

**This is a preprint of: Bestué, C. (2016) “El Derecho comparado: nociones introductorias para la metodología de la traducción jurídica” in L. Molina & L. Santamaria (Eds.) *Traducción, Interpretación y Estudios interculturales*, Granada: Editorial Comares, Colección Interlingua 51-68. ISBN 978-84-9045-432-9.**

---

**El Derecho comparado: nociones introductorias para la metodología de la traducción jurídica**

Carme Bestué

Universitat Autònoma de Barcelona

**Resumen**

Todo traductor que se enfrenta a un texto de contenido jurídico debe estar familiarizado con el contexto jurídico en el que se ha creado dicho texto y, a la vez, prever la diferente conceptualización del Derecho que pueda tener la persona receptora del texto traducido. Sólo así conseguirá el objetivo de crear un texto que cumpla con la función comunicativa inherente a toda traducción. El Derecho comparado nos desvela que en el mundo existen diferentes sistemas jurídicos y que cada uno de estos sistemas aborda el Derecho desde diferentes concepciones. En este sentido, el Derecho comparado se convierte en un aliado indispensable para el traductor de textos jurídicos. En este trabajo nos proponemos presentar una introducción a las nociones básicas del Derecho comparado y su metodología como herramienta de documentación para los traductores de textos jurídicos en la combinación inglés-castellano.

**1. Introducción**

Una de las mayores dificultades con la que se encuentran los traductores de textos jurídicos, en la combinación de lenguas inglés-español, radica en el hecho de que los ordenamientos jurídicos que rigen en los países donde se utilizan dichas lenguas pertenecen a diferentes familias del Derecho, es decir, a distintos sistemas jurídicos. De acuerdo con lo descrito por Alcaraz (2004), a diferencia de otros ámbitos de la traducción, como la literaria, la científica o la económica, los problemas de traducción vienen agravados en este caso por el alto grado de asimetría o «anisomorfismo» existente entre los diferentes lenguajes jurídicos.

Por otra parte, lenguas y culturas aparentemente muy lejanas, comparten instituciones jurídicas comunes y, a la inversa, culturas que podrían parecer más próximas pertenecen a familias jurídicas distintas (De Groot 1998). Así, el traductor de textos jurídicos inglés > holandés, dos lenguas con raíces filológicas comunes, no encontrará demasiados problemas lingüísticos a la hora de traducir, pero sí tiene que afrontar dificultades motivadas por el hecho de que Holanda es un país adscrito a la llamada familia romano-germánica mientras que Inglaterra pertenece a la familia del *Common law*.

En cambio, el traductor al japonés de textos jurídicos escritos en alemán comprobará cómo ambos ordenamientos jurídicos comparten gran número de instituciones comunes y, por lo tanto, en la traducción de textos jurídicos encontrará más problemas lingüísticos que culturales, ya que Japón se inspiró en gran medida en el modelo alemán de codificación jurídica.

En definitiva, todo traductor que se enfrente a un texto de contenido jurídico debe estar familiarizado con el contexto jurídico en el que se ha creado dicho texto (el texto original, en adelante TO) para poder prever la diferente conceptualización del Derecho del receptor de su texto traducido (el texto meta, en adelante TM).

El Derecho comparado nos desvela que en el mundo existen diferentes sistemas jurídicos y que cada uno de estos sistemas aborda el Derecho desde diferentes concepciones. Así pues, toda interpretación o traducción jurídica ha de tomar en consideración el contexto cultural y social en el que se aplican los conceptos o instituciones jurídicas que se deben traducir y es en este sentido que el Derecho comparado se convierte en una herramienta indispensable para el traductor de textos jurídicos.

En efecto, el Derecho comparado ha sido definido como la comparación entre los diferentes sistemas jurídicos del mundo (Zweigert & Kötz 2002) y, por tanto, se trata de la disciplina del Derecho que mayor utilidad puede aportar al ámbito de la traducción jurídica. De hecho, Rayar (1988) afirma que el método de traducción jurídica ideal debe pasar forzosamente por una primera fase de comparación de los sistemas jurídicos implicados para poder después, en una segunda fase, enfrentarse a la elaboración del TM.

