, en consecuencia, aportar una reflexión para honrar la trayectoria académica, tan ejemplar como su vida, de Rafael Barranco Vela. Aunque el Derecho público no es mi especialidad, he pensado que quizás podría honrarlo con una reflexión sobre el Derecho, a secas, aunque se formule desde la predisposición y las obsesiones de un privatista. Y rindiendo homenaje a la estampa renacentista de mi amigo, destacado en múltiples actividades humanas y divinas, a veces muy alejadas del Derecho, he optado por una reflexión espontánea y sin lastres, que acaso por ello compartiría Falo, acerca de las relaciones entre el Derecho, la cultura y la globalización.

La crisis de la deuda soberana europea obedece en buena medida a una paradoja: Aunque la economía tiende a una creciente y rápida globalización, el Derecho se resiste a seguir un movimiento paralelo y progresivo hacia la globalización. Impulsada por el objetivo de la integración económica, la Unión Europea ha alcanzado una Unión Monetaria antes de haber podido lograr una unificación del Derecho bancario, fiscal o laboral. La crisis es en parte la consecuencia de semejante paradoja y una armonización legal más intensa, la fórmula idónea para contrarrestarla.

El Derecho público es, es, en todo caso, menos irreductible a la armonización que el Derecho privado. Sin embargo, una convergencia significativa del Derecho de bienes y obligaciones resulta asimismo necesaria para garantizar el buen funcionamiento del mercado interior. En los últimos tiempos, la Unión Europea ha sido un banco de pruebas que a través de múltiples fracasos ha acreditado la dificultad de la tarea. ¿Por qué el Derecho privado se muestra tan impermeable a la armonización? Los vínculos entre cultura y Derecho constituyen la hipótesis de partida para explicar la naturaleza rígida del Derecho privado y el hecho de que, a pesar de la creciente globalización económica, el Derecho permanezca enclaustrado en un espacio esencialmente nacional. La diversidad jurídica, entendida como diversidad cultural, ofrece un abanico amplio de problemas y oportunidades en el escenario de la profesión jurídica que también se globaliza. Asumiendo semejante realidad paradójica, el Derecho comparado, entendido desde una nueva perspectiva, se antoja como la única vía esperanzadora

para asumir de forma convincente el reto derivado de la resistencia del Derecho privado a ser globalizado.

2. DERECHO COMO CULTURA

2.1. DERECHO COMO CIENCIA

«Derecho» es un término polisémico. Entre los diferentes significados de «Derecho», cabe reconocer tres acepciones principales. En primer lugar, por «Derecho» se entiende, especialmente desde una perspectiva académica, como sinónimo de «ciencia jurídica». Tal es el sentido de la expresión, por ejemplo, cuando el autor se presenta como catedrático de «Derecho». Como ocurre en otros ámbitos del conocimiento humano, «Derecho» como «ciencia jurídica» cobra sentido por referencia al objeto de su particular ámbito de conocimiento, a saber, la regulación a través de normas de la conducta humana. Aparentemente, un consenso sobre el significado de «Derecho» como «ciencia jurídica» debe ser más fácil de alcanzar que un acuerdo sobre el propio objeto de dicha ciencia, al menos a la luz de las constantes controversias históricas en el terreno de la filosofía del Derecho. Sin embargo, la intuición o pre-comprensión sobre el Derecho como ciencia jurídica no es ni mucho menos pacífica.

En realidad, el Derecho como ciencia jurídica responde a una idea relativamente reciente. Muchos siglos después del Código de Hammurabi o de las Leyes de Manú, el Derecho como objeto de un conocimiento o razonamiento científico aparece esencialmente y en toda su extensión en el «Derecho» romano. En cierto modo, la ciencia jurídica es una invención romana y occidental. Por supuesto, no se puede desdeñar, entre otras manifestaciones, la concepción singular de los juristas musulmanes medievales¹, pero en términos generales la ciencia jurídica es una preocupación occidental heredada del Derecho romano. Sin embargo, la idea de «ciencia jurídica» en ningún caso es la

1. La ciencia jurídica y la teología estuvieron, sin duda, estrechamente vinculadas, pero el Derecho islámico desarrolló no sólo una acabada teoría legal, sino que creó sofisticadas escuelas jurídicas (*maddhab*). Vid. W. B. HALLAQ, *The Origins and Evolution of Islamic Law*, Cambridge University Press, 2005, pp. 150 y ss. Por el contrario, los intentos sionistas durante los años cuarenta del siglo pasado de revivir el Derecho hebreo (*Halakhah*), un Derecho creado en el exilio, resultaron frustrados, especialmente por su apropiación por parte de juristas religiosos judíos. La fragilidad de una presunta «ciencia jurídica hebrea» justificó la importación del Derecho anglo-americano en el nuevo Estado de Israel (vid. M. MAUTNER, *Law & the Culture of Israel*, Oxford University Press, 2011, pp. 11-30).

misma en la sociedad occidental, pues depende a su vez de diversas «culturas». Incluso aunque la idea de «ciencia jurídica» pueda ser convergente, la predisposición cultural determina, de forma habitualmente oculta, la propia idea de «conocimiento», pues el conocimiento no puede separarse de la propia idea de Derecho como objeto de estudio de la ciencia jurídica.

Antes de avanzar en estas consideraciones, parece conveniente adelantar una idea simple sobre el sentido que damos a la «cultura» como idea. En un sentido amplio, la cultura se refiere a las relaciones entre el hombre o la sociedad y su entorno. La identidad cultural es considerada, ante todo, como un vehículo para expresar valores, preferencias u opciones, no necesariamente ancladas en tradiciones o en el pasado, pues los grupos sociales, como las culturas y los valores, están sometidos a cambios constantes. «Cultura», pues, no puede ser traducida como «tradicición». Las tradiciones, y también las «tradiciones legales», pueden estar desfasadas; las culturas, nunca. Es más, las tradiciones están desfasadas cuando no se atienen a los valores, opciones y representaciones que caracterizan y definen a una sociedad en un momento determinado. Mientras «tradicición» es un término conservador, «cultura» es una palabra progresista².

