

Los problemas fundamentales del Derecho comparado en la obra del profesor Castán Tobeñas

Las enseñanzas comparatistas de CASTÁN cobran nuevo valor en nuestros días. Si sus tres trabajos monográficos extensos sobre el Derecho comparado —*Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental* (1957), *Reflexiones sobre el Derecho comparado y el método comparativo* (1957) y *Horizontes actuales de la unificación supranacional del derecho* (1958)— aparecen en una época en que, como el mismo CASTÁN advierte (1), el Derecho comparado es «la disciplina jurídica de moda», la época actual de España, que tiene como uno de los rasgos políticos y jurídicos más acusados la incorporación a las Comunidades europeas, ha situado la función del Derecho comparado por encima de la tarea que haya podido corresponderle en cualquier época pasada. El Derecho comunitario —ha escrito Ernst D. Hirsch (2)— ha hecho que el Derecho comparado deje de ser una corriente vaga, idealista y utópica para convertirse en un instrumento de evolución.

El Derecho comparado sirve hoy, en el ámbito de las Comunidades europeas, como medio insustituible para la elaboración de los textos de Derecho derivado (3) y como instrumento interpretativo en las decisiones judiciales (4), pero sirve especialmente, en la esfera del legislador nacional,

(1) *Reflexiones sobre el Derecho comparado y el método comparativo*, «RGLJ», noviembre de 1957, pág. 579. Páginas atrás había afirmado, con cierta ironía, que el Derecho comparado constituye más que «una viva preocupación, casi podríamos decir, un delirio para la ciencia jurídica actual» (*Reflexiones...*, *RGLJ*, septiembre de 1957, pág. 57).

(2) ERNST D. HIRSCH, *Besinnung auf Rechtsvergleichung*, en *Inchieste di diritto comparato*, dir. por M. ROTONDI, Milán 1973, pág. 373.

(3) Sobre la fase preparatoria de los textos de Derecho derivado, que se desarrolla en el seno de la Comisión, y la función que en ella cumple el Derecho comparado, puede verse J. PAU PEDRÓN, *El proceso formativo del Derecho comunitario derivado*, Madrid 1988, pág. 37.

(4) La interpretación, y en mayor medida la integración de los Tratados en base a

para orientar las reformas que acogen textos comunitarios necesitados de desarrollo —concretamente para la llamada trasposición de directivas y para la concreción de aquellas cuestiones que los reglamentos comunitarios dejan al arbitrio de las legislaciones internas— (5).

Esta importante función que hoy corresponde al Derecho comparado no coincide con un auge de los estudios comparatistas. El impulso que imprimió CASTÁN TOBEÑAS a esos estudios —no sólo a través de su obra, sino también a través de su decisiva participación personal en la organización del I Congreso Internacional de Derecho comparado (Barcelona 1956), y de su presidencia del Comité español de la «Asociación Internacional des Sciences Juridiques» y el Grupo español de la «Asociación Herni Capitant»— sólo se ha visto continuado por actividades y estudios aislados e individuales. La razón de este abandono casi absoluto de los estudios de Derecho comparado se ha debido a un cambio —consciente o inconsciente— en la mentalidad de los juristas: se ha dejado de hacer ciencia comparada, pero se ha acudido sin interrupción al método comparativo. La doctrina se ha sentido desanimada —cuando no se ha manifestado abiertamente contraria— al tratamiento de los grandes capítulos tradicionales del Derecho comparado —la ordenación de los sistemas jurídicos, las vías de la unificación jurídica supranacional—. Pero ninguna monografía deja de analizar las figuras análogas de los Derechos extranjeros antes de exponer el régimen jurídico del propio Derecho, o de exponer las soluciones adoptadas en las legislaciones vecinas antes de proponer una conclusión determinada.

Sin embargo, este es, sin duda, un momento propicio para reiniciar —estimulados por la exigencia de análisis comparativos que impone el Derecho comunitario— el estudio del Derecho comparado. Quizá el camino no deba ser el mismo que el andado a mediados de siglo, porque la crítica posterior ha demostrado —como luego veremos— que los intentos perseguidos con tanto ahínco —una sistematización global de las familias jurídicas y una manifestación universal del Derecho— eran tareas imposibles, cuando no inconvenientes. Es posible que la nueva orientación haya de ser —reconociendo el valor metodológico del Derecho compara-

los Ordenamientos de los Estados miembros, a través de los llamados principios generales del Derecho comunes a los Estados, se examinaen R. ALONSO GARGÍA, *Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo*, Madrid 1989, pág. 250.