Fases de la traducción jurídica:

1ª.- Comparación de los sistemas jurídicos

2ª.- Traducción del TO.

## **2. Las familias o sistemas jurídicos del mundo**

Una de las clasificaciones más relevantes del Derecho comparado es la que agrupa los ordenamientos jurídicos dentro de diferentes familias o sistemas jurídicos. Esta clasificación ofrece la utilidad de poder reunir los incontables ordenamientos jurídicos del mundo en sólo algunos grupos en función de las similitudes que comparten. Al tratarse de una división que tiene una finalidad puramente taxonómica, las clasificaciones encontradas varían en función de los criterios adoptados para su realización.

En este trabajo consideramos sistema jurídico como sinónimo de familia jurídica, sin embargo otras fuentes utilizan «sistema jurídico» como sinónimo de ordenamiento jurídico, entendiéndolo éste como el conjunto de las normas e instituciones que integran un derecho positivo, es decir, aquellas por las que se rige una comunidad determinada. En este sentido, hablamos del ordenamiento jurídico de un país determinado (Reino Unido, España, etc.), de un organismo internacional (Naciones Unidas) o de un organismo supranacional (Unión Europea).

De acuerdo con Zweigert & Kötz (1998), hablamos de una familia jurídica cuando los ordenamientos jurídicos que engloba comparten un determinado estilo jurídico. Este estilo compartido viene determinado por los cinco factores siguientes: su origen y desarrollo histórico, la preponderancia de un modo determinado de razonamiento jurídico, las instituciones jurídicas más distintivas, las fuentes del derecho reconocidas por dicho sistema y el modo en el que las utiliza, y, por último, la ideología.

La clasificación de más utilidad para la combinación inglés-castellano es la que agrupa a todos los países de la Europa continental en una sola familia denominada familia romano germánica (David y Jauffret-Spinozi 1992) y que se contrapone con la familia del *Common Law*. Otros autores, desde una perspectiva más europeísta, como Zweigert & Kötz (1998) ofrecen una clasificación más sistemática al dividir los sistemas

jurídicos del mundo en cuatro familias principales y un grupo no cerrado donde se agrupan otros sistemas jurídicos dispares: familia románica, familia germánica, familia nórdica y familia del *Common Law*.

No obstante ninguna clasificación es totalmente estanca. Así encontramos que algunas materias del Derecho presentan mayores similitudes entre países pertenecientes a diferentes familias que con otros países de su misma familia.

Por ejemplo, en el Derecho constitucional encontramos más similitudes entre Estados Unidos y México que entre el primero e Inglaterra, donde no hay una constitución escrita. No podemos, por otro lado, olvidar la creciente influencia que en materias como el Derecho de sociedades o el Derecho mercantil tiene Estados Unidos en los países de América Latina en general. Por otra parte, en materias como la responsabilidad civil o el Derecho informático las diferencias conceptuales entre el Derecho positivo de los países anglosajones y de la Europa continental son prácticamente insignificantes.

Sin embargo, el lenguaje, las instituciones, el «estilo», el origen histórico que comparten algunos ordenamientos jurídicos son elementos que permiten seguir agrupando los diferentes ordenamientos jurídicos del mundo y que, en definitiva, mantienen el interés de esta clasificación:

- **Familia romano-germánica:** esta familia agrupa aquellos países en los que el Derecho se ha formado a partir del Derecho romano. Desde el siglo XIX, en esta familia la ley escrita desempeña un papel preponderante dentro de la jerarquía de las fuentes del Derecho, donde destaca asimismo la importancia de la codificación. El Derecho en estos países ha sido elaborado principalmente para resolver las relaciones entre los ciudadanos, por lo cual el Derecho civil constituye la principal rama del Derecho en esta familia.

