

José Martín Ostos
(Liber Amicorum)

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN ESPAÑA Y EN AMÉRICA



DIRECTORAS

Pilar Martín Ríos

María Ángeles Pérez Marín

Profesoras Titulares de Derecho Procesal (Universidad de Sevilla)

Coordinadores

Enrique C. Pérez-Luño Robledo

María Luisa Domínguez Barragán

Profesores Doctores de Derecho Procesal (Universidad de Sevilla)

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN ESPAÑA Y EN AMÉRICA

José Martín Ostos
(Liber Amicorum)

ASTIGI
EDITORIAL

Sevilla • 2021

La publicación de esta obra ha sido sufragada con ayuda del Grupo de Investigación SEJ-308 “La Administración de Justicia en España y América”, de la Universidad de Sevilla, por lo que su distribución es gratuita.

Editorial Astigi
c/ Antioquía, 1. Bloque 5 – 9º B.
41007 – Sevilla (España).
Teléfono 954 25 42 46
info@editorialastigi.com
www.editorialastigi.com

Diseño de portada: Sara García
Maquetación editorial: Georgia Delena
www.maquetacionlibros.com

I.S.B.N.: 978-84-122971-5-7
Año de publicación: 2021

Todos los derechos reservados. No está permitida la impresión de parte alguna de este libro, ni tampoco su reproducción, ni utilización, en cualquier forma o por cualquier medio, bien sea electrónico, mecánico, químico o de otro tipo, tanto conocido como los que puedan inventarse, incluyendo la grabación, ni se permite su almacenamiento en un sistema de información y recuperación, sin el permiso anticipado y por escrito de Editorial Astigi.

EL USO DEL DERECHO COMPARADO EN EL DERECHO PROCESAL¹

Juan Luis Gómez Colomer

Catedrático de Derecho Procesal (Universidad Jaume I de Castellón)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL DERECHO COMPARADO: SU CONTROVERTIDA NATURALEZA JURÍDICA. III. EL DERECHO COMPARADO ES UN MÉTODO JURÍDICO. IV. EL PROBLEMA DE LAS FAMILIAS JURÍDICAS. V. LAS FINALIDADES DE LA COMPARACIÓN JURÍDICA. VI. COMPARACIÓN Y TRADUCCIÓN. VII. POSIBLES PELIGROS. VIII. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL: SU VALOR ACTUAL ES IMPAGABLE.

I. INTRODUCCIÓN

La utilización del Derecho comparado es usual en los grandes juristas de los países de nuestro entorno cultural, en unos más que en otros, obviamente. No importa su especialidad, prácticamente todos han consultado en sus investigaciones sistemas, instituciones o normas que no son de su país y que no constituyen el objeto principal de su trabajo. Lo curioso es que lo utilizan, pero no lo explican. La pregunta es entonces inescapable: ¿Qué es el Derecho comparado? En este escrito pretendo explicar en forma clara y sencilla qué es el Derecho comparado, qué fines persigue y cómo interactúa con la investigación jurídica. Si se atiende a la realidad y se leen con detenimiento los numerosos y excelentes estudios sobre el concepto de "Derecho comparado", principalmente en lengua alemana, inglesa, francesa, italiana y española, se observará que hoy resulta una materia mucho más compleja de lo imaginable, en donde todos los conceptos se discuten, desde su naturaleza a sus fines, incluso su propio valor².

¹ Este texto homenaje al querido Prof. Martín Ostos es la versión amplia de uno limitado a 8 páginas, por exigencias editoriales, publicado en el libro homenaje al Prof. Diego LUZÓN, Madrid 2020. Dado que el tema merece una mayor atención, he decidido ampliarlo con el fin de, sin superar los límites editoriales más permisivos ahora, expresar mejor y más detalladamente mi pensamiento al respecto.

² Véase, por ejemplo, SOMMA (2015), pp. 149 y ss.

En este sentido:

1º) No es clara, en efecto, su naturaleza. ¿Qué es el Derecho comparado, una técnica jurídica, un saber especializado en nuestra profesión, una asignatura, una estrategia de investigación, un método de investigación³? ¿Qué es realmente, ante qué estamos⁴? ¿A qué viene su gran desarrollo⁵?

2º) No hay acuerdo respecto a sus fines u objetivos. Según se mire el Derecho Privado o el Derecho Público, las finalidades cambian. Para el Derecho Privado es muy importante el Derecho comparado como instrumento de conocimiento institucional y fundamento del Derecho propio; para el Derecho Público en cambio, y en concreto el penal, sirve ante todo para ayudar a mejorar la vida de los ciudadanos. Pero no todos los sistemas son iguales, de hecho hay varias familias de sistemas (v. *infra* ap. IV), con lo cual los objetivos pueden ser distintos⁶.

3º) No todos los países reconocen su valía. ¿Estamos ante una ciencia autónoma? Sólo Italia parece ir por este camino y en algunas universidades se han creado cátedras de Derecho Comparado. Otros sencillamente dedican un poco de tiempo a explicarlo en las cátedras principales (Derecho Internacional Privado, Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho Penal, Derecho Procesal, etc.)⁷. En las facultades españolas dudo que se le dedique a su concepto más de 1 segundo en clase, aparte de su mera mención, siempre con alguna honrosa excepción, dando por sobreentendido su significado, pasando a continuación a practicar la comparación con sistemas, instituciones o actos jurídicos concretos.

4º) Finalmente, comparar no es fácil ni seguro, porque los peligros son importantes, pues, sobre todo, comparar a veces se reduce a copiar o, mucho peor, sólo a informar.

³ Ampliamente AMBOS (2018), pp. 14 y ss.

⁴ La opinión mayoritaria sea probablemente la de considerar el Derecho comparado un método de investigación, opinión que compartimos. *Vide* inmediatamente *infra* y también MICHAELS, R. (2006), pp. 340 a 342; y HOECKE (2015), p. 7.

⁵ ESER (2002), pp. 9 y ss.

⁶ ZWEIGERT / KÖTZ (1996), pp. 62 y ss.; SOMMA (2015), pp. 80 y ss.

⁷ SOMMA (2015), pp. 45 y 46.

Me pregunto cómo puedo ayudar, en forma clara y directa, a quien debe empezar a manejarse con el Derecho comparado, pues esta densidad conceptual no ayuda al joven investigador que, al principio de su carrera y abrumado ante tanto estudio dogmático sobre el Derecho comparado, sólo quiere saber cómo son las cosas en el país o países, extraños al suyo, que le interesan y, en consecuencia, desea empezar a manejarse bien comparativamente. Me dirijo básicamente, por tanto, a doctorandos y jóvenes investigadores, en un humilde intento de ayudarles a introducirse bien en este ámbito para cosechar inicialmente frutos excelentes que les permita dominar un día todas las complejidades del Derecho Comparado.

No olvido que gracias a la globalización y al espectacular incremento del crimen organizado, y me limito estrictamente a las llamadas Ciencias Penales, se está desarrollando una necesidad acuciante de observar cómo otros países resuelven los mismos gravísimos problemas originados por los crímenes que están ocurriendo en el nuestro⁸. A causa de ello, aquellos conceptos, antes claros y diáfanos, se están complicando demasiado.

Es por ello que el objetivo de esta pequeña contribución es volver a la sencillez metodológica y a la claridad conceptual, para que se entienda indubitadamente qué es el Derecho comparado y para que, despojado de su pesada carga de complejidad, artificial o no, se vuelva a comprender su utilidad⁹.

Desarrollemos brevemente los puntos de mayor interés para el principiante, a saber, su naturaleza, sus fines y sus peligros, añadiendo un comentario al aspecto de la traducción.

⁸ Para JESCHECK (1979), pp. 135 y 136, ello es debido a que el aumento de la criminalidad ha obligado a modificar las condiciones de su lucha desarrollando un Derecho Penal Internacional y Comparado en su ayuda; AMBOS (2018), pp. 10 y 11 y nota 49, considera esta opinión algo exagerada. Yo creo sin embargo que JESCHECK tiene razón, pues el Derecho Penal es muy antiguo y el penal comparado empieza a ser necesario cuando aumenta la criminalidad y su transnacionalidad. En el ámbito del Derecho Procesal Civil es distinto, pues la razón fundamental de su expansión es la creación de organismos internacionales de operatividad y control económico y la consecuente expansión de los negocios a nivel internacional, v. FERRER MAC-GREGOR (2009), p. 280.