(5) Esta función del Derecho comparado se acrecienta para los Estados que se van adhiriendo a la Comunidad y han de incorporar el llamado acervo comunitario que los demás estados ya han trasladado a su Ordenamiento. El estudio comparado de los criterios de transposición es un instrumento extraordinariamente valioso: téngase en cuenta que se trata de incorporar unas mismas reglas, y que los Estados que ya eran miembros con anterioridad han participado en su elaboración.

do— la de formular una «teoría del método»— una *Methodenlehre*, al estilo germánico—, en lugar de elaborar una ciencia, que pugna dificultosamente desde hace un siglo por buscarse un ámbito propio.

A la luz de esta evolución truncada de los estudios comparatistas se percibe con claridad el valor de las aportaciones doctrinales de CASTÁN TOBEÑAS. No sólo constituyen el engarce histórico inmediato de todo estudio actual sobre la materia, sino que aportan un pensamiento sistemático sobre los temas básicos del Derecho comparado. Para el estudio de la concepción comparatista, articulada y profunda, del profesor CASTÁN, cabe diferenciar —con el riesgo cierto de no reproducir la imagen unitaria y coherente de su doctrina— los siguientes problemas fundamentales del Derecho comparado: *a)* los presupuestos de ese Derecho; *b)* su naturaleza —la disyuntiva tradicional entre su concepción como ciencia o como método—; *c)* los rasgos que le caracterizan como ciencia y los fines que le corresponden como método —presupuesta la concepción sincrética de CASTÁN sobre la naturaleza del Derecho comparado—; *d)* los fines del Derecho comparado —y entre ellos la disyuntiva entre la unificación o la armonización jurídica—; *e)* y, por último, la ordenación de los sistemas jurídicos, con la determinación de los criterios de clasificación y la concreción de los rasgos del sistema jurídico occidental.

La visión humanista del Derecho que profesa CASTÁN le lleva a considerar —siguiendo a Del Vecchio— que el presupuesto de todo estudio comparatista radica en la *unidad esencial de la naturaleza humana* (6). De este presupuesto deduce además diversas consecuencias para el Derecho comparado. En primer lugar, la ausencia de límites en su objeto: «todas las legislaciones, muertas o vivas» (7) pueden ser objeto de comparación, porque todas responden a exigencias de la naturaleza común de los hombres, cualquiera que hayan sido las circunstancias geográficas y cronológicas en que aquéllos hayan vivido. Razones prácticas aconsejan reducir los estudios comparativos a sólo determinados sistemas jurídicos, pero «en principio, sin embargo, no hay razón para limitar el campo del Derecho comparado a los sistemas afines, excluyendo la posibilidad teórica de una ciencia del Derecho positivo comparado universal» (8).

Una segunda consecuencia de ese fundamento en que se apoya la comparación jurídica es el fenómeno de la *comunicabilidad del Derecho* (9); la «coincidencia natural» de las legislaciones permite las

(6) *Reflexiones*, pág. 568; *Horizonte*, pág. 396.

(7) *Reflexiones*, pág. 543.

(8) *Reflexiones*, pág. 545.

(9) *Reflexiones*, pág. 568.

«influencias históricas» (10). Y la tercera consecuencia del sustrato natural común de todas las manifestaciones jurídicas la encuentra CASTÁN en el hecho de que las diferencias entre los sistemas jurídicos sean, en general, *de mera técnica y más aparentes que reales* (11).

Ahora bien, de la existencia de ese sustrato natural común de toda manifestación jurídica no puede deducirse, a juicio de CASTÁN, que el Derecho comparado pueda valer como un sustitutivo del Derecho natural. Con esta consideración se opone CASTÁN a un importante sector de comparatistas que, pretendiendo trascender el positivismo, sólo desembocan en otro positivismo de base más amplia. La propia investigación comparativista aparece —o al menos reraparece, en sus manifestaciones de principios de este siglo— «dentro de la tendencia de desbordamiento, si no del derecho positivo, sí de “un” derecho positivo», como ha advertido HERNÁNDEZ GIL (12); y la máxima ambición que ha perseguido el Derecho comparado ha consistido, según el mismo autor, en erigirse en un sustitutivo de la especulación filosófica. CASTÁN niega que el Derecho comparado pueda ir más allá del mejor conocimiento de una pluralidad de ordenamientos jurídicos, y afirma, con SAUER, que «aun cuando fuese posible conocer al detalle todos los Derechos de las edades pretéritas y todos los órdenes jurídicos de la actualidad, no supondría esto en modo alguno que se conocía el Derecho en sí, la esencia, el valor, la misión del Derecho. Lo único conocido sería lo que algunos, varios, muchos órdenes jurídicos han hecho valer como Derecho (13).