El conocimiento es en sí mismo un aspecto fundamental de la cultura, en la medida en que determina un modo de interpretar y de relacionar un individuo con el entorno, de igual manera que el arte (siempre que lo distingamos de una forma de conocimiento). El conocimiento, en tal sentido, resulta asimismo condicionado por otros factores culturales. El animismo, presente en civilizaciones primitivas e incluso contemporáneas, responde a una determinada cultura y refleja al mismo tiempo una forma de conocimiento. En las sociedades modernas, el desarrollo de la filosofía y del conocimiento científico justifica una aproximación diferenciada al mismo entorno y una vía diferente para alcanzar el mismo fin. Pero incluso en estas mismas sociedades modernas la existencia de un amplio consenso acerca de los fundamentos del conocimiento científico no impide divergencias significativas. Fácilmente cabría oponer el «empirismo» al «cartesianismo» como dos filosofías o, si se quiere, como dos métodos históricos de conocimiento diferentes. Newton *versus* Descartes. El empirismo se atiene más a la experiencia práctica y se antoja más realista en cier-

2. Por supuesto, también es posible una concepción de la noción de «tradicición» menos etimológica, como fuente de información cultural (por ejemplo en H. PATRICK GLENN, *Legal Traditions of the World*, Oxford University Press, 2000, pp. 21-25). En tal caso, el término se emplea en el mismo sentido que «cultura».

to modo. El racionalismo muestra una preferencia, en su lugar, por el análisis teórico. Cabría preguntarse si ambas predisposiciones cognitivas o métodos de conocimiento perviven y están igualmente arraigados en los grupos sociales a los que Newton y Descartes pertenecían. Después de un análisis del Derecho francés (*civil law*) y del Derecho inglés (*common law*), la conclusión más plausible es que perviven y lo hacen en distinta medida en cada sociedad.

Hay un cúmulo de indicios que nos demuestran el carácter empírico del Derecho inglés, es decir, de la ciencia jurídica inglesa. Las mismas fuentes del *common law* se sustentan en la práctica y en la jurisprudencia. La regla *stare decisis* es la quintaesencia del empirismo. Aún más, los hechos son el corazón del razonamiento jurídico, y la diversidad de hechos aboca a diferentes respuestas legales. Las sentencias se conocen por el nombre de las partes como tributo a las claves fácticas insustituibles de la decisión. Desde el punto de vista de la filosofía, el realismo jurídico es una corriente triunfante en los sistemas anglo-americanos, vinculando estrechamente la ciencia jurídica y la sociología. Los tratados y escritos jurídicos de la doctrina son esencialmente descriptivos y el mejor profesor en las facultades de Derecho enseña a sus estudiantes a predecir hechos, esto es, cómo va a decidir un juez en un caso determinado. La conocida afirmación de Oliver Wendell Holmes: «*The life of the Law has not been logic; it has been experience*»³ ayuda a caracterizar el estilo jurídico anglo-americano.

Quizás la lógica es solo una excéntrica costumbre continental⁴. El corazón de la ciencia jurídica continental es la norma jurídica, y la norma jurídica es vista como una mera proposición lógica de deber ser (*sollen*). Las normas escritas son la fuente principal del Derecho y el interés en la jurisprudencia no se debe a la obsesión por los hechos, sino por la «doctrina», por los fundamentos jurídicos y por el silogismo que podamos hallar representado en el fallo, que no es más que una norma jurídica singular. Las partes y los hechos son instrumentales, y caen pronto en el olvido, pues son meros componentes de la formulación de una hipótesis que, una vez contrastada, nos proporciona lo que buscamos: la norma jurídica concreta. Los tratados y estudios jurídicos continentales prestan la mayor atención a la interpretación abstracta de las normas y los profesores instruyen a los estudiantes de Derecho para calificar las cuestiones jurídicas, seleccionar las normas

3. *The Common Law*, Londres, 1968, p. 5.

4. «*Being logical is an eccentric continental practice, in which commonsensical Englishmen indulge at their peril*» (McCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, p. 40).

pertinentes, y entonces interpretarlas y aplicarlas a un caso concreto. Los hechos se consideran en la primera calificación y los precedentes judiciales no son determinantes.

Ciertamente, las dos corrientes señaladas han sido expuestas de forma extrema, pero independientemente de su caracterización, la práctica jurídica acredita una divergencia cultural en la ciencia jurídica. Durante la audiencia en un procedimiento arbitral, mi brillante oponente era un *barrister* inglés. Empleó ocho horas, sin un solo papel, tratando de fijar las premisas fácticas del caso. Muchas de sus digresiones me parecieron superfluas, y me expliqué entonces por qué el alfabeto, según la *House of Lords*, es el único instrumento intelectual de que se sirve el *common law*. Cuando llegó mi turno, utilicé mi tiempo tratando de subsumir los hechos, que creía más o menos claros, dentro de categorías legales con el fin de demostrar sus consecuencias lógicas, por supuesto convenientes para la parte que me tocaba representar. Al final de la audiencia, ambos comentamos las diferentes culturas que evidenciaban nuestros respectivos alegatos y estrategias. Lo más significativo fue que el tribunal arbitral, heterogéneo en su composición, se manifestaba satisfecho por el carácter complementario de nuestras intervenciones, que al parecer les habían resultado muy ilustrativas. Aparentemente, perdí el caso por la tozuda fuerza de los hechos, pero conseguí anular el laudo gracias a una contradicción lógica que no alteraba los hechos. Sea como fuere, por primera vez fui consciente, más allá de la perspectiva académica, de la importancia de la diversidad cultural en la ciencia jurídica y, lo que es más relevante, del valor consustancial a tal pluralidad de enfoques.

2.2. DERECHO COMO INSTRUMENTO SOCIAL

A diferencia del Derecho como «ciencia jurídica», el Derecho como «instrumento social» muestra perfiles universales. *Ubi societas, ibi ius*. No es fácil precisar el comienzo del interés del ser humano en el arte y en el Derecho. Podemos suponer que la vida social requirió desde sus inicios reglas para convivencia. No es sencillo aventurar en qué momento las costumbres sociales y las conductas morales devinieron coercitivas en sentido propiamente jurídico y cuándo los seres humanos alcanzaron una «idea» de Derecho. Cabe diferenciar entre «idea» y «concepto» de Derecho. La ciencia jurídica juega con el concepto de Derecho, que constituye una de sus preocupaciones esenciales, mientras que la sociología trata de la percepción que las personas corrientes tienen acerca del fenómeno jurídico. Pero ambas perspectivas no están separadas.

El núcleo común de la idea de Derecho como instrumento social radica en la forma particular de resolver conflictos excluyendo el mero uso de la fuerza. Existe la fácil tentación de explicar la renuncia al uso de la fuerza física o salvaje como una característica específica de la sociedad humana en contraste con otras especies animales. Con seguridad, muchos etólogos condenarían semejante tentación. Muchas especies han desarrollado diferentes fórmulas sociales para evitar los riesgos de un combate y a menudo resuelven la jerarquía social con métodos incruentos, como medir la longitud de las antenas o el brillante color del plumaje. En cierto sentido, las fórmulas humanas solo son un poco más sofisticadas y quizás alejadas del instinto natural más inmediato; pero desde un punto de vista antropológico, afirmar que la propiedad fue un instinto antes que un derecho es algo parecido a aseverar la preexistencia de la gallina respecto del huevo. En cualquier caso, la idea de Derecho no puede separarse de la idea de una solución pacífica de controversias.