⁹ Se suele fijar el siglo XIX como fecha de nacimiento del Derecho Comparado, con la fundación de la *Société de Législation Comparée* en París en 1869, pero la doctrina cita precedentes mucho más antiguos, v. ESER (2002), pp. 4 a 9.

II. EL DERECHO COMPARADO: SU CONTROVERTIDA NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza jurídica de las instituciones es un tema siempre delicado. Es preguntarse por su esencia, por la verdadera razón que justifica su existencia, de manera tal que no exista ninguna otra figura equiparable o asimilable a ella¹⁰.

En este sentido, se ha afirmado que el Derecho comparado es una ciencia, también un objetivo y un método. En mi opinión:

a) El Derecho Comparado no puede ser una ciencia jurídica, porque si lo fuera tendría como contenido principal el estudio de las instituciones que en diferentes países regulan las relaciones de los ciudadanos entre sí y con los entes públicos, al igual que el país que constituye la fuente de partida, pero con fuentes propias y metodología apropiada. Que el Derecho comparado, como dice AMBOS¹¹, sea el fundamento último del Derecho Penal internacional y del Derecho Penal europeo, no lo puede convertir en ciencia jurídica autónoma e independiente dentro del Derecho.

Otra cosa es su carácter científico, indudable para mí, pues sea cual sea su naturaleza jurídica, con el Derecho Comparado alcanzamos saber o conocimientos que sin él no podríamos ni saber ni conocer.

Pero doctrina relevante y de gran peso sostiene que el Derecho Comparado es, por lo menos desde principios del s. XX una ciencia autónoma¹². Dicha ciencia, formada a partir de las diversas soluciones aportadas por los ordenamientos jurídicos extranjeros, estaría al servicio del progreso jurídico de la humanidad y del fomento de la convivencia pacífica entre los pueblos, de manera tal que los modelos de política jurídica investigados en su seno, se implementarían en esos mismos ordenamientos, logrando orientaciones comunes, respuestas similares y, en fin, la unificación internacional del Derecho, o al menos su mayor homogeneización, y por tanto, del Derecho Procesal también, que sería su gran finalidad.

¹⁰ LOIS ESTÉVEZ, J. (1956), pp. 159 y ss.

¹¹ AMBOS (2017), pp. 11 y 12.

¹² SOMMA (2015), pp. 55 y ss., y 150.

Sin entrar en altas cuestiones dogmáticas, pues en este escrito sólo pretendo aclarar, simplificar y facilitar conceptos y su aplicabilidad, no dogmatizar, me parece una opinión muy sugerente, pero de poca ayuda, al menos en el estado actual de la realidad, para quien sólo pretende conocer cómo se resuelven en otro país los mismos problemas que en el propio que está estudiando.

b) Tampoco es un conjunto de objetivos reducidos a un común denominador. Los objetivos o finalidades que se pretenden con el Derecho comparado son unos (v. infra ap. V), y su naturaleza otra cosa distinta.

A veces objetivos y finalidades de una investigación se confunden. Para mí es lo mismo, pues si el objetivo a alcanzar en mi investigación es conocer, por poner un ejemplo claro, cómo se regula el sobreseimiento en Alemania e Italia, es evidente que la finalidad de la investigación es conocer cómo se regula la terminación anticipada del proceso penal, es decir, es la misma que el objetivo.

c) En realidad para nosotros el Derecho Comparado es algo mucho más fácil y mucho más manejable, es un método jurídico, que por su importancia paso a desarrollar en punto específico a continuación.

III. EL DERECHO COMPARADO ES UN MÉTODO JURÍDICO

Creo que es más fácil para el joven investigador si al comienzo de su faceta profesional aborda el conocimiento del Derecho comparado utilizándolo como instrumento de ayuda ordenado y sistematizado, es decir, si considera el Derecho comparado como un método jurídico de investigación científica.

Me explicaré: Comparar en sentido general es “fijar la atención en dos o más objetos para descubrir sus relaciones o estimar sus diferencias o su semejanza”; también es “cotejar” (“confrontar algo con otra u otras cosas, o compararlas teniéndolas a la vista”). Traducir es “expresar en una lengua lo que está escrito o se ha expresado antes en otra”; también significa “explicar, interpretar”. Investigar es “realizar actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático con el propósito de aumentar los conocimientos sobre una determinada materia”. Finalmente, método no es sino el “modo de decir o hacer con orden”, el

“procedimiento que se sigue en las ciencias para hallar la verdad y enseñarla”¹³. Coloquialmente se afirma que el método es el conjunto de pasos que hay que dar para hallar el conocimiento.

Estos tres conceptos, comparar en sentido genérico, traducir e investigar, integran la comparación jurídica y constituyen una manera de analizar o de investigar, un método, para llegar a conclusiones científicas ciertas. En mi opinión, el método jurídico no cambia por la utilización del Derecho comparado, simplemente éste se integra en aquél mejorándolo. Y lo hace no en abstracto, sino en concreto, pues siempre se utiliza para alcanzar un conocimiento sobre una institución particular en uno o varios países distintos al nuestro.

El método jurídico, un concepto extraordinariamente estudiado a lo largo de la historia¹⁴, puede comprenderse más fácilmente si entendemos qué pretende resolver: Las personas necesitamos saber más, porque los retos son distintos y de más envergadura conforme pasa el tiempo, y no podemos quedarnos anclados en nuestro propio ser y en nuestra propia historia, es decir, necesitamos saber más para progresar en busca de una vida mejor para el ser humano, más rica intelectualmente, más cómoda vitalmente, más perfecta en materia de salud, más pacífica, más serena, más igual para todos. Para saber más debemos organizar cómo adquirir ese aprendizaje. La vía para ello es el método, también llamado método científico.

El método por tanto nos lleva por el camino correcto para lograr los nuevos o mejores hitos que nos harán seguir marchando hacia adelante. Como es fácilmente colegible, cada ciencia puede tener su método, en el que predominen más los aspectos teóricos, o los prácticos, o ambos por igual.

Pues bien, desde la perspectiva jurídica, se parte de una ley, o de una situación de hecho no reglada, con el fin de interpretarla de la mejor manera posible para progresar o para crearla y que normativice ese progreso. Podemos partir de la ley para llegar a esa conclusión, en cuyo caso estaremos operando deductivamente, o podemos ir de la realidad concreta a la creación de la ley general, en cuyo caso estaremos operando inductivamente.

¹³ Me he basado obviamente en las definiciones del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.

¹⁴ Por todos, FIKENTSCHER (1975-1977), *passim*.

Evidentemente, no todo es tan fácil como parece, puesto que muchas veces no interpretamos la ley, sino un conjunto de leyes, o no sólo la ley, sino también su jurisprudencia y doctrina científica, sobre la que pretendemos aportar nuestra propia opinión. Para una visión completa nos apoyamos en otras visiones metodológicas, como el método histórico, el método teleológico, etc.. En otras ocasiones, no utilizamos "método" sino "técnica", pues lo que queremos es sólo lograr operativamente mejores resultados; finalmente, no es extraño el uso de la analogía para resolver problemas jurídicos, es decir, ni inducimos ni deducimos, más bien parece que estemos investigando "semejanzas".

Si ello es cierto, y creo que lo es, para el investigador *amateur* es mejor acogerse a la idea de que comparar sistemas, derechos e instituciones extranjeras o supranacionales es una manera de trabajar científicamente para conseguir que nuestra propia sociedad progrese adecuadamente. Utilizar el Derecho comparado forma parte, por tanto, del método científico propio de las ciencias jurídicas¹⁵.