Este fundamento de la *común naturaleza* en que tanto DEL VECCHIO como CASTÁN basan todo posible estudio comparativo ha sido retirado, en términos diversos, por los autores posteriores. RECASÉNS-SICHES ha hablado de «un proceso de civilización unitario y homogéneo», de «un caudal jurídico común de la humanidad» (14). ZWEIGERT ha denominado «ley fundamental de la comparación jurídica» (*rechtsvergleichender Grundgesetz*) a la identidad de los problemas vitales que reclaman solución jurídica, por encima del momento histórico y la localización geográfica (15). La consecuencia que se ha sacado modernamente a este funda-

(10) *Horizontes*, pág. 396.

(11) *Reflexiones*, pág. 568.

(12) A. HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Madrid 1988, pág. 676.

(13) *Reflexiones*, pág. 574.

(14) L. RECASÉNS-SICHES, “Los métodos sociológicos en el Derecho comparado”, en *Inchieste*, cit., pág. 537.

(15) K. ZWEIGERT, Die «preasumptio similitudinis» als *Grundsatzvermutung rechtsvergleichender Methode*, *ibidem*, pág. 737. Y añade más adelante «so stellt man hier immer wieder fest, dass gleiche Bedürfnisse des Rechtsverkehrs in allen entwickelten Rechtsordnungen der Welt auf gleich oder sehr ähnliche Weise gelöst werden».

mente del Derecho comparado es la semejanza de las soluciones jurídicas, lo que Ancel ha llamado *la equivalencia de las instituciones* (16) ZWEIGERT la *presumptio similitudinis* (17) y LARENZ la respuesta similar a problemas generales (18).

La cuestión de si el Derecho comparado tiene el carácter de ciencia o de método —cuestión con que se inicia tradicionalmente toda obra comparatista— es objeto de extensa consideración por parte de CASTÁN, aunque concluya con la afirmación de que se trata de una logomaquia (19), se manifieste inclinado a adoptar una posición integradora (20) y deje trasluciren algún momento una velada inclinación por considerar el comparatismo como método (21).

Se ha escrito con reiteración que el debate sobre la naturaleza del Derecho comparado ha sido y sigue siendo estéril, pero hay que matizar, con CONSTANTINESCO, que «el reproche de esterilidad ha de aplicarse a la forma en que se ha llevado a cabo la controversia y no al problema debatido en sí» (22). La diferencia entre la ciencia autónoma y el simple método de investigación radica en el objeto: la ciencia autónoma tiene un objeto propio, mientras el método es un instrumento para analizar el objeto de cualquier ciencia. Pero este criterio, que podría servir para determinar la naturaleza del Derecho comparado, ha suscitado también debate en la doctrina. GUTTERIDGE afirma que el Derecho comparado carece de objeto propio: no hay un conjunto de normas que sean Derecho comparado, como puede haber un Derecho de familia o un Derecho marítimo. Pero a esta objeción se ha respondido que la autonomía de una disciplina jurídica es independiente de que verse sobre una porción concreta del Derecho positivo; la historia del Derecho, la filosofía del Derecho, la sociología jurídica y la teoría general del Derecho carecen de un ámbito normativo propio, y no se discute su naturaleza científica (23).

(16) M. ANCEL, *Utilità a metodi del diritto comparato. Elementi d'introduzione generale allo studio comparato dei diritti*, Camerino 1974.

(17) K. ZWEIGERT, *op. cit.*, pág. 738.

(18) K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin 1979, pág. 169: «Darauf, dass die Lösungen einer positiven Rechtsordnung häufig Antworten auf allgemeine Rechtsprobleme sind, die sich in gleicher oder vergleichbarer Weise allen oder den meisten Rechtsordnungen stellen, beruht die Möglichkeit und die Fruchtbarkeit rechtsvergleichender Untersuchungen».

(19) *Reflexiones*, pág. 555.

(20) *Reflexiones*, pág. 559.

(21) *Reflexiones*, pág. 282.

(22) L. J. CONSTANTINESCO, *Tratado de Derecho comparado*, Madrid 1981, vol. I, pág. 275.

(23) Una exposición extensa del debate puede verse en CONSTANTINESCO, *ibidem*, pág. 277 y ss.

