

**De la SIERRA, S., *Una metodología para el Derecho Comparado Europeo. Derecho Público Comparado y Derecho Administrativo Europeo*, Civitas, Madrid, 2004.**

A veces ocurre un curioso fenómeno de proporcionalidad inversa entre el tamaño del texto y los intereses que es capaz de suscitar en el lector más advertido. Es el caso del libro que nos ocupa.

La obra se estructura en dos partes íntimamente relacionadas, si bien algo desproporcionadas en el tratamiento: la primera se ocupa del estudio del Derecho comparado como disciplina, mientras la segunda – hartamente comprimida – trata el asunto del Derecho comparado en clave de método.

La jurista comienza su camino metodológico abordando el arduo tema de la doble naturaleza del Derecho Comparado, ¿ciencia o método? Es una problemática ya planteada desde hace tiempo en el territorio conceptual italiano, por ejemplo, y que ha sido disipada por R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Giappichelli, 1990, 13: “*Ogni disciplina è in parte scienza, in parte metodo*”. El derecho comparado es indudablemente ciencia y método según las perspectivas con las que se pretenda observar un fenómeno jurídico. Es asaz interesante ver cómo la asunción del Derecho en términos de metodología científica legal resulte imprescindible para la labor del jurista sensible al proceso de integración comunitaria. En la nota 4 la autora recurre oportunamente al concepto general de ciencia esgrimido por Kuhn y, en particular, a la concepción de paradigma conceptual. La utilización del método comparado al terreno del Derecho Comunitario implica la construcción de un nuevo paradigma conceptual, ya no vinculado a las sugerencias, nociones y mitos del Derecho en el sentido nacional, sino abierto a las connotaciones peculiares de la nueva dinámica comunitaria. Es –creo– el mensaje último que pretende transmitir Susana de la Sierra. Se trata de explorar las atrayentes fronteras que abre la utilización de la ciencia comparativa en el terreno del Derecho de la Unión Europea.

La cuestión inicial acerca del carácter autónomo del Derecho comparado parece incluso anacrónica en el escenario europeo; además, la legitimidad de la ciencia comparativa es un falso problema. La finalidad perseguida por el Derecho Comparado es el conocimiento de los otros sistemas jurídicos: “la confrontación de ordenamientos jurídicos en aras a conocer las culturas jurídicas subyacentes” (pag. 35). Esta finalidad primordial puede encontrar a veces utilidades específicas y puntuales en la aprobación de medidas normativas nacionales basadas en la comparación con sistemas legales extranjeros o en otras finalidades más reducidas relacionadas con la una investigación concreta. Sin embargo, la comparación no halla su razón de ser en un propósito utilitarista: la comparación, en cuanto tal, es imparcial e indiferente con respecto a una posible utilización práctica. El conocimiento de modelos jurídicos – la medición de las diferencias existentes entre una multitud de modelos jurídicos – es el fin último y primordial de ciencia comparativa. No se puede convenir con de la Sierra allí donde asevera que “el Derecho comparado entendido como un método no posee una finalidad propia, sino que su función viene determinada por el objetivo propio de cada estudio” (pag. 35).

Más allá de los estrictos campos de conocimiento legal, se coloca la ciencia lingüística que precisamente surge en la mitad del siglo pasado como ciencia comparativa. Es ciencia autónoma, a la par del Derecho comparado. Su razón de ser es independiente de cualquier tutela procedente de ciencias de tipo politológico o ético. Desde una perspectiva antropológica los límites del Derecho y de la Lingüística colindan: son fenómenos sociales estrictamente emparentados. La ciencia comparativa ha de cumplir el mismo tipo acometido científico también en ámbito jurídico. Precisamente a la ciencia lingüística hay que recurrir para dirimir la ulterior cuestión preliminar planteada por la autora: ¿Derecho comparado vs. Derecho extranjero? Si es cierto que el fin del Derecho comparado consiste en el conocimiento de modelos jurídicos, sin embargo, no debe confundirse con la comparación el simple conocimiento de los sistemas jurídicos extranjeros. En la comprensión de la distancia conceptual entre el comparatista y el simple conocedor de varios sistemas legales nos socorre la diferencia sustancial existente entre el lingüista y el políglota. Como éste conoce varios idiomas pero no sabe medir las diferencias, ni cuantificarlas, habilidad propia del lingüista; así el comparatista posee un conjunto de nociones y datos relativos a varios sistemas jurídicos, y, además, es capaz de confrontarlos, midiendo las diversidades o semejanzas.