Aunque la esencia de la idea de Derecho esté clara, e incluso pudiese ser compartida por otras especies animales si tuvieran el don de la autoconciencia, el propósito compartido de resolver una controversia pacíficamente no proporciona una idea social común sobre el Derecho. No totalmente, al menos. Las diferencias culturales no siempre se traducen en diferentes propósitos u objetivos, sino en diferentes caminos (métodos) para alcanzar el mismo objetivo. Así ocurre justamente con la ciencia jurídica, donde el conocimiento es el objetivo compartido, pero los diferentes métodos revelan las diferencias culturales. Desde un punto de vista sociológico, los conflictos pueden resolverse a través de diferentes vías o utilizando técnicas dispares. La distinción más elemental apunta a la dicotomía entre formas preventivas y conflictivas de solucionar controversias. El Derecho puede ser comprendido, preferentemente, como un instrumento social para prevenir conflictos (*ex ante*) o para resolverlos (*ex post*). Por supuesto, ambos enfoques están presentes en cualquier idea de Derecho, pero el peso de cada uno puede inclinar la balanza a partir de criterios propiamente culturales.

Permítaseme ilustrar el significado de esta alternativa recurriendo a la irreductible divergencia entre *civil law* y *common law* en el ámbito del Derecho de contratos. La idea del Derecho contractual en el continente es esencialmente conflictiva. El Derecho aparece tras el conflicto. Los abogados rara vez intervienen en la redacción de un contrato: los «comerciales» o las mismas partes redactan el contrato, que no suele ser especialmente detallado. Si hay un incumplimiento, aparecen los abogados para preparar el pleito y, por supuesto, los jueces para decidirlo. Desde un punto de vista económico, como ha suge-

rido Posner⁵, el coste legal o el precio se difiere al procedimiento, tras la aparición del conflicto. En el proceso se admite cualquier elemento probatorio y abogados y jueces se esmerarán en interpretar y cubrir las lagunas del contrato, reescribiendo o ajustando el equilibrio de las obligaciones respectivas e imponiendo todo aquello que requiere la equidad y la buena fe, más allá de la mera voluntad de las partes. Antes del conflicto, la vida del contrato es verdaderamente barata. Cuando el conflicto se produce, puede llegar a ser muy cara.

La aproximación del *common law* al contrato es justamente la contraria: los abogados son llamados a participar en la redacción del contrato, incluso durante las negociaciones previas. Cada contrato es extremadamente detallado, preciso en el uso de los términos y frecuentemente viene acompañado de una larga lista de definiciones, de un diccionario particular. Redactar el contrato es una operación costosa, pero evita los gastos de un proceso, pues las pruebas quedan restringidas por la *parole evidence rule* y la regla de las «cuatro esquinas» del contrato limita el debate legal, pues la voluntad de las partes difícilmente admitirá términos implícitos. La mentalidad contractual inglesa es, ante todo, preventiva.

Ambos enfoques ilustran dos ideas diferentes sobre el Derecho, dos opciones sociales o económicas. Pero son más que meras opciones económicas o sociales. Permean el razonamiento legal y conducen a dos formas enfrentadas de entender el Derecho contractual. Ambos planteamientos obedecen a distintas culturas jurídicas, y a distintas culturas en un sentido más general, pues una cultura jurídica no es independiente de otras manifestaciones de la identidad cultural. De hecho, Darwin y Adam Smith están tan presentes en el Derecho contractual inglés como pueda estarlo Newton en la ciencia jurídica inglesa. El contrato es una aventura entre individuos, no un instrumento social. Una aproximación social diferente caracteriza al Derecho contractual en el continente, particularmente en el Derecho alemán, y explica sin ir más lejos el distinto papel que cumple el principio de buena fe, tal y como ha demostrado G. Teubner⁶.

Si abandonamos nuestros cómodos emplazamientos occidentales, podemos explorar otras culturas y filosofías subyacentes, que determinan el balance entre una idea de Derecho preventiva o con-

5. Vid. «The Law and Economics of Contract Interpretation», 83 *Texas Law Review*, 2005, p. 1.581.
6. Vid. G. TEUBNER, «Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law ends up in New Divergences», *The Europeanisation of Law (The Legal Effects of European Integration)*, Oxford, 2000, pp. 253-258.

flictiva. Arbitraje, conciliación y ADR son alternativas preventivas o pseudo-conflictivas que han prosperado en los últimos tiempos, particularmente en los ámbitos del Derecho de familia y del Derecho del comercio internacional. Sin embargo, las fórmulas que tratan de evitar la apertura de un procedimiento contencioso ante los tribunales son inherentes a ciertas culturas jurídicas remotas, como las de China o Japón. En estos casos, la filosofía moral confuciana (*Ru Jia*) conlleva una idea del Derecho esencialmente preventiva. El combate legal ante los tribunales no es una alternativa al uso de la fuerza, sino una manifestación de tal uso. Ser parte en un proceso no resulta en absoluto honorable: la conciliación y el diálogo son la única manera respetable y humana de resolver una diferencia⁷. Estos países, sin embargo, viven en una sociedad globalizada y han recibido trasplantes jurídicos desde Occidente, que a veces provocan choques culturales con repercusiones incluso constitucionales. Así, los tribunales superiores deben en ocasiones intervenir para garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva y contrapesar la presión social y mediática contra las demandas presentadas por los ciudadanos⁸.

Las diferencias culturales implican, finalmente, diferentes métodos o técnicas de Derecho como instrumento social para resolver controversias y conflictos. Ciertamente, más allá de los aspectos formales, la importancia de la cultura se evidencia en relación con los valores y políticas que informan las normas jurídicas, pero no debemos olvidar que con frecuencia cambiar la sustancia de los valores es más sencillo que modificar las estructuras mentales.