IV. EL PROBLEMA DE LAS FAMILIAS JURÍDICAS

El ámbito de la comparación solía reducirse a los derechos más cercanos. Los procesalistas italianos de principios del s. XX aprendieron alemán y dieron a conocer a los creadores del proceso civil de finales del s. XIX (Bülow, Hellwig o Rosenberg) y a los iniciadores del proceso penal de la misma época más o menos (Zachariä, Beling, etc.) en su país. Todos los universitarios italianos de esa época dominaban el francés, con lo que el conocimiento de la doctrina procedimentalista francesa era evidente. Algunos procesalistas españoles aprendieron italiano y así conocieron a los alemanes, a los italianos y a los franceses. Obviamente algunos sabían ya francés y aprendieron además alemán (Prieto-Castro, Fairén, Gómez Orbaneja, etc.), de manera que el acceso a las fuentes era directo. De esta manera, se puede decir que en 1950 España conocía la mejor doctrina procesal civil y penal alemana, italiana y francesa, con lo que una buena comparación era posible.

Si bien la tendencia era acercarnos más a Francia y a Italia, sin duda alguna en primer lugar por la facilidad lingüística, es decir, preferíamos movernos hasta esa

¹⁵ Así lo sostuvo en 1924 RABEL (1967), III, p. 3.

fecha dentro de un mismo sistema común, el surgido de la Revolución Francesa, la ampliación de conocimientos a Alemania hizo que nos tuviéramos que mover en un sistema distinto, surgido y amparado por necesidades culturales, políticas e históricas diversas. La comparación con Alemania ha dado frutos sensacionales desde hace más de 100 años, sobre todo en el ámbito del Derecho Penal.

Hoy es todavía más acuciante, pues aun siendo importante para el procesalismo español, y para muchas otras disciplinas jurídicas, como el Derecho Romano, la Historia del Derecho, la Filosofía del Derecho, el Derecho Administrativo y el Derecho Penal, atender a la comparación con el sistema común francés (Francia e Italia) y el sistema común alemán (Alemania, Austria y Suiza), lo cierto es que un tercer sistema común se está elevando por encima de todos desde hace unos 60 años, por su sencillez, plasticidad y pragmatismo, el anglosajón (Inglaterra y Estados Unidos), lo que está significando en la realidad actual que el procesalismo español tenga así tres puntos de referencia distintos para la comparación.

Pues bien, a esos sistemas comunes se les denomina familias jurídicas, o círculos jurídicos. Es importante conocerlos, sobre todo los tres más cercanos a nosotros, porque más que la solución a veces la comparación suele ser un problema, si no se tiene claro qué se está buscando exactamente. Las enormes diferencias culturales, históricas, de ordenamientos jurídicos, de fuentes normativas, etc., pesan lo suyo a la hora de tomar cierto tipo de decisiones.

No sin discusión, pues cada autor aporta su propia visión intentando destacar su país y la familia a la que pertenece, vamos a partir de la opinión de los autores alemanes ZWEIGERT y KOCH, por ser en mi opinión la más completa y elaborada. Es además la más pedagógica¹⁶. En su opinión, hay 6 familias jurídicas ("círculos"): 1ª) La familia romana; 2ª) La familia alemana; 3ª) La familia angloamericana; 4ª) La familia nórdico-europea (Derecho escandinavo); 5ª) La familia del lejano oriente (Derecho japonés y Derecho chino); y 6ª) La familia religiosa (Derecho islámico y Derecho hindú)¹⁷.

¹⁶ No nos cabe ninguna duda que presenta aspectos muy criticables. La propia denominación de "círculo" es más que discutible por su atracción egocéntrica (quien manda es el que domina el centro del círculo), pero a quien comience a trabajar el Derecho comparado esto le debe dar igual, siempre que tenga claro que no es más que un método, no una ciencia por sí misma.

¹⁷ ZWEIGERT / KÖTZ (1996), pp. 62 y ss.

Más modernamente SOMMA, por ejemplo, habla de sistemas y familias de sistemas, distinguiendo entre la tradición jurídica occidental, y dentro de ella el sistema de *common law* y el sistema de *civil law*, el derecho socialista, y el derecho latinoamericano como periferia del derecho occidental¹⁸.

Estas clasificaciones atienden a razones históricas y culturales, además de al sistema de fuentes del Derecho y a cómo se va moldeando con el transcurso del tiempo, no únicamente geográficas, étnicas o lingüísticas. Un aspecto importante es la relación de los ciudadanos con la ley, sus valores, sus principios, su desarrollo y su efectividad. En tanto las legislaciones nacionales coinciden, pueden agruparse en familias jurídicas. Pero hay más, las legislaciones a agrupar han de tener un cierto estilo que sólo el Derecho comparado puede evidenciar. Por ejemplo, misma lengua, mismos criterios jurisprudenciales, mismos principios jurídicos, misma evolución histórica, misma mentalidad jurídica, etc.

Veamos sus características principales, siguiendo a los autores alemanes, como quedó dicho:

1ª) La familia romana¹⁹

El sistema más representativo de la familia romana es el francés. Su punto más álgido fue la aprobación del *Code Civil* francés en 1804. En él se asientan los grandes cambios de la Revolución Francesa que afectan al Derecho Privado: La propiedad privada, la libertad contractual, la familia y el derecho de sucesiones. En él se combinaron el Derecho romano (ley escrita) vigente en el sur de Francia y el Derecho francogermano (costumbre) del Norte de Francia, con criterios flexibles, dando lugar a un texto escrito único para todo el país. De una redacción impecable, fue inmediatamente entendido y alabado por toda la población.

Los franceses deciden, cumpliendo con la separación de poderes en una forma al principio un tanto singular, que los jueces concreten en los casos que sean de su competencia las declaraciones generales de la ley.

¹⁸ SOMMA (2015), pp. 80 y ss.

¹⁹ ZWEIGERT / KÖTZ (1996), pp. 73 y ss.

El Código Civil francés se pensó para la burguesía (el tercer estado), de ahí la tremenda importancia de las normas que tienden a protegerla y desarrollarla, como los principios relativos a las obligaciones (obligación de cumplir los contratos, deber de fidelidad entre esposos, obligación de reparar el daño causado, etc.). A pesar de los profundos cambios sociales habidos, que han afectado sobre todo a la familia y a la herencia, y también a la responsabilidad civil, dicho texto legal sigue en vigor en Francia en lo esencial. Obviamente, la jurisprudencia ha tenido mucho que decir en ello con sus continuas adaptaciones de la ley a la realidad.

Provocó también el resurgimiento de la llamada doctrina científica (el investigador jurídico). Al principio la interpretación del *Code* fue demasiado rígida y formal (Escuela de la Exégesis), pero a finales del mismo s. XIX ese método interpretativo cambió en favor de una interpretación social más acorde con las exigencias de los tiempos (Escuela de la Libre Investigación Científica), dando libertad de criterio a los jueces para que no se sintieran atados por la literalidad gramatical de la norma.

Su influencia era de esperar. Poco después de la publicación de la primera codificación del mundo comienza la época llamada de la "Recepción" del *Code Civil*. Se toma como modelo o directamente se traslada en todo o en parte en casi toda Europa, no sólo la latina (Italia, España, Portugal y Bélgica), sino también la no latina (Holanda, Alemania, Suiza, por ejemplo), en la Europa del Este, en Oriente Próximo (Turquía, Egipto, Siria, Líbano), en África (Túnez, Marruecos y Argelia), en Latinoamérica e incluso en América del Norte (Luisiana y Quebec). Unas veces como consecuencia de guerras y dominaciones militares y políticas, otras como consecuencia tan sólo de su enorme valor.

Debemos destacar también que, como consecuencia de la regulación interna, Francia desarrolló un sistema de organización judicial que igualmente sirvió como modelo en esos países, aunque con diferencias importantes en función de las peculiaridades propias.

El fruto principal fue la creación de la *Cour de Cassation*. Al principio fue un órgano auxiliar del poder legislativo, pero pronto se convirtió en lo que es hoy, el máximo órgano judicial en la interpretación de la ley, controlador de la interpretación de la ley hecha en las sentencias de los órganos inferiores y redactor de

la jurisprudencia que debe guiarles. No dicta sentencia de fondo, sin embargo, pues si estima el recurso devuelve los autos para que el tribunal competente dicte sentencia conforme al criterio sentado en casación. Una manera particular de entender el principio de la independencia judicial.