Individualizados el fin y el ámbito del Derecho comparado, un ulterior escollo a la investigación metodológica consiste en la objeción levantada hace ya tiempo acerca de la “especificidad” de la disciplina en cuestión. Problemática que recientemente ha arrojado sombra también en la posibilidad de encontrar una coincidencia real en el proceso de convergencia cultural en los distintos ordenamientos nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea (en la *deep structure* o *mentalité* de la cual habla Legrand<sup>1</sup>).

Tras un *excursus* evolutivo de la disciplina del Derecho comparado en el ámbito iusprivatístico, en el cual aflora un ya consolidado análisis de las relaciones *inter pares*, Susana de la Sierra procede a estudiar la evolución de las relaciones entre los organismos públicos y el ciudadano en el ámbito del Derecho Internacional<sup>2</sup>. A un factor pasivo de exclusiva recepción de derechos fundamentales, se va paulatinamente asociando un fenómeno de participación del ciudadano en las determinaciones incluso políticas y sociales a nivel supranacional. En este contexto evolutivo se ubica la mutación también del Derecho público en general, alejándose evidentemente de la definición decimonónica de disciplina jurídica que se ocupa de reglamentar las relaciones verticales ciudadano-Estado. En síntesis, cambian, pero no desaparecen, las propias categoría y función del Estado, más receptivos de los fenómenos globales y regionales de protección jurídica de los ciudadanos<sup>3</sup>.

Trazada esta sinuosa trayectoria en la evolución del Derecho comparado, emerge claramente una cesura conceptual en la línea expositiva, allí donde el volante argumental gira bruscamente hacia la importancia del contacto académico entre los

<sup>1</sup> Cfr. P. LEGRAND, *Fragments on Law-as-Culture*, Deventer, 1999.

<sup>2</sup> Acerca de la evolución del Derecho Internacional, véase L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, *La provincia del Derecho Internacional*, Dykinson, Madrid, 2004.

<sup>3</sup> A este propósito cfr. S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Editori Laterza, Bari, 2002.

componentes de la plantilla jurídica de cada ordenamiento, recurriendo al concepto hâberliano de **paradigma** del Derecho público. El estudio cultural del Derecho<sup>4</sup> es un asunto que cobra la gran importancia en la definición del Derecho comparado y Derecho comunitario: se trata del corazón conceptual del libro de Susana de la Sierra. En la teoría de Häberle el paradigma ‘constitucional’ de desarrollo gradual de los textos implica la proliferación espontánea de la circulación legal entre varios ordenamientos. Tal fenómeno de origen constitucional se extiende evidentemente a toda problemática jurídica, dando lugar al mecanismo que se denomina de *cross-fertilisation*.

El estudio legal de los intercambios culturales es un asunto casi desconocido en el escenario doctrinal español y que, sin embargo, genera enorme interés en el mundo académico europeo y norteamericano. Desde hace ya décadas el Derecho comparado desempeña una función esencial en el análisis del proceso de ‘europeización’ del Derecho público y privado estatal, para explorar los efectos recíprocos de la circulación de modelos jurídicos en dirección vertical, desde los órganos comunitarios a las administraciones nacionales y viceversa, y horizontal, entre los propios Estados miembros. Probablemente el núcleo sustancial de todo el andamiaje argumental del libro se halla en el aspecto cultural del Derecho administrativo y su relación con el Derecho comparado, profundizando la sugestiva teoría cultural del Derecho de Heyen<sup>5</sup>.

Existe en el Derecho comunitario actual una línea común cultural diferenciadora u homogeneizadora? ¿*Convergence or divergence in European Public Law*<sup>6</sup>? Se afronta la cuestión acerca de la existencia de la cultura jurídica europea en ámbitos comparativos, en primer lugar, detectando los componentes de este concepto. De la Sierra comienza distinguiendo entre la cultura jurídica en la macro-comparación y en la micro-comparación, si bien es cierto que un estudio comparativo del segundo tipo no impide explicar determinadas peculiaridades o afinidades culturales a la luz del contexto social, político e histórico<sup>7</sup>. La cultura jurídica se configura en términos de un acervo multifacial (“un contexto de comunicación” en la terminología de Heyen), donde terminan por confluir sugerencias y conceptos extra-legales. La tarea del jurista que pretenda abordar estos temas en clave comparativo-comunitario consiste en “comprender el auténtico significado de sus textos, en el que se encuentra más allá de la letra impresa y que permitirá destapar los velos que ocultan el ser de cada instituto jurídico” (pag. 76). Tal afirmación aproxima indudablemente la labor desmitificadora dibujada por de la Sierra con el develamiento de los criptotipos jurídicos, objetivo del análisis legal de la escuela *sacchiana* del Derecho comparado<sup>8</sup>. Justamente por estas