2.3. DERECHO COMO «SISTEMA JURÍDICO»

El positivismo jurídico ha sido determinante en nuestra actual comprensión del Derecho como sistema jurídico. La teoría pura del

7. El confucionismo es la filosofía dominante en China, aunque no la única. El legalismo (*Fa Jia*) es una filosofía opuesta asociada a la idea central del castigo o sanción y a la universalidad de la norma jurídica que conduce a una visión conflictiva de la idea de Derecho. Vid. J. CHEN, *Chinese Law (Towards an Understanding of Chinese Law, its Nature and Development)*, The Hague, Kluwer, 1999, pp. 7-14.
8. La preferencia por las apuestas conciliadoras es asimismo evidente en ciertas culturas occidentales. En este sentido, los países escandinavos se caracterizan por la inclusión de técnicas de conciliación y negociación para resolver problemas vinculados al *hardship* en el Derecho contractual, que son desconocidas o se encuentran menos desarrolladas en otros sistemas jurídicos (vid. B. LEHRBERG, «Renegotiation Clauses, the Doctrine of Assumptions and Unfair Contract Terms», *European Review of Private Law*, 1998, p. 265).

Derecho de Hans Kelsen es, ante todo, una teoría del Estado y del Derecho, fundada en la filosofía de Kant y de Hegel. Más aún, la idea de «sistema jurídico» es inseparable de la idea de Estado y todo principio del razonamiento jurídico rinde tributo a sus interrelaciones. El papel del positivismo ha sido determinante asimismo, al igual que la codificación, en el proceso de constitución del Estado moderno. Así, la filosofía jurídica ha contribuido, de forma más o menos consciente, a un objetivo político. Dos textos normativos, las constituciones y los códigos civiles, han garantizado la identidad política de los Estados, de un lado, y la unificación política de las naciones, de otro. Tras el Estado como estructura legal se esconde la Nación como proyecto político. *Ein Volk, ein Reich, ein Recht*. En la medida en que el Derecho es tanto la causa como la consecuencia del Estado, que proyecta a la Nación, no debe sorprender que tanto el sistema jurídico como la cultura jurídica mantengan un estrecho vínculo con la idea de pertenencia a la Nación o «*nationhood*».

El escenario positivista se desarrolla y prepara durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX. Pero la creciente globalización iniciada en la segunda mitad del siglo XX ha alterado los viejos postulados y planteado nuevos retos. Dicha globalización requiere mecanismos de integración política y económica de Estados soberanos. La Unión Europea es el ejemplo más acabado, habida cuenta de la extensión de las competencias soberanas cedidas a la organización supranacional. Los sistemas jurídicos tienden, de esta forma, a la armonización o unificación. Los sistemas nacionales perviven, pero al mismo tiempo crece un sistema jurídico supranacional preeminente, en tanto que los mitos comunes del positivismo se derrumban. Es entonces cuando surge la paradoja: a pesar de la globalización económica y política, las culturas (y no solo las culturas jurídicas) permanecen arraigadas en límites nacionales.

Retomando la estrategia codificadora del siglo XIX, las instituciones europeas han intentado proyectar una Constitución Europea y un Código Civil Europeo, finalmente vencidos por el peso de las divergencias culturales. Incluso algunas conquistas, como la Carta Europea de Derechos Fundamentales, están expuestas a diversidades culturales. El caso *Omega*⁹ demostró con claridad esta afirmación. Aunque la dignidad humana sea un derecho fundamental compartido por todos los Estados miembros, y así pueda deducirse de una tradición constitucional común, existe un margen de oscilación, que

9. Sentencia del TJCE de 14 de octubre de 1004 (As. C-36/02: «Omega»).

el Tribunal de Justicia reconoce con un claro eufemismo, al referirse a las diferentes «modalidades de protección» de los derechos fundamentales. *In casu*, no estaba en juego ninguna modalidad de protección del derecho fundamental a la dignidad humana, sino el alcance del propio derecho fundamental más allá del núcleo duro y resistente a la diversidad cultural: prohibición de la pena de muerte y de la tortura, por ejemplo. Lo que se discutía era si los llamados «juegos de matar» son contrarios a ese derecho y, en consecuencia, Alemania tenía un interés legítimo en la prohibición de los artilugios que, importados desde el Reino Unido, sirven para practicar tal juego. El caso *Omega* es una expresión más de la diversidad cultural de los Estados miembros, que se decanta no en torno al núcleo duro de los derechos fundamentales, pero sí en su entorno gris: jugar a matar, aborto, matrimonio homosexual, manifestación de signos religiosos, eutanasia, libertad de uso de simbología nazi o fascista, partidos políticos ilegales... son algunos ejemplos de criterios y valores divergentes en los distintos sistemas jurídicos europeos. En particular, hay formas diferentes de entender la «eficiencia» y la «utilidad» y diversas prioridades o intereses públicos que afectan a las transacciones internacionales, como demuestra el caso *Omega*. Lo más relevante de este caso, con todo, es lo que no se dice, por obvio: el hecho de que jugar a matar en Alemania deba prohibirse tiene que ver con su propia cultura, en sentido estricto, esto es, una forma de ver la vida y la muerte que no puede despegarse de su conciencia colectiva, asediada por la experiencia histórica del holocausto.

Ciertamente, no es difícil encontrar numerosos ejemplos de divergencias culturales en cualquier ámbito jurídico dentro de la Unión Europea¹⁰. Irónicamente, Kelsen trató de formular una teoría «pura» del Derecho, universal y ajena a cualquier contingencia. Era consciente de que semejante intento exigía una aproximación formalista que prescindiera de consideraciones axiológicas. Pero el Derecho es una realidad impura, al menos tan impura como son la sociedad y el ser humano. Si el Derecho fuera reductible a una aproximación formal y susceptible de encerrarse en pirámides normativas, la armonización legal sería más factible tanto en el nivel regional como en el universal. Para bien o para mal, las diversidades culturales impiden una unificación sencilla y, en consecuencia, un cambio radical del viejo paradigma del «sistema jurídico».

10. *Vid. Ad ex.* S. SÁNCHEZ LORENZO, «What Do We Mean when We Say 'Folklore'? Cultural and Axiological Diversities as a Limit for a European Private Law», *European Review of Private Law*, 2006/2, p. 197.

3. INCIDENCIA EN LA ARMONIZACIÓN JURÍDICA

Las divergencias legales son esencialmente culturales. Normas comunes no garantizan un Derecho común. En primer término, un texto legal común expresado en diferentes lenguas impide un meta-discurso común, una pre-comprensión (*Vorverständnis*). Existe un círculo vicioso entre Derecho-lenguaje-cultura-lenguaje-Derecho¹¹. En la Edad Media, el viejo *ius commune* propició un Derecho unificado en Europa con una ventaja adicional: el latín como *lingua franca*. Actualmente, el Derecho unificado se redacta y se aplica en diferentes lenguas, y las imperfecciones en la traducción e interpretación son bien conocidas en la Unión Europea¹². La consecuencia práctica del *Sprachrisiko* es usual en los contratos internacionales, en que las partes pueden elegir la ley aplicable, por ejemplo el Convenio de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías. Las partes deben poner cuidado e incluir cláusulas de prevalencia entre las versiones lingüísticas, tanto del contrato como de los textos legales aplicables, disponibles en versiones lingüísticas diferentes.