Otra consecuencia muy importante fue la profesionalización de la carrera judicial (y fiscal), cuyo punto central es garantizar dicha independencia judicial.

Es la familia más conocida, obviamente, para nosotros los españoles.

2ª) La familia alemana²⁰

La llamada familia alemana (o círculo jurídico alemán) tiene muchas cosas en común con la familia romana (francesa). Es lógico por la cercanía territorial, lo que da paso a problemas jurídicos, sociales y económicos muy parecidos.

Alemania conoce el Derecho romano muy tardíamente (la Recepción se produce a mitad del s. XV). Pero los efectos de dicha inmersión jurídica son mucho más fuertes que en Francia o en Inglaterra, porque no sólo se conocieron conceptos e instituciones nuevas, sino que también se creó un nuevo pensamiento jurídico.

En la Edad Media germánica existían, evidentemente, normas, pero no había un tribunal real, el poder imperial era débil y por ello se carecía de justicia imperial. El Derecho romano llena esos vacíos y contribuye con su riqueza conceptual e instrumental a resolver los más graves problemas de la sociedad de entonces.

La Ilustración, pensamiento que cambió el centro de la vida, proclamando la dignidad del hombre y la libertad de su ser, afirmando el valor central de la razón, nacido en Inglaterra en el s. XVII y desarrollado por los ilustrados franceses a finales del s. XVIII, dando lugar a la Enciclopedia y a la misma Revolución Francesa, fue la base de la codificación. En Alemania, sin embargo, no tuvo ese efecto inmediato.

En Alemania se preocuparon más por la ordenación y sistematización de las leyes de Derecho privado que por la codificación, encargando al catedrático su

²⁰ ZWEIGERT / KÖTZ (1996), pp. 130 y ss.

enseñanza doctrinaria en la universidad, con poco apego a la realidad práctica. La racionalización se entendió como creación dogmática. No obstante, hubo codificaciones parciales en Baviera y en Prusia, poco significativas.

En este ambiente se desarrolla la Escuela Histórica, con Friedrich Carl von Savigny al frente. La idea central fue que el Derecho es una forma cultural histórica que surge del alma del pueblo. Todo derecho verdadero se basa en las costumbres, cuyos titulares son el pueblo y, como representantes del pueblo, los juristas.

Defienden idealmente el Derecho romano viejo, no el moderno, ni tampoco el surgido con las normas propias alemanas tras la recepción justiniana (especialmente las decisiones jurisprudenciales del Digesto o Pandectas). Positivamente dio lugar a la jurisprudencia de conceptos, método que hoy sigue usándose.

La polémica, dada la influencia francesa del momento, no se hizo esperar, y acabó triunfando el deseo de una codificación del Derecho Civil alemán, especialmente gracias al deseo de unificación legislativa en toda Alemania, tras fructíferas experiencias en materia mercantil y cambiaria, que se logró con el *Bürgerliches Gesetzbuch* de 1896. Pero es hijo de la ciencia surgida en torno al derecho germánico basado en las Pandectas, lo que significó un código dirigido no a la burguesía sino a los expertos juristas, de lenguaje abstracto, muy difícil de entender por la ciudadanía.

La doctrina alemana se sorprende que siendo así más un código viejo (del s. XIX) que nuevo (propio del s. XX), haya durado sin cambios esenciales hasta la actualidad, habiendo pasado Alemania por tantas y tan importantes crisis, especialmente en el período nazi. Ni siquiera con ocasión de la reunificación de Alemania en 1989.

Su dogmatismo y conceptualismo ha impedido por tanto una extensión del Derecho Civil alemán a otros países, comparable con la que hemos visto que ocurrió con el francés. Fue copiado prácticamente en Japón y tuvo una gran influencia en Grecia.

Austria es diferente. En 1811 ya aprobó su *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, hijo de la Revolución Francesa y de la Ilustración. Fue el ejemplo contra el que más intensamente luchó Savigny. Hoy vigente después de numerosísimas

reformas, evidentemente, está escrito en un lenguaje claro y, para la época, moderno.

Con los años ha ido evolucionando de manera diferente al código francés. Que Austria no fuera un país unitario y que no tuviera un Napoleón ha influido decisivamente en ello. Aún así, se tomó en cuenta en Serbia, Bosnia y Croacia, temporalmente también en Venecia y Lombardía, durante la dominación austríaca.

Suiza también ha tenido una evolución diferente. No recibió el Derecho romano en todos sus cantones, sólo en algunos, por lo que su Derecho se basó en las costumbres cantonales, unas propias, otras orientadas hacia lo francés (Ginebra), lo austríaco (Berna) o lo alemán (Zurich), hasta que a mediados del s. XIX surge la idea de la unidad suiza. El *Zivilgesetzbuch* para toda la federación se aprueba en 1907.

Obra de un único autor (Huber), fue completado con el derecho de obligaciones, derecho de responsabilidad por daños y derecho contractual, así como con normas de Derecho mercantil, si bien no es un código como el francés. Goza de un gran prestigio por la modernidad de sus disposiciones y por haberse adaptado perfectamente en muchas de sus disposiciones sociales a los nuevos tiempos. Tuvo una recepción total en Turquía.

3ª) La familia angloamericana²¹

El conocimiento del Derecho inglés sigue siendo complicado para los juristas continentales. La aproximación al mundo jurídico no es a un sistema, a una ley, a su interpretación e incardinación en el mismo, sino al aprendizaje de una técnica jurídica, sujeta a precedentes y grupos de casos, que resuelve la problemática del día a día. Por eso el sistema anglosajón está vinculado a su historia, a su experiencia, no a la lógica. Por eso mantiene durante siglos tradiciones que no cambian.

Inglaterra no se dejó influir en lo esencial de su derecho común ni por el Derecho romano, ni por la codificación. Inglaterra no ha vivido las convulsiones políticas, económicas y sociales de la Europa continental.

²¹ ZWEIGERT / KÖTZ (1996), pp. 177 y ss.

La invasión de los normandos en 1066, al mando de Guillermo I, significa el comienzo de la historia jurídica de Inglaterra. Ellos trajeron la administración feudal, a cuyo frente se sitúa el rey, centro jurídico de la misma. La consecuencia fue, en lo que nos interesa, la formación poco a poco de una justicia también centralizada, distinguiéndose los tribunales para quienes debían pagar impuestos (*Court of Exchequer*) y los tribunales para las reclamaciones comunes (*Court of Common Pleas*).

El tribunal ordenaba, por delegación del Rey, mediante *writs* la comparecencia del deudor a instancias del acreedor. El deudor estaba obligado a comparecer. El desarrollo de estas normas fue con el tiempo muy estricto, de ahí que la ciudadanía propusiera al rey la aplicación de la Justicia con base en la moral y en la conciencia fuera del *Common Law*. Aparecen así en el s. XV los tribunales de equidad, de los que se ocupa el Canciller por delegación real, que fue influyendo poco a poco en las reglas de la costumbre, sobre todo tras la publicación de sus decisiones a finales del s. XVI, apareciendo poco después la *Court of Chancery*. Aparecen nuevos conceptos, hoy algunos muy importantes, como las relaciones fiduciarias. Mejoró el sistema de recursos y desarrolló acciones para prevenir injusticias.

Los abogados se formaban en gremios (*Inn*) hasta el s. XIX, no en las universidades. Esto explica que el sistema de enseñanza del Derecho se base hoy en los casos reales y no en teorías. Es a lo largo del s. XVI cuando se distingue claramente entre abogados ejercientes en las jurisdicciones superiores (*Barrister*) y abogados representantes y consejeros y ejercientes en jurisdicciones inferiores (*Solicitors*). Algunos abogados escribieron libros fundamentales para conocimiento del Derecho inglés (Blackstone).