La posición de CASTÁN tiene particular interés. Desde el pluralismo integrador que, como ha indicado HERNÁNDEZ GIL, caracteriza su fisonomía mental y científica, CASTÁN se esfuerza por buscar la compatibilidad de los conceptos. El Derecho comparado es, a su juicio, ciencia y método. Pero su posición no es de un sincretismo simplista, como pudiera ser la de otros cultivadores del Derecho comparado —WEISS, DÖLLE o SAUSER-HALL—, sino una postura matizada, con la que entronca el criterio que años más tarde mantendría el gran comparatista yugoslavo BORISLAV BLAGOJEVIC (24). Para CASTÁN, la comparación es, en principio, un método, «un instrumento adecuado para el conocimiento y la ilustración de un determinado Derecho positivo». Pero puede alcanzar también la categoría de ciencia cuando se propone «plantear y resolver problemas que trascienden de un particular Derecho positivo para abrazar diversos ordenamientos jurídicos y obtener la visión de sus recíprocas relaciones y de las leyes que gobiernan su desenvolvimiento». No obstante, su preferente consideración del Derecho comparado como método se pone de manifiesto cuando, admitiendo que pueda adoptarse este criterio mayoritariamente acogido en la doctrina, afirma que «ese método ha de ser un método riguroso, especial y apropiado a la investigación comparativa».

Admitido pues que el Derecho comparado pueda ser ciencia o método, se plantea CASTÁN los rasgos que caracterizan a la primera y los fines que ha de perseguir el segundo. La cuestión que plantea la consideración del Derecho comparado como ciencia es la de su carácter descriptivo o constructivo. Anticipo que, para CASTÁN, el objeto del Derecho comparado como ciencia es «el estudio comparado de los sistemas jurídicos existentes» (25), «la distinción y cotejo de los sistemas jurídicos, considerados como unidades culturales» (26), lo que los modernos comparatistas llaman macrocomparación.

Puede afirmarse que, para CASTÁN, la función de la Ciencia compara-

(24) Mantiene BLAGOJEVIC, *La méthode comparative juridique*, en *Inchieste*, cit., pág. 37: «la possibilité, certes, plutôt exceptionnelle en pratique, de voir le "droit comparé" devenir une nouvelle partie indépendante de la science juridique, au lieu d'être, como c'est régulièrement le cas, une méthode d'observation et d'étude des institutions juridiques qui font déjà l'objet d'autres disciplines juridiques...». Reconoce, sin embargo, la especial complejidad del método comparado, y plantea la necesidad de elaborar una «méthodologie de la méthode comparative». La posición de BLAGOJEVIC ha sido duramente rechazada por CONSTANTINESCO, *Tratado*, cit., pág. 302, que la califica como «una simple pirueta en la superficie del problema», crítica, a mi juicio, desafortunada. El *novum* suficiente que reclama BLAGOJEVIC no ha aparecido aún, lo que se manifiesta especialmente si se tienen en cuenta las reservas que la moderna doctrina comparatista ha opuesto a los intentos de sistematización global de los ordenamientos jurídicos, a las que más adelante nos referiremos.

(25) *Reflexiones*, pág. 558.

(26) *Los sistemas jurídicos*, pág. 16.

tiva tiene un carácter marcadamente descriptivo. Sistematizando las funciones que le atribuye a lo largo de las muchas páginas dedicadas a la materia, cabe concretarlas en las tres siguientes: en primer lugar, una función cultural; el Derecho comparado «elevada el nivel de los estudios jurídicos», «devuelve al Derecho el carácter de ciencia universal que tuvo en otros tiempos y nunca debió perder» (27). En segundo lugar, una función de cohesión humana —y esta es una de las ideas que, con distintas formulaciones, aparece con mayor insistencia en la obra de CASTÁN—; el Derecho comparado «es uno de los instrumentos más eficaces para ir desarrollando en los pueblos el ambiente de cooperación internacional», afirma en sus palabras de apertura del Congreso Internacional de Derecho Comparado de Barcelona; el Derecho comparado «facilita una mejor comprensión entre los pueblos», escribe al frente del Diccionario jurídico de Jornada de POZAS y merlián; el Derecho comparado «engendra una mejor comprensión entre los pueblos y contribuye, en definitiva, al fortalecimiento de la paz», afirma en el discurso de apertura de los Tribunales del año 1957. En tercer lugar, tiene la ciencia del Derecho comparado una función histórica, pues sirve «para reconstruir un sistema jurídico utilizando los elementos que proporciona un ordenamiento con el cual esté aquél íntimamente emparentado» (28). Esta función del Derecho comparado ha sido defendida y aplicada por los modernos comparatistas: pero ha sido el civilista belga RENÉ DEKKERS el que ha sostenido su defensa más brillante, en el estudio que titula «Osteología jurídica» (29), que comienza con estas sugestivas palabras: «Con la ayuda de un fragmento de tibia, un zoólogo experimentado les reconstruirá un mamut. Con la ayuda de un fragmento de costumbre, un comparatista experimentado debería poder reconstruir el Derecho de un pueblo desaparecido». Y esta afirmación la prueba con diversos ejemplos prácticos y con una valiosa teoría general sobre esta función histórica del Derecho comparado.