---

<sup>4</sup> *Ex multis*, cfr. P. KAHN, *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*, Chicago, 1999; A. M. HESPANHA, *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, Tecnos, Madrid, 2002; R. COTTERRELL, *Law in Culture*, en *Ratio Juris*, 2004, 1-14.

<sup>5</sup> E. HEYEN, *Kultur und Identität in der europäischen Rechtsvergleichung –mit Blick auf Frankreich und Schweden*, Berlin, 2000.

<sup>6</sup> AA.VV., *Convergence and Divergence in European Public Law*, dirigido por P. Beaumont, C. Lyons, N. Walker, Hart Publishing, Oxford, 2002.

<sup>7</sup> Recientemente en el tema de la responsabilidad del Estado, cfr. D. FAIRGRIEVE, *State Liability. A Comparative Law Study*, Oxford University Press, Oxford, 2003; y A. LAZARI, *Modelli e paradigma della responsabilità dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2005.

<sup>8</sup> Cfr. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, UTET, Torino, 1992, 125 ss.; IDEM, *Crittotipo*, en *Digesto*, IV ed., 3-5.

afinidades indirectas con la escuela italiana de las “*tesi di Trento*” se echa en falta una ampliación de la temática general del Derecho comparado ya sedimentada en otros escenarios académicos europeos. En esta nueva óptica emerge un nuevo paradigma del Derecho administrativo comunitario, que va progresivamente y muy significativamente impregnando los modelos nacionales. La demostración más clara de este cambio conceptual<sup>9</sup> se halla emblemáticamente en el estudio de las jurisprudencias nacionales, en las cuales se percibe innegablemente un fragmento revelador de la cultura jurídica interna. Aflora, por tanto, un nuevo paradigma de Derecho administrativo comunitario, cuya definición terminológica no es unívoca. De la exhaustiva clasificación ofrecida la autora parece inclinarse por una idea dinámica de Derecho Comunitario administrativo connotada por el análisis de “las alteraciones producidas en los ordenamientos jurídicos nacionales a consecuencia del Derecho comunitario” (pag. 92). Más que de una rama consolidada del Derecho se trata, por consiguiente, de un proceso paulatino y dialéctico entre dos sistemas legales (el comunitario y el estatal) que extienden sus efectos jurídicos al mismo ámbito territorial. Es un proceso determinado especialmente por una cooperación jurisdiccional, para cuyo estudio se ha de prescindir de prejuicios conceptuales propios de determinados ordenamientos legales. La clave metodológica comparativa desempeña en el ámbito comunitario la imprescindible tarea de desmitificar dentro (a través de la revelación de criptotipos legales) y fuera (apriorismos culturales) del sistema nacional, midiendo la convergencia o divergencia del proceso de comunitarización cultural. La primera institución efectivamente sensible al desarrollo de este proceso dialéctico es precisamente el Tribunal de Justicia<sup>10</sup>, cuya “jurisprudencia muestra cómo el Tribunal es consciente del necesario equilibrio entre la cada vez mayor integración europea y el respeto a ciertas tradiciones (jurídicas) nacionales” (pag. 97).

El proceso de *cross-fertilisation* judicial impulsado por la corte de Luxemburgo se rige sustancialmente por la llamada “ética jurisdiccional comunitaria”<sup>11</sup>.

Paradigmáticas son las conclusiones presentadas por el Abogado General LÉGER a la sentencia C-224/01, Gerhard Köbler, punto 53:

“Situado en la «encrucijada» de diversos sistemas jurídicos, tiende a contribuir esencialmente a la aplicación efectiva del Derecho comunitario y, en definitiva, al desarrollo del proceso de integración europea. En consecuencia, es comprensible que el

<sup>9</sup> Se remite a A. LAZARI, *La cross-fertilisation y la formación del paradigma comunitario de responsabilidad del Estado: el ‘esquema de la crisis’*, de próxima publicación en *Rev. Esp. Der. Com. Europ.*, enero-abril, 2005.