Los tribunales, dispersos, desconectados entre sí y con múltiples conflictos competenciales, fueron ordenados y unificados por una ley de 1873. En los asuntos civiles son competentes los *Magistrates' Courts*, *Country Courts*, *High Court*, *Court of Appeal* y *Supreme Court of Justice*. Escocia y las Islas del Canal tienen particularidades propias muy relevantes.

La expansión del Common Law en el mundo ha sido enorme gracias al Imperio y a la *Commonwealth*. Un tercio de la Humanidad está sometida a esta familia jurídica.

Podemos destacar Australia, Nueva Zelanda, Sudáfrica y Canadá. Pero el país más importante es Estados Unidos, no obstante existan enormes diferencias hoy entre el Derecho inglés y el estadounidense, por ejemplo, tienen una constitución escrita, que organiza el país bajo un sistema político federal y que establece una serie de derechos fundamentales que vinculan a los poderes del Estado. Precisamente la coexistencia de dos sistemas legales, el federal y el estatal, hacen que el sistema legal de USA sea bastante complicado.

Tampoco la formación de abogados es igual, pues a mediados del s. XIX se vio la necesidad de organizar los estudios de Derecho en la universidad para un mejor servicio. El método de enseñanza se basó también en el caso práctico, pero haciendo valer los casos más importantes desde un punto de vista más sistemático (método Langdell).

Los jueces se organizan en un sistema federal y estatal también complejo, pues cada estado tiene sus propias particularidades. Generalmente existen varios tribunales civiles de instancia (pueden tener jueces no profesionales), un tribunal de apelaciones, y a veces un tribunal supremo. Los tribunales federales se suelen agrupar para la apelación en distritos muy grandes que afectan a varios estados. El Jurado en lo civil sólo es obligatorio en el sistema federal.

4ª) La familia nórdico-europea (Derecho escandinavo)²²

A partir de ahora me detendré brevemente, por ser de menor interés para nosotros. La familia nórdica comprende los países escandinavos (Noruega, Suecia, Finlandia), más Dinamarca e Islandia. No tiene nada que ver ni con la familia romana, ni con la anglosajona, aunque de ellas algún reflejo obviamente hay. Se destaca que no hay una codificación como en la familia romana (Derecho francés), o en la germana (Derecho alemán).

El parentesco jurídico entre estos países proviene de su historia común, por un lado, Suecia y Finlandia, y por otro Dinamarca, Noruega e Islandia. En la Edad Media el derecho aplicable tenía fuertes raíces germanas. A partir del s. XVII el aislamiento deja de notarse gracias a las relaciones con Europa, empezando a conocerse el Derecho romano. La formación de jueces nórdicos en universidades

²² ZWEIGERT / KÖTZ (1996), pp. 270 y ss.

alemanas fue determinante para una nueva organización judicial, creándose los jueces profesionales.

Después de ciertos avatares políticos y desastres militares, a finales del s. XIX hubo un intento de unión jurídica de los países escandinavos, que se concretó en una misma legislación para Dinamarca, Noruega y Suecia en materia comercial. Luego se aprobaron leyes sobre compraventa y sobre contratos, así como sobre derecho marítimo. Todas ellas tienen características propias que las diferencian de iguales leyes en las otras familias hasta aquí consideradas.

5ª) La familia del lejano oriente (Derecho chino y Derecho japonés)²³

Países muy lejanos para nosotros, es dudoso que pueda hablarse de una misma familia, porque Japón es una democracia y China no, de ahí que se prefiera hablar de países del lejano oriente.

China se entiende considerando el pensamiento de Confucio (s. VI antes de Cristo), en búsqueda permanente de la armonía del ser humano. Su comportamiento debe atender a los ritos ("li"), de manera tal que el equilibrio presida las relaciones humanas. Con este pensamiento, el Derecho no ocupa ningún plano especialmente relevante. Para el confucianismo los problemas se arreglan negociando. La evolución posterior muestra que su doctrina constituye la base filosófica del estado chino, ya por más de 2000 años, hasta finales del s. XIX, cuando se empieza a sentir la necesidad de aprobar leyes imperiales que propicien la unidad y el comercio. Así, lograron codificar leyes de Derecho Privado basadas en los derechos alemán y suizo. La revolución cultural maoísta (1949-1976) acabó con todo ello. Pero China se encuentra hoy en una evolución curiosa, pues ha reconocido el derecho de propiedad privada, además de aprobarse en los años 80 leyes sustantivas y leyes procesales muy importantes, que no apartan al Estado de su papel político principal.

En Japón las cosas son muy distintas. Tras la influencia cultural china y, en consecuencia, la introducción del budismo en Japón (s. VII y VIII), se vivió un largo período de guerra que sólo se estabilizó a partir del s. XVII. El carácter feudal de la sociedad era notable, muy influenciado por el confucianismo chino. Las disputas

²³ ZWEIGERT / KÖTZ (1996), pp. 289 y ss.

civiles se resolvían fuera de lo judicial entre los mismos afectados. La apertura a lo europeo en el s. XIX permitió una intensificación del comercio impresionante, creando tribunales consulares aplicables a extranjeros, no a japoneses.

Japón encargó a profesores extranjeros la elaboración de las leyes más importantes, a finales del s. XIX, orientadas hacia Francia y Alemania, que no pudieron ser aprobadas. Finalmente, se aprobó el Código Civil (1898) por una comisión japonesa, teniendo como modelos Francia, Inglaterra y Alemania. La organización judicial y el código procesal civil tomaron como modelo el Derecho alemán. Tras la II Guerra Mundial, la influencia norteamericana se extendió por todo el imperio, destacando la constitución de 1946, en donde se reconocieron muchos derechos fundamentales de los ciudadanos, aprobándose el Código Penal y el Código Procesal Penal (1948).

6ª) La familia religiosa (Derecho islámico y Derecho hindú)²⁴

Además de la distancia, el hecho de que sus leyes estén impregnadas de religión hace a esta familia muy distinta a las demás consideradas hasta aquí.

El Derecho islámico (*Saría*) se funda en la voluntad de Dios (*Alá*) y en sus principios, manifestados a través de su profeta Mahoma. La fuente más importante y superior del Derecho islámico es el Corán, a pesar de que principios jurídicos directamente aplicables contiene muy pocos, ya que se trata más bien de mandatos éticos (por ejemplo, la prohibición de sobornar a los jueces), procedentes de las costumbres arábicas imperantes hasta el s. VII.

La primera consecuencia que ello tiene es que estamos ante un Derecho inmutable, pues sin perjuicio de la necesaria adaptación a los tiempos que corren, las decisiones jurisprudenciales no pueden prescindir de la invariabilidad religiosa que impregna la legislación. Además, la ley es voluntad de Dios, no del legislador. Los califas se convirtieron en la primera autoridad política y judicial.

Pero el Derecho islámico no ha podido permanecer a lo largo de los tiempos completamente cerrado a sus principios religiosos. El contacto con otras culturas, por ejemplo, la occidental en Pakistán o en Egipto, hizo que se tuvieran

²⁴ ZWEIGERT / KÖTZ (1996), pp. 296 y ss., y 306 y ss.

en cuenta instituciones anglosajonas en la resolución de determinados problemas, principalmente comerciales, cuando la *Saríá* no decía nada o era inaplicable. En Derecho de Familia apenas ha evolucionado, siendo la situación jurídica de la mujer la misma que hace siglos y si en algo se ha modificado, ha sido porque ha habido un cambio político que le afectaba.

El Derecho hindú es un complejo religioso, filosófico y social que se aplica a los hindúes estén donde estén (hinduismo). Las dos creencias fundamentales (la reencarnación y el *karma*) determinan la vida moral de los hindúes e influyen en sus leyes en forma clara. Su vida social es igualmente influida por la promesa de una vida mejor tras la reencarnación, pues en vida su pertenencia a una clase social (castas), estructurada, jerarquizada y sujeta a normas y costumbres propias, es inmodificable. La Constitución de 1949 prohibió esas normas, que ello no obstante, para la mayoría de los hindúes siguen vigentes.