En el caso de la Unión Europea, normas, tratados, directivas, reglamentos y jurisprudencia se publican en más de veinte idiomas, todas ellas igualmente oficiales. Este hecho exige una nueva técnica comparativa. Cuando se detectan ambigüedades y discrepancias entre dos versiones idiomáticas, la única forma de conseguir una interpretación correcta es la comparación entre todas ellas. Tal interpretación multilingüe caracteriza al Derecho europeo desde sus orígenes¹³, como el propio Tribunal de Justicia ha puesto de relieve¹⁴. Sin embargo, el recurso a un intérprete supremo supranacional, como el TJUE, es una posibilidad extraordinaria en el contexto internacional.

En suma, los jueces nacionales en la era de la integración deberían acreditar una suerte de habilidad hercúlea para dominar diferentes lenguas. De hecho, los jueces nacionales de los Estados Miembros de la Unión Europea suelen aplicar el Derecho europeo a la luz, exclusivamente, de la versión lingüística nacional, y lo interpretan bajo la influencia de su pre-comprensión idiosincrásica. Además, los conceptos generales e indeterminados se interpretan por referencia a los conceptos nacionales, y las lagunas se rellenan de manera similar. Muy

11. Vid. M. J. CAMPANA, «Vers un langage commun en Europe?», *European Review of Private Law*, 2000, p. 237.

12. Vid. ad ex. D. MARTINY, «Babylon in Brüssel», *ZEuP*, 1999, p. 246.

13. Sent. TJCE de 12 de noviembre de 1969, 26/96: «Stauder».

14. Sent. TJCE de 7 de julio de 1998, 55/87: «Moksel».

a menudo, algunos conceptos cruciales no consiguen ser unificados: «domicilio», «buena fe» o «producto defectuoso»... Ciertamente, el papel del TJCE resulta crucial para alcanzar una interpretación uniforme, pero semejante garantía no es factible en el ámbito internacional. Cientos de convenios internacionales requieren una interpretación uniforme que debe ser obtenida únicamente por jueces nacionales.

Las diversidades culturales jurídicas son igualmente determinantes a la hora de adoptar un texto internacional uniforme. La aparente armonización del régimen legal de las letras de cambio, pagarés y cheques durante las conferencias de Ginebra en los años treinta nos ofrece un buen ejemplo. La delegación alemana lideró los debates y propuso una normativa uniforme claramente inspirada en el formalista y abstracto *Wechselrecht*. Obviamente, la delegación británica fue la primera en abandonar el proyecto. Muchos países romanistas, sin embargo, participaron en la adopción de las leyes uniformes, pero conservando sus peculiaridades «causalistas» gracias a la generosidad de las reservas. Al cabo, la supuesta Ley Uniforme fue incorporada en diecinueve Estados, aunque resulta imposible hallar ni siquiera dos que sean realmente similares, dada la variedad y alcance de las reservas permitidas. La Ley Uniforme se convirtió en una «Ley Deforme», utilizando la gráfica expresión de F. Ferrara¹⁵.

La Conferencia de Ginebra no es un caso aislado. Recientemente, la unificación del Derecho contractual europeo suministra nuevos ejemplos de errores históricos. La Comisión Lando, tras un encomiable esfuerzo de más de dos décadas, adoptó los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL), un imponente cuerpo legal muy cercano a los Principios UNIDROIT. Los PECL mantienen un difícil equilibrio y suponen una transacción entre *civil law* y *common law*, y es difícil señalar una regulación contractual más acabada técnicamente. No extraña que dicho texto haya inspirado la reforma del BGB alemán y servido como modelo a los proyectos de reforma de los códigos civiles francés y español. Tan difícil equilibrio, empero, se ha frustrado en el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), un proyecto más ambicioso de la Comisión Europea, nuevamente liderado por académicos alemanes. La mera introducción del concepto clave de «obligación» (comprensivo de las obligaciones contractuales y extracontractuales por daños) es una provocación cierta para el *common law*. De hecho,

15. Vid. «La legge diforme cambiaria», *Rivista di diritto commerciale*, 1934-I, p. 513 (también disponible en *Scritti Minori*, t. III, *Titoli di crédito. Le Banche e le operazione di banca*, Milano, 1977, p. 41).

el DCFR ha supuesto el principio del fin, y en nuestros días la Unión Europea sufre un bombardeo de críticas dirigidas contra un modesto proyecto para alcanzar una regulación común de las compraventas internacionales en el marco de la Unión Europea, puramente opcional. Tal vez los redactores del DCFR estuviesen persuadidos de que «el Derecho contractual no es folclore»¹⁶, pero minusvaloraron el hecho de que la cultura tampoco es folclore.

La puesta en común de diferentes sistemas jurídicos en un texto de reglas transnacionales implica una difícil tarea de lidiar con diversas culturas. Dificultad no es, empero, imposibilidad. La primera condición para alcanzar un texto uniforme capaz de ser interpretado de forma uniforme es tomar conciencia de las implicaciones culturales, el conocimiento profundo de sus diferencias, y no uno meramente superficial que prescinda de las profundas raíces históricas y filosóficas de cada sistema jurídico. También es importante identificar cuándo tales raíces reflejan meras tradiciones y pueden ser fácilmente superadas, y cuándo se trata de piedras maestras del arco triunfal de un sistema jurídico nacional. Por ejemplo, los intentos europeos para conseguir un Derecho contractual han demostrado que las viejas tradiciones de la «causa» y la «*consideration*» pueden superarse en el Derecho contractual del siglo XXI. Por el contrario, es muy difícil encontrar puentes comunes en relación con la interpretación del contrato y el papel de la buena fe en la fase negocial. Ese puente, sin embargo, se puede erigir para alcanzar una regla uniforme sobre el papel de la buena fe en la ejecución de los contratos, dada las secciones 1-203 UCC y 205.2 del *Second Restatement on Contracts* y especialmente de la decisión inglesa en el asunto *Yam Seng Pte Limited v. International Trade Corporation Ltd*¹⁷.