<sup>10</sup> Iluminantes son las palabras de K. LENAERTS, *Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law*, cit., 903: “Knowing that the Community legal order and the national legal orders are closely intertwined and even interdependent in that the former can only function properly if the latter are willing to ensure the correct application of Community law, the Court of Justice and the CFI, when they are considering a particular case, will want to avoid ‘going too far’ and may therefore opt for a solution which is not necessarily the most ambitious, considered from the exclusive angle of Community law, but which has the advantage of being ‘compatible’ with the traditions of the Member States and of not hurting special sensitivities in certain Member States”[énfasis añadida].

<sup>11</sup> La expresión es acuñada por F. GREVISSE - J.C. BONICHOT, *Les incidences du droit communautaire sur l’organisation et l’exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres*, en AA.VV., *L’Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, 297 ss.

Tribunal de Justicia no haya dejado de subrayar, en su jurisprudencia, el papel determinante del juez nacional en la aplicación del Derecho comunitario. Además, puede advertirse en este contexto la elaboración progresiva de una verdadera «ética jurisdiccional comunitaria»”.

El juez nacional está destinado a manejar con progresiva frecuencia los instrumentos de Derecho comparado<sup>12</sup>: “*Situated at the cross-roads of different, yet closely intertwined, legal cultures, the Community judicature is by nature a 'comparative' institution*”. El juez nacional endosa las vestiduras del novel Hércules, no tanto en el sentido dworkiano<sup>13</sup>, por su grandiosa capacidad de dominar el panorama jurídico, sino porque se encuentra en una encrucijada: ¿defensor a ultranza de los cánones nacionales o portavoz de la nueva tendencia comunitaria?<sup>14</sup>.

En la segunda parte, en verdad asimétricamente reducida respecto a la primera, de la Sierra se ocupa de la ciencia comparativa en términos de método. Tras una rápida incursión en las familias legales, la atención se centra en el “problema lingüístico” de la traducción por medio de la teoría de la alemana Nord<sup>15</sup>, para concluir con la teoría de la comparación escalonada de las tres partículas jurídicas elementales (leyes, jurisprudencia y doctrina). En este fragmento final, también en virtud de una convergencia involuntaria con la teoría de la escuela comparativa de Sacco, el análisis adolece de más apropiadas referencias bibliográficas acerca de la relación entre lengua y derecho<sup>16</sup>, y sobre todo, de la ya reconocida tesis comparativa de los *formanti* jurídicos<sup>17</sup>.

Precisamente por su corte interdisciplinario, se trata de un libro destinado a suscitar la máxima atención no sólo en los más advertidos juristas administrativistas, sino, sobre todo, en todo operador legal interesado en las dinámicas comunitarias y en sus aspectos evolutivos culturales. Apunta el profesor Ziller en el prólogo que “la práctica del Derecho Administrativo comparado no es únicamente posible. Es, más aún, necesaria, en particular desde la perspectiva de la integración europea”.

Antonio LAZARI

Profesor Investigador de la Universidad Pablo de Olavide

---

<sup>12</sup> Cfr. J. SCHWARZE, *Enlargement, The European Constitution And Administrative Law*, en *ICLQ*, 2004, 969 ss.

<sup>13</sup> R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1977

<sup>14</sup> Cfr. D. ROSSA PHELAN, *Revolt or Revolution: The Constitutional Boundaries of the European Community*, Round Hall, Dublin, 1997.

<sup>15</sup> C. NOLD, *Einführung in das funktionale Übersetzen*, Franke Verlag, Tübingen, 1993.

<sup>16</sup> R. SACCO, *Riflessioni di un giurista sulla lingua*, en *Rivista di diritto civile*, 1996, 57 ss.; AA.VV., *L'interprétation des textes juridiques rédigés dans plus d'une langue*, Torino-Paris, 200; R. SACCO, L. CASTELLANI, *Les multiples langues du droit européen uniforme*, Torino, 1999.

<sup>17</sup> R. SACCO, A. GAMBARO, *Sistemi giuridici comparati*, en *Trattato di diritto comparato*, dirigido por Rodolfo Sacco, Torino 2002.