Aunque esta concepción descriptiva del Derecho comparado que mantiene CASTÁN ha sido reiterada por los modernos comparatistas —como CONSTANTINESCO, que afirma que «en la macrocomparación el objetivo sólo puede ser teórico y científico», porque «el objetivo de la macrocomparación es el de precisar las estructuras comunes a varios órdenes jurídicos, su parentesco tipológico y, por él, deducir las familias y los sistemas jurídicos» (30)— algún autor ha puesto de relieve la función práctica que debe proporcionar la ordenación de esos sistemas jurídicos: servir de refe-

(27) *Reflexiones*, pág. 540.

(28) *Reflexiones*, pág. 535.

(29) R. DEKKERS, *Ostéologie juridique*, en *Ichieste*, cit., pág. 105.

(30) CONSTANTINESCO, *Tratado*, cit., pág. 316.

rencia constante a los estudios particularizados de instituciones, reglas jurídicas o problemas concretos. Sólo con una valoración global del sistema pueden entenderse adecuadamente cada una de las normas y figuras que lo integran. BORISLAV BLAGOJEVIC ha formulado rigurosamente esta idea a través de una regla negativa de comparación: ninguna institución jurídica concreta, por reducida que sea, puede ser apreciada en su justo valor, ni, por esta razón, comparada, sino en el contexto y a la luz del conjunto del sistema jurídico del que forma parte y del que contiene las características esenciales (31).

El problema del fin del Derecho comparado ha sido analizado por CASTÁN con detenimiento. Una de sus monografías comparatistas está destinada íntegramente a esta cuestión; se trata del estudio, escrito para el homenaje a D. NICOLÁS PÉREZ SERRANO, que titula «Horizontes actuales de la unificación supranacional». El problema del fin del Derecho comparado se ha planteado tradicionalmente en términos disyuntivos: o unificación jurídica o armonización. CASTÁN constata el fracaso de las tesis que podríamos considerar clásica: la unificación más rigurosa, la unificación legislativa. En las «Reflexiones sobre el Derecho comparado» escribe: «se esperaba que el Derecho comparado pudiera servir... a los fines de la unificación del Derecho... Durante mucho tiempo y hasta fechas bastante reciente, los comparatistas tuvieron como principal finalidad de sus estudios, y cuando menos como aspiración remota, la unificación internacional en la esfera del Derecho privado... (32).

La unificación legislativa la considera, por otro lado, ineficaz. Aunar las leyes es una tarea inútil si su interpretación jurisprudencial y su aplicación práctica son divergentes. Recordando la acertada frase de un civilista francés afirma CASTÁN que «la unificación es una tela de Penélope que los juristas tejen de día y los pueblos destejen de noche» (33).

Pero la unificación del Derecho no es sólo la víctima de un fracaso histórico, sino que entraña en sí misma una contradicción esencial: «el Derecho no es una obra abstracta de habilidad legislativa», sino «un producto histórico»; cada uno de los sistemas jurídicos del mundo es «hijo de las tradiciones, de las necesidades y del modo de ser de las diversas naciones» (34). De ahí que deba abandonarse la aspiración de uniformidad absoluta, y sea preferible pensar en «fórmulas atenuadas de aproximación». Con frase rotunda afirma que el objetivo a lograr es «la armonización necesaria para atender a los fines prácticos que impongan los comunes

(31) B. BLAGOJEVIC, *La méthode*, cit., pág. 31.

(32) *Reflexiones*, págs. 533 y 534.

(33) *Horizontes*, pág. 401.

(34) *Horizontes*, págs. 391 y 390.

intereses de los pueblos». No es necesario resaltar que los únicos logros que han podido alcanzarse en la aproximación de las legislaciones nacionales reúnen los dos rasgos que CASTÁN destaca: simple armonización jurídica —no unificación normativa— y finalidad de coordinar los intereses prácticos comunes —no afán teórico o conceptual de aproximar las legislaciones—.

Un nuevo acierto de CASTÁN se manifiesta en su concreción de las materias más propicias a la unificación jurídica: son aquéllas «en que predomina sobre el sentido ético el contenido económico» (35). El año que CASTÁN hace esa afirmación —1957— se crea la institución que ha logrado la más amplia aproximación legislativa: la Comunidad Económica Europea. Como ya anticipa CASTÁN, es precisamente el carácter económico de las materias reguladas lo que ha permitido un grado tan alto y amplio de acercamiento.