La India es el país que tiene normas legales más antiguas, mezcladas entre las religiosas (800 a.C.). La influencia de la costumbre en la práctica jurídica es notable. El Derecho actual se basa prácticamente en la dominación colonial inglesa, que respetó muchas leyes y costumbres hindúes aplicables a los nacionales de ese inmenso país, aunque también derogó algunas insostenibles para la cultura occidental (como la prohibición de volver a casarse de una viuda). Aunque ha habido intentos de codificar las costumbres y leyes hindúes, hasta ahora sólo se han conseguido aprobar leyes parciales (Ley de Matrimonios de 1955, Ley de Herencias de 1955, etc.). La norma anglosajona es hoy subsidiaria respecto al Derecho hindú.

En conclusión, por tanto, una vez vistas resumidamente cada una de las familias jurídicas, debo decir que el joven investigador que quiera empezar a manejarse cómodo dentro del Derecho Comparado, va a tener que decidir qué país ha de escoger y, una vez decidido, conocer lo esencial de la familia jurídica a la que pertenece, porque ello le ayudará y mucho a identificar plenamente las instituciones, sus antecedentes, características, efectos y particularidades más importantes.

V. LAS FINALIDADES DE LA COMPARACIÓN JURÍDICA

La doctrina discute también sobre qué se proyecta el Derecho comparado y qué objetivos (fines) pretenden conseguirse. Al final ha conseguido poner la cota

muy alta por lo denso, enmarañado y dificultoso de su comprensión, cuando en realidad es todo mucho más fácil.

Desde el primer punto de vista, referido estrictamente a lo procesal, se dice que la comparación puede afectar a temas muy generales, como comparar dos sistemas jurídicos; a temas más concretos, como comparar una institución, v.gr., el derecho de defensa; o a temas muy particularizados en donde la base de la comparación es una o pocas normas, como por ejemplo si la víctima tiene derecho a ser parte en el proceso penal o no²⁵.

Al principio me parece más acertado conocer el sistema, pues sólo así logramos ubicar la institución o el aspecto particular que nos interesa. Claro, eso significa tener que invertir mucho más tiempo y esfuerzo, pues lo general es siempre más amplio. Sin embargo, esta opinión no deja de ser una manera de verlo, porque quien se inicia en la investigación suele abordar un tema concreto y, por tanto, en principio la utilización del Derecho comparado que va a necesitar, según esa clasificación es la institucional, porque para él lo importante es estudiar si la regulación de un país concreto o un grupo reducido de países mejora la situación de su propio país. No es descartable una visión más amplia, universal y regional, pero no es usual ante las mayores dificultades que comporta.

Tomada esa decisión, qué se pretende con la utilización del método comparatista. En mi opinión, destacaría dos aspectos, sobre los que hay un acuerdo doctrinal amplio²⁶:

1º) Comparar para conocer: Lo primero que pretende el doctorando al iniciarse en el Derecho Procesal Penal (o civil) alemán, italiano o estadounidense, por ejemplo, es conocer su sistema y, una vez tiene una sólida idea sobre el

²⁵ JESCHECK (1979), pp. 136 y ss., ha hablado de comparación de temas universales (como los derechos humanos aplicables al proceso penal en todo el mundo), de temas regionales (como la situación del proceso penal en su conjunto en la Europa del Sur), y de temas institucionales (por ejemplo, el principio de oportunidad en Estados Unidos, en Alemania y en España).

²⁶ JESCHECK (1979), pp. 146 y ss.; AMBOS (2018) pp. 11 y ss.; JUNG (1998), pp. 9 a 11; GASCÓN INCHAUSTI (2018), pp. 1008 y ss.; SOMMA (2015), pp. 57 y ss.; ESER (2002), pp. 9 y ss.; RUSCH (2006) pp. 2 y 3; MICHAELS (2006), pp-363 y ss.; HOECKE (2015), pp 7 y ss.; RHEINSTEIN (1968), pp. 415 y ss.

mismo, profundizar en la institución que le interesa²⁷. El Derecho comparado opera así como fuente de información de primer orden.

Este objetivo, primario, implica conocer antes más que bien la institución en el país principal en que se va a desarrollar la investigación, en nuestro caso, en España. Una vez conocido el concepto, naturaleza, características, requisitos y, en su caso, procedimiento, resolución y efectos en el Derecho interno, idéntico análisis, en la medida de lo posible, debe hacerse con el país o países a comparar, destacando las coincidencias y las diferencias y en qué puntos, si fuera el caso, las soluciones que aporta el Derecho comparado y su práctica son mejores que en nuestro país. Detectar los problemas internos a través del Derecho comparado es así un objetivo extraordinariamente fructífero.

2º) Comparar para orientar y apoyar al legislador interno: La comparación que se realice en la tesis, o en cualquier investigación, y que un día se publique en forma de libro o de artículo, persigue igualmente ilustrar al legislador patrio para que mejore la legislación interna en todos aquellos aspectos modificables, ofreciendo como prueba la mejor legislación extranjera que se ha estudiado comparativamente.

Aquí se incardinan los conocidos aspectos de comparación de tradiciones jurídicas, no exentos de problemática ni de complejidad, en cuanto esta metodología sirve para acercarlas y homogeneizarlas²⁸.

Sirve así para mejorar nuestras leyes y nuestra práctica, homogeneizando soluciones que ayudarán a los ciudadanos a vivir en países jurídicamente mejores y más justos. Ciertamente, también puede servir para nada, en el caso de que nuestra institución sea mejor o no nos satisfaga la regulación extranjera estudiada.

²⁷ Uno de los primeros comparatistas lo puso de manifiesto inmediatamente, v. RABEL (1967), III, pp. 20-21. V. también ZWEIGERT / KÖTZ (1996), p. 14.

²⁸ SOMMA (2004), pp. 200-205.

VI. COMPARACIÓN Y TRADUCCIÓN

No suele hablarse mucho de una de las condiciones de la comparación, para mí absolutamente clara y necesaria, pero que los eruditos sobre el tema suelen deslindar de ella, a saber, la traducción. En mi opinión, la traducción es un pilar básico de la comparación, como ya anuncié antes.

No creo posible el estudio de instituciones extranjeras y mucho menos de un proceso penal en su conjunto, por ejemplo, de los Estados Unidos, de Inglaterra, de Alemania, de Italia, de Francia o de Portugal, sin un amplio conocimiento de la lengua en que están redactadas las leyes, la jurisprudencia y los estudios doctrinales a tomar en cuenta en el país o países concretos de que se trate²⁹.

Ciertamente no se puede exigir a nadie hablar, leer y escribir la lengua extranjera como la propia, esto es imposible para personas que no han tenido padres bilingües, pero sí debe ser exigible el dominio correcto de la lengua o lenguas extranjeras con las que vamos a trabajar, de manera que no haya duda alguna en cuanto al significado, literal y literario, de lo que vamos a leer para luego, traducido a nuestro idioma, aportarlo a nuestra investigación vertiendo exactamente el mismo sentido y alcance que en el idioma original tiene, salvo que la inexistencia de correlación nos obligue a aproximaciones³⁰.

Una manera magnífica de saber hasta qué punto se domina una lengua, y en concreto el lenguaje jurídico de la misma, es traducir un texto legal, una sentencia, un libro o un artículo escrito, por seguir con los países citados, en inglés, alemán, italiano, francés o portugués, al español³¹. Por descontado, hay que olvidarse, al menos de momento, de los traductores automáticos que proliferan en Internet, pues su uso suele empeorar las cosas.

²⁹ V. MORÁN (2002), p. 523.

³⁰ En el proceso penal anglosajón no existe la querrela. ¿Cómo traducirla? No es ni la *Complaint*, ni tampoco la *Indictmen*, ni se le parece. Inversamente; en el proceso penal español no existe el *Klageerzwingungsverfahren* alemán (§§ 172 y ss. StPO), ¿cómo traducirlo? ¿procedimiento para forzar la acusación, procedimiento para la decisión sobre si la acusación debe formularse? Sin una explicación adecuada, parece de entendimiento muy difícil, v. GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán*, cit. en nota 38, p. 344 y N. del T.