Las dificultades y conquistas de la armonización jurídica no solo requieren una nueva perspectiva de los sistemas jurídicos y un conocimiento profundo de las culturas legales. Ofrece también un mundo de oportunidades en la práctica legal abierta a juristas «universales». Es usual que un juez o un abogado enfrentado a la interpretación de una norma nacional que proviene de un tratado internacional o de una regulación institucional no pueda ampararse en jurisprudencia

16. La frase es autoría de O. LANDO, «The Principles of European Contract Law and the *lex mercatoria*», *Private Law in the International Arena-Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, 2000, p. 396; *id.* «Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law», *European Review of Private Law*, 2000, p. 61 (el mismo texto, como editorial, en *Common Market Law Review*, 1998, p. 821).

17. [2013] EWHC 111 (QB).

nacional. Pero tal vez un caso semejante haya sido planteado y decidido ante tribunales de otro Estado sujeto a idénticas normas jurídicas. Así, la aplicación del Convenio de Viena de 1980 o de una directiva europea por un tribunal extranjero o, mejor aún, por tribunales de distintos Estados, puede proporcionar un argumento decisivo para fundamentar la decisión nacional, con independencia de que sean invocadas como normas de *soft* o *hard law*. De hecho, tales «normas narrativas»¹⁸ pueden ser determinantes. En el nuevo escenario global, las proposiciones sobre sistemas jurídicos y decisiones extranjeras no son ya «enunciados externos». Los jueces y juristas locales serán pronto una suerte de fósiles. Los juristas y jueces globales tendrán que lidiar con diferentes sistemas jurídicos, nacionales y armonizados; deberán moverse con fluidez a través de diferentes culturas; y deberán dominar por consiguiente la herramienta más importante para esta nueva tarea: el Derecho comparado.

4. EL PAPEL DEL DERECHO COMPARADO

Es el Derecho comparado una ciencia, una orientación o un método –que tanto da– de cuyo cultivo dependerán los frutos jurídicos que hayamos de recoger en el futuro lejano y en el más inmediato. De un buen Derecho se nutre no sólo la justicia del caso, sino la Justicia en caracteres mayúsculos. Y dicha Justicia exige de los sistemas jurídicos una labor de constante adaptación a las demandas políticas, sociales y económicas que permita optimizar las expectativas de progreso y mejorar de las condiciones de vida de los ciudadanos. En esa adecuada respuesta el Derecho comparado está llamado a desplegar un papel crucial en la ciencia jurídica del siglo XXI, y es menester que se repare en ello.

La necesaria sujeción del positivismo jurídico a la teoría del Estado convirtió la idea del Derecho en una idea «nacional», de forma que, tal y como es expreso en el concepto de Derecho de Hart, sólo puede hablarse jurídicamente con propiedad cuando se hace respecto de un sistema jurídico nacional. Toda aquella proposición jurídica que venga referida a un sistema nacional extraño o ajeno es un «enunciado externo». Para Hart, el Derecho comparado vendría a ser una suma de enunciados externos. Como bien indica B. Markesinis, los comparatistas del siglo XX, permaneciendo fieles al concepto de so-

18. Vid. E. JAYME, «Narrative Normen im internationalen Privat-und Verfahrensrecht», *Tübinger Universitätsreden: Neue Folge* 10, Band 5, Tübinga, pp. 1-38.

beranía del Estado heredado del siglo XIX y sobre la base de un Derecho estatal fundado en la jurisprudencia, se han dedicado sobre todo a sugerir las diferencias (incontestables) entre los sistemas estatales, más que a apuntar las convergencias que resultan igualmente trascendentes, anclándose celosamente en los instrumentos heredados de su propio sistema. «No es esto –prosigue el profesor británico– lo que exige el siglo XXI frente al movimiento emergente de regímenes legales transnacionales, ya sea en el ámbito de los derechos humanos o en el propio del Derecho comercial. Este nuevo mundo que nace y cuyos elementos son interdependientes, no puede funcionar a través de una ciencia jurídica excesivamente tributaria de estructuras superadas o de usos comerciales locales. Hacen falta espíritus jurídicos abiertos y flexibles para importar lo que es útil y exportar aquello que, en su propio país, ha dado los mejores resultados. A tal efecto, deben identificarse y afrontarse las cuestiones esenciales y tomar conciencia de que atraviesan las fronteras nacionales ofreciendo enormes posibilidades de circulación de las ideas jurídicas»¹⁹.

En efecto, los planteamientos positivistas y nacionalistas, consustanciales a la ciencia del Derecho del siglo XX, resultan erróneos y aún peligrosos en el siglo XXI. Antes de nuestra hora, no fueron pocos los autores, ni escasas las ocasiones, en que el Derecho comparado se confundió con un saber puramente erudito o enciclopédico, ayuno de sentido práctico y de vinculación con las necesidades reales del sistema jurídico. Ciertamente que nunca tal Derecho comparado merecería ese nombre, pues en la comparación jurídica, especialmente si lo aderezamos con un método histórico, siempre se ha hallado un medio fiable para conocernos y reconocernos a nosotros mismos y el verdadero sentido de nuestro sistema jurídico nacional, cumpliendo con el célebre mandato inscrito en los muros del templo de Delfos. Pero también en este caso la función del Derecho comparado aparecía orientada hacia el propio sistema jurídico nacional, como un buen instrumento para «conocerse a sí mismo», conscientes de que la esencia de la ciencia jurídica radica en conocer el Derecho, esto es, el sistema jurídico nacional²⁰. De hecho, la vinculación histórica del Derecho comparado con el Derecho internacional privado se entronca con esta visión «nacionalista», aunque pueda parecer lo contrario, pues parte del postu-

19. *Vid.* «Unité ou divergence: à la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain», *RIDC*, 4-2001, pp. 826-827.

20. Se trata de lo que P. ARMINJON, B. NOLDE y M. WOLF definirían como «papel formativo del Derecho comparado» (*vid. Traité de droit comparé*, t. I, París, 1950, pp. 14-18).

lado de que el Derecho comparado es útil en la medida en que deban ser aplicadas normas pertenecientes a un sistema jurídico extranjero en virtud del Derecho internacional privado nacional, y sólo en razón de esta excepcional posibilidad.