Menor es la facilidad de aproximar los Derechos civiles nacionales. No obstante, aquellos sectores de más acusado contenido patrimonial, como el contractual o el inmobiliario, son susceptibles de alguna unificación. Pero, en todo caso, sólo parece posible un acercamiento restringido entre ordenamientos que tengan en común las «dos grandes fuentes inspiradoras»: el Derecho romano, que hará que la técnica jurídica sea semejante, y el Derecho natural, que hará que la orientación jurídica sea común.

Aporta CASTÁN un interesante esquema práctico de aproximación jurídica. Desde mi experiencia de participe en el proceso formativo de las normas comunitarias europeas tengo que constatar la sustancial coincidencia de las fases expuestas por CASTÁN con las seguidas por las instituciones comunitarias. La primera fase es, en terminología de CASTÁN, la «fase preliminar o de exploración»: en ella se emplea el método comparativo para determinar las posibilidades de unificación y, en caso afirmativo, la forma en que tal unificación puede realizarse. La segunda etapa es la de «redacción», que implica la formulación de los proyectos que serán objeto de discusión y de negociación entre los representantes de los Estados miembros. La tercera etapa es la de la «acción»: en ella se redactan las normas uniformes, que habrán de presentarse a los Gobiernos para que sean ratificados por ellos.

CASTÁN vislumbró ya la posibilidad de que, por la vía de la aproximación legislativa, pudiera alcanzarse un mercado de escala continental (36), y que esa unificación económica implicaría una notable unificación política. Y advirtió que esa unidad supranacional habría de ser compatible con la diversidad de naciones (37). Una función del Derecho comparado

(35) *Horizontes*, pág. 403.

(36) y (37) *Horizontes*, pág. 422.

sería la de lograr, simultáneamente, unidad y diversidad: «armonizar las leyes... fijando sólo ciertos resultados a lograr y dejando en libertad a cada país para que los consiga con la técnica que juzgue adecuada» (38). No es necesario resaltar que esta ha sido la función que cumple el instrumento normativo básico de la Comunidad europea: la directiva, que, imponiendo criterios generales, permite a los Estados miembros su concreción.

En el tema de la ordenación de los sistemas jurídicos puede afirmarse que el comparatismo moderno ha llegado a las siguientes conclusiones: primero, que no cabe una sistematización global. No existen entre los sistemas jurídicos rasgos diferenciadores únicos que se extiendan a todo el ámbito de cada uno de ellos. Los rasgos diferenciadores se refieren a ramas jurídicas concretas, y aplicados a ramas distintas dan lugar a una sistematización también distinta (39). El error en que habitualmente se incurre es, en términos retóricos, el de la metonimia: se toma la parte por el todo. Si el rasgo de las fuentes sirve para diferenciar, exclusivamente en el ámbito del Derecho privado, entre «common law» y Derecho continental, esta distinción se generaliza y se presenta como contraposición de sistemas, cuando en el ámbito del Derecho público no existe tal diferenciación. Los autores que se han apercibido del peligro de esta generalización acuden a criterios extrajurídicos para la sistematización global de los sistemas —criterios geográficos, lingüísticos, religiosos, políticos—, pero estos no son, evidentemente, criterios adecuados para diferenciar entre sistemas jurídicos.

La segunda conclusión a que se ha llegado en esta materia es la necesidad de concretar el criterio científico a que deba atenderse para realizar la clasificación tipológica. Los autores han acuñado conceptos y expresiones distintas: «perfil estructural» de los sistemas jurídicos (CONSTANTINESCO), «espíritu y estilo» —*Geist und Stil*— de los sistemas (ZWEIGERT), «figuras clave» —*Schlüsselfigur*— del Ordenamiento (BERNSTEIN), «denominador común» —*Oberbegriff*— (KÖTZ), «modos jurídicos irreductibles y superables» (RECASÉNS SICHES).

La tercera conclusión es que el estudio de los sistemas jurídicos no puede quedarse en un simple estructuralismo, sino que ha de hacer un análisis sociológico de las normas. La crítica que se ha hecho a los estudios tradicionales de Derecho comparado es que su exposición de los sistemas tiene únicamente en cuenta las normas positivas, sin contrastarlas con su aplicación práctica. Los comparatistas anglosajones han puesto de relieve la distancia entre el «law in books» y el «law in action». Junto al texto ha

(38) *Horizontes*, pág. 424.

(39) En este sentido, B. BLAGOJEVIC, *La methode comparative juridique*, cit., pág. 34, y S. ROZMARYN, *Les grandes controverses du droit comparé*, cit., pág. 587.

de valorarse el contexto, la realidad social que ha exigido esta norma y su reacción ante ella una vez promulgada.

Trazadas las grandes líneas entre las que discurre la moderna ordenación sistemática de los Derechos, pueden apreciarse en todo su valor las ideas de CASTÁN sobre este tema, al que dedica una extensa exposición monográfica (40).