³¹ "Traduttore, traditore", dijo ORTEGA Y GASSET, J. (2013), p. 8.

Los españoles solemos despreciar el estudio del italiano y del portugués porque creemos que son muy fáciles y que no hay problemas en la traducción. Discrepo de esa opinión. El lenguaje jurídico, al ser técnico y especializado, es difícil en todos los idiomas, también en italiano y en portugués. La juventud actual huye del alemán por considerarlo imposible de aprender, ignorando que al obviarlo pierde el acceso al auténtico saber procesal, pues las fuentes de conocimiento del proceso penal en lengua alemana son para España las más importantes desde hace siglos. También desprecia el francés porque, mal aconsejado, entiende que los franceses ya han dicho todo lo que tenían que decir en el proceso penal. Sólo queda el inglés, por el que manifiestan una adhesión y apego sin precedentes, asumiéndolo como única lengua foránea que vale la pena aprender. Es la lengua franca de hoy y del futuro, nada que se publique en lengua distinta al inglés tiene posibilidades de éxito.

Craso error. Los anglosajones desprecian, generalmente, la ciencia jurídica continental europea, nos consideran países inquisitivos, cuya Justicia penal es incapaz de llegar a una sentencia justa, o al menos tan justa como las que se logran con el sistema adversarial. Aunque tiene su propia sistemática y dogmática, son muy alejadas de la alemana, italiana o española. De hecho, los procesos penales anglosajones y el alemán o el español son absolutamente distintos, de momento. Mientras en Europa continental nos hemos preocupado, partiendo de la ley, de construir un sólido edificio empezando por los cimientos y acabando por el techo, de forma lógica y ordenada, el mundo anglosajón lo ha ido construyendo poco a poco partiendo de la realidad, es decir, de los casos que ha tenido que resolver su judicatura, no importando si antes de instalar la base de cemento de la casa se plantaban árboles en donde deberá ir el jardín. El proceso penal adversarial anglosajón es muy distinto al proceso penal reformado o acusatorio mixto revolucionario francés, lo que obliga a extremar las medidas de precaución comparatistas. Y, lo que es más importante, tiene en la actualidad tantas debilidades (Jurado, justicia negociada, víctima del delito, mediación, etc.), que dudo mucho que nos sirva para algo más que para conocer su existencia.

Pero para llegar a estas conclusiones hay que saber inglés, hay que saber inglés jurídico y hay que haber traducido un libro, un artículo, una ley (las *Federal Rules of Criminal Procedure*, por ejemplo, o las *Federal Rules of Evidence*), o una sentencia importante. Sin embargo, ¿qué pocas traducciones existen del ámbito del sistema procesal penal anglosajón? Algunas se han hecho indirectamente de

la versión italiana francesa o alemana de libros escritos en inglés³², pero comparado con las traducciones al español que existen del alemán o del italiano, qué poco material existe de buenas monografías en inglés³³. La excusa que se suele dar de que no traduzco porque ya sé perfectamente inglés no nos sirve, porque en nuestro medio no basta con afirmarlo, hay que demostrarlo.

Sin embargo, traducciones de libros como el manual de GOLDSCHMIDT, o el manual de JESCHECK³⁴, hechas por autores que sí saben alemán jurídico y muy bien, demuestran su enorme utilidad.

La traducción por ello, estimado joven investigador, vale la pena. Es el test de confiabilidad previo para demostrar a la sociedad jurídica que dominas una lengua extranjera y que, si lo superas, puedes lanzarte para siempre ya a comparar con base rigurosa, cierta y segura.

VII. POSIBLES PELIGROS

Finalmente, el devenir por la senda comparatista no es siempre un camino seguro. Acechan peligros. Antes lo he afirmado cáusticamente, ahora afirmo que el estudio de sistemas jurídicos extranjeros, de su proceso civil o de su proceso penal, o de instituciones concretas de los mismos puede hacerse de tres formas distintas, todas ellas recomendables para quienes empiezan a moverse en este mundo:

a) Una primera posibilidad es, sencillamente, describir cómo es el proceso o la institución objeto de investigación en España en el país o países que se quiere ampliar. Tiene la ventaja de que así se conoce, en un apartado específico, cómo está organizada jurídicamente esa institución.

³² Por ejemplo, la traducción de GASCÓN INCHAUSTI del libro de HAZARD y TARUFFO (2006), "La justicia civil en los Estados Unidos", Ed. Aranzadi, Pamplona, tomada de la versión italiana y no del original en inglés.

³³ Destaco la traducción de FIDALGO GALLARDO del libro de PIZZI, W. (1999), *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal estadounidense*, Ed. Tecnos, Madrid.

³⁴ El primero, traducción efectuada por PRIETO-CASTRO del manual "Derecho Procesal Civil", de James GOLDSCHMIDT, en 1936 (Ed. Labor, Barcelona); y el segundo, traducción efectuada por MUÑOZ CONDE y MIR PUIG del "Tratado de derecho penal: Parte general", de Hans-Heinrich JESCHECK en 1981 (Ed. Bosch, Barcelona).

Por ejemplo, al doctorando español le interesa conocer, en una investigación española sobre la víctima del delito, qué régimen jurídico tiene la misma víctima del delito, en un país o en varios países extranjeros, de manera separada, sin mezclar con el estudio español³⁵.

Esta manera de utilizar el Derecho comparado es sólo útil si la comparación pone de manifiesto las semejanzas y las diferencias entre los sistemas comparados, y sólo también si se hace desde un punto de vista crítico, no únicamente descriptivo o informativo.

En otro caso, hay un peligro evidente: Comparar para copiar, del que todo comparatista debe huir siempre. Nadie debe comparar para trasladar sin más la institución al país de origen del investigador, cuyo sistema jurídico constituye su principal base de estudio, docencia e investigación. No sirve para nada, porque para que tenga éxito debe comprobarse antes que el sistema extranjero analizado funcionará en el país de destino. Nuestra historia jurídica demuestra, con creces, que las instituciones extranjeras que se copian para España sólo han funcionado si se despojan en origen de sus fracasos y debilidades y se fortalecen en destino con lo que está funcionando bien, con lo cual en realidad han dejado de ser una copia, porque se ha hecho un análisis crítico³⁶.

Pero copiar no es el único peligro. Hay una cierta tendencia si sólo se cuenta lo que pasa en otro país a informar asépticamente, y eso no es bueno. Es como decir que en Alemania también hay tribunales y que en ellos se resuelven los conflictos de la gente como en España. En suma, se da pura información, sin análisis crítico alguno, inútil en sí misma.

³⁵ Esta modalidad, en su forma crítica constructiva, la he utilizado en mi libro GÓMEZ COLOMER, J.L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito* (2ª ed.), Ed. Aranzadi, Pamplona 2015, en donde comparo la situación española con la de Estados Unidos (pp. 41 y ss.), Alemania (pp. 131 y ss.), e Italia (pp. 154 y ss.); también en mi libro GÓMEZ COLOMER, J.L., *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, Ed. Librería Bosch, Barcelona 1988, trato Alemania (pp. 23 y ss.), e Italia (pp. 51 y ss.), comparativamente con España.

³⁶ La importación de procedimientos acelerados para acortar la extraordinaria duración del proceso penal español sería el mejor ejemplo, v. los *speedy trials*, los *Schnellverfahren* y el procedimiento abreviatio, respectivamente en los sistemas estadounidense, alemán e italiano. Ni allí funcionan como procesos rápidos, teniendo en algún caso un sentido completamente diferente al conceptual, ni por supuesto en España tampoco.