Pues bien, otros muy distintos son los designios que el siglo XXI tiene reservados para el Derecho comparado, sin despreciar su interés para desplegar su función más tradicional. Y es que nuestro tiempo anuncia un progreso imparable de la integración jurídica. En tal sentido, el siglo XXI entronca con los planteamientos universalistas del siglo XIX, que propiciaban el Derecho comparado como instrumento positivo para la unificación del Derecho a escala universal, a menudo con notable ingenuidad. Las circunstancias del siglo XXI permiten contemplar dicha aspiración como algo no menos complejo, pero acaso más factible. La Unión Europea resulta, sin duda, el ejemplo paradigmático de un proceso que apenas podía predecirse en 1957, cuando se crean las Comunidades Europeas. En la actualidad, cuando se contempla la incorporación del primer país de tradición islámica –Turquía–, el gran reto del jurista europeo es enfrentarse a la integración jurídica, particularmente del Derecho privado, de sistemas jurídicos que representan a las grandes y más dispares familias (*common law*, romano-germánica, escandinava, ex-socialista) y se expresan en más de una veintena de lenguas. El Derecho comparado se erige, en consecuencia, como un instrumento esencial para el Derecho positivo. Ciertamente, esta función siempre ha sido consustancial al Derecho comparado, particularmente como instrumento en la negociación de convenios internacionales, y así fue puesto de manifiesto por los comparatistas de los siglos XIX o XX. Incluso semejante función positiva es básica para algunos teóricos y defensores del Derecho comparado como ciencia autónoma, en la encrucijada de los siglos XIX y XX, tales como Lambert o Saleilles; mas únicamente ante el alcance de los fenómenos de integración económica y jurídica, el Derecho comparado ha adquirido una dimensión esencial y preeminente en el panorama legislativo cotidiano, y no sólo en términos cualitativos, sino también cuantitativos. De hecho, asistimos hoy en Europa a una difícil labor de reactivación académica del Derecho comparado, que está íntimamente vinculada a las exigencias de construcción del Derecho privado europeo, fenómeno cuyos contornos sólo se definen en la última década del siglo XX²¹. Nunca hasta esta fecha habían prolife-

21. Sobre esta cuestión nos remitimos a nuestras consideraciones acerca del papel del Derecho comparado en la construcción del Derecho privado europeo expuestas en *Derecho privado europeo*, Granada, Comares, 2002, pp. 299-304, donde

rado de igual manera los grupos y proyectos de investigación, cursos e iniciativas que tuvieran como cuestión central el Derecho y el método comparado. Y éste se ha convertido en una necesidad constante y en parte del quehacer cotidiano de cualquier académico europeo que pretenda, simplemente, no quedarse rezagado ni desfasado en sus conocimientos de forma irremediable. Y esta carrera europea hacia el Derecho comparado debería ilustrar a las sociedades y a los juristas de otras latitudes, cuyos procesos de integración jurídica, irremediables a corto plazo, aún son incipientes o incluso inexistentes. Baste recordar al respecto la llamada de atención de A. Riles: «En muchas partes del mundo, recientemente, el Derecho comparado es considerado relevante al efecto de proyectar constituciones o códigos o para la armonización jurídica. Incluso los tribunales norteamericanos, último bastión del “parroquialismo”, empiezan a tener en cuenta el valor de los materiales comparativos en el proceso de adopción de sus decisiones»²².

Pero los procesos de integración no sólo reclaman al Derecho comparado su función «legislativa», en una necesaria labor previa de comparación entre sistemas, determinación de puntos comunes y diferencias reales, y aproximación de criterios y expresiones. El fruto de la integración jurídica es un texto o tratamiento legal compartido, acaso no en una misma lengua, pero siempre en el anhelo de un único sentido. Y tales textos y sistemas legales apátridas, referidos a sistemas que son supranacionales, deben ser interpretados por jueces tanto nacionales como supranacionales de forma uniforme y ajena, en la medida de lo posible, a las idiosincrasias jurídicas nacionales. En esta labor de interpretación autónoma o uniforme, el Derecho comparado vuelve a desplegar una función determinante. Pero esta función no sólo sirve a la cobertura de lagunas, la calificación de cuestiones jurídicas, o la solución de complejos problemas técnico-jurídicos y arduas cuestiones interpretativas. Mucho más allá de los problemas de mera interpretación, a los que se ve abocado cualquier sistema jurídico –y, con más motivo, un sistema transnacional menos acabado y definido–, la función del Derecho comparado como instrumento interpretativo

se recogen, entre otras, las opiniones de autores como FLINTERMAN, BAKKER, BLAUROCK, COING, FLESSNER, GAMBARO, HANISCH, KÖTZ, LIPSTEIN, LUIG, MARKESINIS, MÜLLER-GRAFF, OPPETIT o SONNENBERGER, en idéntico sentido, a saber, la necesidad de impulsar y dinamizar en Europa los estudios e investigaciones sobre Derecho comparado, como medio esencial para conseguir una adecuada integración jurídica.

22. Vid. «Introduction: The Projects of Comparison», *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford-Protland, Hart Publishing, 2001, p. 2.

en un marco jurídico integrado apunta a lo que M. Kiikeri denomina «función mediadora». Dicha función, que el autor confirma tras el estudio de varios «casos difíciles» –o «*hard cases*» en una terminología que trae inmediatamente al pensamiento las tesis de R. Dworkin–, consiste básicamente en alcanzar un delicado equilibrio que permita la coexistencia pacífica de ordenamientos jurídicos nacionales muy dispares y obedientes a diferentes culturas, de forma que la interpretación y aplicación del Derecho uniforme no inflija daños irreparables a los ordenamientos nacionales, propiciando una evolución e intensificación de la integración en un marco de confianza y convivencia entre los sistemas nacionales afectados²³.

El ejemplo europeo, en la medida en que proviene del espacio regional o supraestatal donde mayor ha sido la experiencia integradora, debe servir de guía en otras latitudes y, especialmente, en América, a la hora de desentrañar los caminos y costes de semejante integración. Y más allá de los intereses propios de los procesos regionales de integración, no debe descuidarse el interés del Derecho comparado para procesos de unificación jurídica de alcance auténticamente universal. Incluso en este imparable proceso, globalizar no significa exactamente innovar. Difícilmente un Derecho de alcance universal podrá hacerse a partir de cero, sino más bien contando con un cúmulo de experiencias jurídicas previas, que yacen básicamente en terrenos de los sis-