CASTÁN se inclina por la sistematización de los Derechos en su conjunto: «cualesquiera que sean las dificultades de la labor comparativa, no debemos renunciar a la clasificación por grupos o familias de los sistemas jurídicos mundiales» (41). Reconoce, sin embargo, que, por un lado, «no se puede llegar en esta materia a resultados absolutamente seguros y que estén libres de objeciones» (42), y por otro, que «la mayor parte de las exposiciones hasta ahora formuladas enfocan, más que el Derecho en general, el Derecho privado» (43).

¿A qué criterio debe atenderse para ordenar los sistemas en su conjunto? No deben tenerse en cuenta las diferencias de técnica jurídica, que nunca constituirán «un foso profundo e infranqueable entre los pueblos» (44). Pero tampoco deben tener en cuenta para realizar la ordenación sistemática criterios extrajurídicos, que son ajenos a la materia que se trata de organizar: han de dejarse a un lado —escribe (45)— las clasificaciones que toman como base la situación geográfica, como si cada división territorial y cada raza, concordada o no con un idioma o familia lingüística, tuviera un Derecho especial. Y hemos de prescindir también de las clasificaciones que adoptan como clave única de agrupación de los sistemas jurídicos el origen histórico de los mismos. La filiación histórica de los pueblos, además de ser muchas veces compleja y difícil de precisar, no siempre es la determinante del desenvolvimiento de las instituciones jurídicas, en el que intervienen muchos otros factores». ¿Dónde puede encontrarse pues el módulo de la clasificación? Entra aquí la aportación original de CASTÁN. Los sistemas jurídicos corresponden a unidades culturales. Los sistemas jurídicos no son elementos aislados de las culturas, sino que forman parte de ella, integran, como un componente más, cada una de las culturas humanas —históricas o presentes—. Por tanto, «la base primordial de la clasificación de los sistemas jurídicos no la han de

(40) *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, discurso de apertura de los Tribunales del año 1956, publicado con nuevas aportaciones en la *RGLJ* el año siguiente. Prueba la vigencia de este estudio el que está próxima a publicarse una nueva edición, anotada por el profesor argentino LÓPEZ CABANAS.

(41) y (42) *Los sistemas jurídicos*, cit., pág. 119.

(43) *Los sistemas jurídicos*, cit., pág. 6.

(44) *Los sistemas jurídicos*, cit., pág. 120.

(45) *Reflexiones*, pág. 282.

proporcionar las coincidencias de cultura». Ahora bien, como el mismo autor reconoce, «la dificultad está en determinar cuáles serán las notas que hayan de caracterizar, a efectos de la clasificación de los sistemas jurídicos, la unidad cultural».

Entiende CASTÁN que la unidad de cultura ha de buscarse en tres diversos campos, que están estrechamente entrelazados: el filosófico, el político y el económico. Y hace a continuación tres matizaciones: primera, que los factores religiosos se anteponen a los económicos y políticos en la configuración de los sistemas jurídicos. Los factores religiosos son, a su juicio, «los que constituyen la expresión ideológica más honda y fundamental de los sistemas jurídicos»; segunda, que no siempre es fácil distinguir el punto de vista ideológico y el punto de vista técnico, y determinar, en consecuencia, que diferencias entre los Derechos obedecen a diferentes concepciones ideológicas o a distintos criterios técnicos; y tercera, que las diferencias técnicas, cuando la tarea que se realiza es la de sistematizar los sistemas jurídicos, han de tenerse en cuenta, si no para trazar los grandes grupos de Derechos, sí para perfilar las subdivisiones secundarias, «que no por secundarias dejarán de ofrecer verdadero interés».

Una exposición de los rasgos que CASTÁN atribuye a cada uno de los sistemas jurídicos haría excesivamente extensa esta exposición, que quiere limitarse a la solución que reciben los problemas fundamentales del Derecho comparado en la obra del maestro. Me limitaré a señalar los principios que, su juicio, perfilan el sistema jurídico occidental: la primacía de los valores espirituales, la consideración de las instituciones bajo un prisma esencialmente civil y la supervivencia de la tradición clásica del Derecho natural.

CASTÁN abordó ya la que antes he enumerado como tercera conclusión de la moderna comparación de sistemas: que el estudio de los sistemas jurídicos no puede quedarse en un simple estructuralismo, sino que ha de hacer un análisis sociológico de las normas. «Es de rigor en el Derecho comparado —escribe en sus Reflexiones (46)— tener en cuenta el aspecto social de las normas jurídicas». Y en otro lugar afirma (47) que el Derecho comparado ha de atender a «la estructura general del Derecho extranjero examinado» y también al «medio social, el ambiente en el que el Derecho extranjero ha de aplicarse, ya que si no se conoce ese ambiente, las reglas de aquel Derecho no podrán aparecer en su verdadera perspectiva». Y, como el mismo advierte, la forma más útil en que el comparatista puede captar el Derecho vivo es con el examen de la jurisprudencia de los Tribunales, «verdadero órgano de ese Derecho vivo».