También es preocupante constatar en quienes sólo copian la ignorancia de lo que están copiando, porque al preocuparse sólo del trasplante ignoran las razones y fundamentos de lo que van a trasplantar, con lo cual su aportación es absolutamente negativa al no poder explicar su decisión. Suele darse en quienes disponen de poco tiempo y necesitan a toda costa "méritos" y, sobre todo, en quienes no dominan el lenguaje jurídico del idioma en que está redactado el texto a copiar y traducen intuitivamente sin rigor conceptual alguno. Al final lo que sucede con estos pésimos comparatistas es que contribuyen a romper con la tradición interna, probablemente mejor que la comparada, y a perder cualquier capacidad crítica, tan importante en una buena comparación³⁷.

b) Una segunda posibilidad es, dentro del esquema o índice de los temas a tratar en el Derecho español, ir incorporando oportunamente cada aspecto del Derecho comparado que interesa comentar críticamente, bien porque es igual, bien porque es diferente a la regulación española.

Este método es más fructífero que el anterior, aunque no siempre es posible. Si lo es, permite ser más profundo, más crítico y hallar una mejora de la regulación más fácilmente, porque lo que interesa, siguiendo con el ejemplo, no es conocer la regulación de la víctima en Alemania, sino si la víctima del delito puede obtener la reparación del daño sufrido acumulando en un mismo procedimiento su acción civil a la penal o, al contrario, no es posible. El estudio particularizado de esta sola cuestión llevará a una comprensión exacta de las razones por las que el ordenamiento alemán y el español son distintos, cuál es la práctica respectiva, cómo es el grado de satisfacción jurídico y social y en qué aspectos concretos puede mejorarse lo que funcione mal.

Pero tiene un peligro, la dispersión conceptual. Si desgranamos la institución en varios subapartados mezclados con los que constituyen el objeto principal de nuestra investigación, difícilmente tendremos una idea completa y exacta de la misma.

c) Finalmente, también comparamos cuando analizamos el sistema del país extranjero íntegramente, sin comparar con tu país, sin perjuicio de alguna nota aclaratoria. La opción es muy buena, porque implica meterte en el núcleo

³⁷ Vide GASCÓN INCHAUSTI (2018), p. 1024.

jurídico del país a comparar, elaborando un manual como si fueses profesor en una universidad del país extranjero a comparar y en ella lo tuvieras que explicar, cuando en realidad es un libro de consulta, muy útil, pero para nacionales de país distinto al investigado. Al ser obra de tu propia construcción, tú decides qué trabajas, no ha decidido otro por ti escribiendo el libro a traducir³⁸.

Los frutos de esta modalidad son extraordinariamente rentables desde el punto de vista científico. Si tu obra está bien hecha, puede ser un texto de referencia de por vida³⁹. Pero ahí está el peligro, pues debe estar muy bien hecha y al no haber estudiado ese sistema en la universidad y no ser nacional del país en el que rige la ley que da base al mismo, hay un riesgo elevadísimo de no entender bien conceptualmente alguna institución transversal, de leerla equivocadamente, o de traducirla mal y cometer un error garrafal, que también perdurará de por vida.

VIII. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL: SU VALOR ACTUAL ES IMPAGABLE

Hasta aquí, querido joven investigador, mis breves palabras. Me gustaría terminar mi exposición dándole unos consejos, a manera de resumen. Si quiere iniciarse en el atractivo y gratificante mundo del Derecho comparado:

1º) Conozca muy bien su sistema jurídico y acierte con su tema de tesis o de investigación.

³⁸ GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Ed. Bosch, Barcelona 1985, en donde comencé explicando el proceso penal alemán en más de 200 páginas, a continuación traduje la StPO alemana y sus leyes complementarias más importantes, luego elaboré un índice que fuera realmente útil para el lector de habla hispana, y finalmente consigné un diccionario técnico germano-español. Una obra de 630 páginas que trabajé en solitario y que me costó 5 años de a veces muy difícil trabajo. En el prólogo a esta obra, JESCHECK (1985) destaca su ostensible valor como fundamento del Derecho comparado. Muchos años después hice lo mismo con el sistema procesal penal americano, pero ya ayudado de un potente equipo investigador, todos ellos excelentes comparatistas, v. GÓMEZ COLOMER, J.L. (Coord.), *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013, *passim*.

³⁹ Como sucede con la traducción de la *Zivilprozessordnung* alemana hecha por PRIETO-CASTRO en el manual de GOLDSCHMIDT, cit., pp. 775 y ss., probablemente la mejor traducción jurídico-procesal del alemán escrita hasta la fecha.

2º) Estudie el sistema, proceso o institución extranjera que quiera investigar como si fuera un nacional del país afectado que está empezando la carrera.

3º) Conozca muy bien la lengua o lenguas del país o países que quiere estudiar, no sólo la coloquial, sino sobre todo y también la jurídica.

4º) Traduzca algo interesante para chequear previamente su valía.

5º) Analice críticamente su sistema, proceso o institución y haga lo mismo con la extranjera.

6º) Ni copie ni se limite a dar información cuando compare.

7º) Si la comparación no beneficia a España, olvídela, no interesa.

Bibliografía

AMBOS, K. (2018), *Estado y futuro del Derecho comparado*, Revista Penal, núm. 41, pp. 5-26.

ESER, A. (2002), *Funzioni. Metodi e Limiti della Ricerca in Diritto Penale Comparato*, Diritto Penale, XXI secolo, vol. 1, pp. 1-37.

FERRER MAC-GREGOR, E. (2009), *Mauro Cappelletti y el Derecho Procesal Constitucional y Comparado*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 13, pp. 267-305.

FIKENTSCHER, W. (1975-1977), *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, 5 tomos, Ed. Mohr, Tübingen.

GASCÓN INCHAUSTI, F. (2018), "Metodología comparada y Derecho Procesal: Algunas consideraciones y propuestas", en Cachón-Franco, *Derecho y Proceso. Liber amicorum del Profesor Francisco Ramos Méndez*, Ed. Atelier, Barcelona, vol. II, pp. 999-1025.

- HOECKE, M. VAN (2006), *Methodology of Comparative Legal Research*, Law and Method, pp. 1-39.
- JESCHECK, H.H. (1979), "Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Strafrechtsreform", en Kaufmann-Bemmann-Krauss-Volk, *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, Ed. C.H. Beck, München, pp. 133-154.
- JESCHECK, H.H. (1985), "Prólogo" a GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán, Introducción y normas básicas*, Ed. Bosch, Barcelona, pp. 7-10.
- JUNG, H. (1998), *Grundfragen der Strafrechtsvergleichung*, JuS, pp. 1-7.
- LOIS ESTÉVEZ, J. (1956), *Sobre el concepto de "Naturaleza jurídica"*, Anuario de filosofía del derecho, N° 4, pp. 159-182.
- MICHAELS, R. (2006), *The Functional Method of Comparative Law*, en Mathias Reimann / Reinhard Zimmermann (Eds.), "The Oxford Handbook of Comparative Law", Ed. Oxford University Press, Oxford, pp. 339-382.
- MORÁN, G.M. (2002), *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 da Universidade da Coruña, núm. 6, 2002, pp. 501-529.
- ORTEGA Y GASSET, J. (1983), "Miseria y esplendor de la traducción", ensayo publicado en varios ejemplares del Diario La Nación (Buenos Aires), entre mayo-junio 1937; y en *Obras Completas*, vol. V, Ed. Revista de Occidente, Madrid, pp. 431-452. Aquí se cita la versión de 2013 de *Scientia Traductionis*, núm. 13, pp. 5-50.
- RABEL, E. (1967), *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, en Hans G. LESER (Hrsg.), *Rabel Ernst, Gesammelte Aufsätze*, Ed. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, Band III, pp. 1-21.
- RHEINSTEIN, M. (1968), *Comparative Law – Its Functions, Methods and Usages*, *Arkansas Law Review*, núm. 22, pp. 414-425.

RUSCH, A.F. (2006), *Methoden und Ziele der Rechtsvergleichung*, Jusletter 13 Februar 2006, pp. 1-11.

SOMMA, A. (2004), *Giochi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 109, pp. 169-205.

SOMMA, A. (2015), *Introducción al Derecho comparado* (trad. Conde Naranjo), Ed. Universidad Carlos III, Madrid.

ZWEIGERT, K. / KÖTZ, H. (1996), *Einführung in die Rechtsvergleichung* (3ª. ed.), Ed. JCB Mohr, Tübingen.