23. Vid. M. KIIKERI, *Comparative Legal Reasoning and European Law*, Dordrecht/Boston/Londres, Kluwer, 2001, esp. pp. 303-306. Idéntico planteamiento encontramos en el excelente trabajo de K. LENAERTS, quien entiende que «a la vista del juez europeo, la aproximación comparatista tiende asimismo a conferir al ordenamiento jurídico comunitario una “plataforma” de aceptabilidad ante los ordenamientos jurídicos nacionales. Consciente del hecho de que el ordenamiento jurídico comunitario y los sistemas jurídicos nacionales se encuentran estrechamente interconectados y son interdependientes, y de que la “funcionalidad” del primero depende, *in fine*, de la disponibilidad del segundo para procurar su correcta aplicación, el juez comunitario, al reflexionar acerca de la solución indicada en un litigio, se halla constantemente animado por el deseo de “no ir demasiado lejos” y de optar, llegado el caso, por la vía que quizás no sea la más ambiciosa desde el punto de vista exclusivo de las prioridades del Derecho comunitario, pero que al menos tiene el mérito de aunar las convicciones comunes de los Estados miembros y de no herir frontalmente la sensibilidad de algunos de ellos. En otros términos, se trata de encontrar una “razón media” (*the middle line*) que goce de las mayores posibilidades de “sobrevivir” a los irreductibles conflictos que oponen las exigencias del Derecho comunitario a los intereses particulares de los sistemas nacionales y de no comprometer el efecto útil y la aplicación uniforme del Derecho en la Comunidad de Derecho. En definitiva, la aproximación comparativa no es sino una garantía de eficacia, de aplicación uniforme y de respeto a la primacía del Derecho comunitario» [*vid.* «Le droit comparé dans le travail du juge communautaire», *RTD eur.*, 37 (3), juill-sept 2001, pp. 495-496].

temas jurídicos nacionales y de las grandes familias jurídicas. Así lo atestiguan conquistas tan relevantes como los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, cuyo éxito y calidad encuentran doble explicación en la evicción de los intereses políticos y económicos nacionales, a saber, la independencia de sus redactores, y en el diálogo fructífero sobre sólidas bases comparatistas, que sirvieron a la misma finalidad en la construcción de los Principios de Derecho Contractual Europeo elaborados por la Comisión Lando. Tales *restatements* sin duda recrean e incluso copian soluciones ya conocidas, optando por aquél modelo o solución más eficiente, o acaso combinando variantes que provienen de distintas culturas jurídicas. Pero en ambos procesos el método comparado también ha servido para reconocer defectos y propiciar superaciones de las soluciones ya existentes en los sistemas jurídicos representativos, permitiendo el alumbramiento de nuevas respuestas adecuadas al objeto de la reglamentación, con mayor calidad técnica o mejor perspectiva práctica.

No obstante, más allá de las necesidades prácticas de una realidad jurídica transnacional y en constante proceso de integración –y del papel ordenador y pacificador que despliega el Derecho comparado en este contexto–, debemos reivindicar al mismo tiempo su virtud subversiva. El Derecho es un producto tecnológico, y de su calidad y capacidad de adaptarse a los cambios, previendo conflictos y promocionando conductas, depende en gran medida la salud política, económica y social. Al igual que cualquier otra rama del saber, el Derecho evoluciona y progresa. Es evidente que aquellos avances científicos y tecnológicos que se producen en el campo de la sanidad, la locomoción o la informática son inmediatamente importados desde los países innovadores hacia latitudes menos avanzadas tecnológicamente. ¿Por qué habría de ser de otra forma con el Derecho? Los productos jurídicos significan, a menudo, alta tecnología y saltos cualitativos en la evolución social, y ningún sistema jurídico se puede permitir el lujo de darles la espalda. Sería tan patético como desdeñar los avances en el tratamiento del SIDA por los laboratorios norteamericanos o los avances en seguridad de los automóviles nacidos de un centro de investigación en Suecia o en Alemania. El liderazgo de la tecnología jurídica es algo más repartido, afortunadamente, pero es inconcuso que sólo desde una atenta perspectiva comparatista tales avances pueden contrastarse e incorporarse con éxito a otros sistemas jurídicos. Ciertamente, los componentes culturales suponen un freno importante a las importaciones jurídicas, pero no lo es menos que muchos de tales frenos culturales son simples excusas para impedir un determinado progreso de cierta sociedad. Es aquí donde el Derecho comparado despliega

ga su valor subversivo, en el sentido expuesto por G. P. Fletcher²⁴ y H. Muir-Watt²⁵, entre otros. Y en esta función tal vez encontremos el alma del Derecho comparado, pues es aquí donde se convierte en un arma contra el pensamiento único empobrecedor y tirano; en un antídoto contra los nocivos efectos de estereotipos y dogmatismos; en una causa por la lucha contra el etnocentrismo y los totalitarismos culturales; en una vía para el progreso, el cambio y la superación; en una garantía del talante crítico y de la libertad. Y son éstas subversiones contra las que nada valen argumentos de filiación economicista que abogan por visiones unitarias y conservadoras, pues el propio análisis económico del Derecho más puro y neoliberal deberá conformarse con la defensa de la competitividad entre ordenamientos jurídicos y apoyará con todas sus fuerzas una idea que sólo cabe desde la más perfecta concepción comparatista; al fin y al cabo, sólo puede existir una competencia perfecta entre ordenamientos nacionales si se suministra un conocimiento perfecto de sus respectivas ventajas e inconvenientes, similitudes y disparidades.

En definitiva, existen sobrados argumentos para justificar la redoblada necesidad y la incomparable virtud de los estudios de Derecho comparado en nuestro tiempo; pero nos hemos referido únicamente al valor intelectual del Derecho comparado desde el punto de vista de los intereses prácticos y del avance científico y técnico, quizás con excepción de nuestra llamada subversiva. Siguiendo en esta línea rebelde, queremos concluir, *last but not least*, con otra suerte de argumentos, concretamente aquellos que trae a colación Basil Markesinis cuando se refiere al coraje como uno de los atributos necesarios de un auténtico comparatista. Nos dice el eminente jurista que, al fin y al cabo, la férrea determinación del comparatista en perseverar «no proviene de su fe en el valor intelectual de la tarea comparativa, sino de su convicción acerca del valor intrínseco de sus propósitos: acrecentar la comprensión y conocimiento mutuos, destruir barreras ratificales, procurar la reconsideración de doctrinas sagradas, alentar el acercamiento de juristas que comparten los mismos intereses...»²⁶. No hay mejor propósito que pueda servir de colofón para recordar el ejemplo personal y académico de Rafael Barranco Vela.

24. «Comparative Law as a Subversive Discipline», *AJCL*, 1998, pp. 683 y ss.

25. «La fonction subversive du droit comparé», *RIDC*, 3-2000, pp. 503-527.

26. *Vid.* «The Destructive and Constructive Role of the Comparative Lawyer», *Foreign Law and Comparative Methodology: a Subject and a Thesis*, Oxford, Hart Publishing, 1997, p. 45.

Derecho europeo