(46) *Horizontes*, pág. 563.

(47) *Los sistemas jurídicos*, pág. 103.

La actividad de CASTÁN en el ámbito del Derecho comparado no se agota en sus estudios monográficos sobre el tema. Sus aportaciones comparatistas se encuentran también en otros dos ámbitos: el primero de ellos es su tratado de Derecho civil. En él aparece el Derecho comparado en su doble función cultural y práctica; es frecuente que tras la evolución histórica de las instituciones aparezca en el tratado su enfoque en otros Derechos de lo que CASTÁN llama el sistema el sistema jurídico occidental —habitualmente el francés, el italiano y el alemán—. Pero también aparece el Derecho comparado como orientación en la interpretación de una norma o como solución lógica y justa a un determinado problema.

El segundo ámbito en que destaca su aportación comparatista es el de la jurisprudencia. Como recuerda DE CASTRO en el discurso pronunciado en la sesión necrológica celebrada en la Real Academia (48), CASTÁN fue nombrado Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo al tiempo que D. JERÓNIMO GONZÁLEZ. Y desde entonces, advierte DE CASTRO, las sentencias toman un tinte más doctrinal, atendiendo a las teorías más modernas de la ciencia jurídica, muchas veces elaboradas por autores extranjeros. Dándose el caso, creo que único en nuestra casación, de citarse en un considerando el nombre de un autor, y éste el de un autor extranjero».

Pero la lección de CASTÁN en el ámbito del Derecho comparado va más allá de su enseñanza puramente científica, de su acierto al resolver los problemas fundamentales de ese Derecho. El legado vivo de CASTÁN a los compartistas es el estímulo al estudio de los Derechos iberoamericanos y al Derecho foral. «El Derecho comparado —escribió— tiene para nosotros, sobre todo, la misión de servir los intereses y los diales de la comunidad hispánica de naciones. Un jurista español ha de sentir gran predilección por el estudio de las legislaciones iberoamericanas cotejadas con nuestro Derecho patrio» (49). Y en otro lugar añade: «Los juristas españoles, vinculados por tradición constante a una concepción universalista del Derecho, hemos de aportar nuestra contribución y nuestro esfuerzo a la realización de la idea de un Derecho común iberoamericano (50).

CASTÁN ha puesto igualmente de relieve que la coexistencia en el territorio español de diversas legislaciones impone al jurista español una

(48) DE CASTRO, *Don José de Castán y el Derecho comparado y el internacional*, discurso pronunciado en la Sesión Necrológica en honor de su Presidente Excmo. señor don José Castán Toboñas, Madrid 1969, pág. 4.

(49) *Reflexiones*, pág. 581.

(50) *Horizontes*, pág. 423. El autor repite estas ideas en otros escritos, y de manera especial en su discurso de clausura del I Congreso Ibero-Americano y Filipino de Derecho procesal, recogido en las Actas publicadas por el IEDP, Madrid 1955, pág. 631.

visión comparatista del Derecho. La comparación entre los Derechos forales y de éstos con el Derecho general tiene una doble función, a juicio de CASTÁN: permitir un mejor conocimiento de todos ellos y facilitar el hallazgo de la «base nacional» (51), el sustrato común de todo el Derecho civil vigente en España. CASTÁN, que estudió con la mayor atención el Derecho foral y que contribuyó a su reforzamiento promoviendo la elaboración de las Compilaciones desde la presidencia de la Comisión General de Codificación, marcó también desde la presidencia del Congreso Nacional de Derecho Civil de 1946 la función que correspondía al Derecho comparado de ámbito interno: recopilación de las instituciones vivas y búsquedas del «sustrato nacional» que había de ser el objeto de un Código general de Derecho civil. Quizá cuando se reconsidere en el futuro la paradoja que entraña la búsqueda afanosa de una aproximación supranacional de los Derechos europeos junto a una despreocupada atomización del Derecho interno deba volverse la vista hacia la enseñanza, siempre moderada y sabia, del maestro CASTÁN.

ANTONIO PAU PEDRÓN

Subdirector General del Notariado
y de los Registros

(51) *Reflexiones*, pág. 582. Sobre el comparatismo interno de Castán, v. DE CASTRO, discurso, cit., pág. 6.