La cuna de esta familia se encuentra en la Europa continental y, por efecto de la colonización, se ha extendido geográficamente a otros países, principalmente de América Latina y África. Los países pertenecientes a esta familia son los países de la Europa continental, América Latina, a excepción

de las antiguas colonias inglesas, y algunos países de África como Angola, Chad, Costa de Marfil o Camerún.

- **Familia del *Common law***: esta familia se ha creado a partir del Derecho inglés y de los países que han seguido su modelo. El Derecho es la creación de los jueces, y, por tanto, la regla del Derecho es menos abstracta que en la familia romano-germánica ya que lo que pretende es dar una solución a un proceso concreto y no formular una regla general de conducta para el futuro.

Así pues, las reglas relativas a la administración de la justicia, el procedimiento, la prueba y la ejecución de las resoluciones judiciales –el denominado Derecho adjetivo– suponen un interés igual, o incluso superior, a las reglas que regulan el fondo del Derecho –el denominado Derecho sustantivo–.

Forman parte de esta familia: Inglaterra, Gales, Irlanda, Estados Unidos (a excepción de Luisiana y Puerto Rico), Canadá (excepto el Derecho privado de Quebec), Australia, Nueva Zelanda, Sudáfrica, Malasia, Singapur, Hong Kong y la mayoría de los países de la Commonwealth. Hemos de destacar, sin embargo, la existencia de importantes codificaciones en algunos estados de Estados Unidos, como California o Nueva York, así como en Canadá.

Las **familias jurídicas** se caracterizan por compartir un determinado estilo jurídico, el cual viene determinado por los cinco factores siguientes: su origen y desarrollo histórico, la preponderancia de un modo determinado de razonamiento jurídico, las instituciones jurídicas más distintivas, las fuentes del derecho reconocidas por dicho sistema y el modo en el que las utiliza, y la ideología.

### 3. La metodología del Derecho comparado

El Derecho comparado puede ser estudiado desde diferentes perspectivas, sin embargo, a los efectos que aquí nos interesan, preferimos remitirnos a la definición indicada en la

introducción de este tema, según la cual el Derecho comparado realiza la comparación entre los diferentes sistemas jurídicos del mundo. Como han establecido Zweigert & Kötz (2002) esta comparación puede realizarse tanto a gran escala (macrocomparación), como a una escala más pequeña (microcomparación).

La macrocomparación consiste en el estudio del espíritu y el estilo de los diferentes sistemas jurídicos, sus métodos de pensamiento y los procedimientos de los que se sirven. La microcomparación, en cambio, se centra en las instituciones jurídicas específicas o problemas concretos, es decir, las normas que se utilizan para resolver unos problemas concretos o bien unos conflictos de intereses específicos. Por supuesto, la línea que separa ambos métodos es flexible y, en muchas ocasiones, ambas comparaciones deben ser realizadas de forma simultánea. Por ejemplo, el análisis de un problema jurídico concreto en un sistema jurídico determinado no puede eludir la macrocomparación de los procedimientos por los cuales se aplican de hecho las normas en dicho sistema.

Esta metodología –la combinación de la microcomparación y la macrocomparación– resulta muy similar a la que aplica el traductor cuando intenta conseguir un correcto equilibrio entre el método de traducción y las técnicas de traducción ( en el sentido definido por Hurtado 2001) seleccionadas para su TM. En efecto, a simple vista puede parecer que para la resolución de los problemas de traducción bastaría con realizar un estudio microcomparativo de las instituciones jurídicas en cuestión, sin embargo, este estudio únicamente puede funcionar si se toman en consideración los contextos institucionales generales en los que las normas comparadas han evolucionado y se aplican concretamente.

**Definición** del Derecho comparado: el estudio comparado de los diferentes sistemas jurídicos del mundo.

- **Macrocomparación:** el estudio del espíritu y el estilo de los diferentes sistemas jurídicos, sus métodos de pensamiento y los procedimientos de los que se sirven.
- **Microcomparación:** el estudio de las instituciones jurídicas específicas o problemas concretos, es decir, de las normas que se utilizan para resolver unos problemas concretos o bien unos conflictos de intereses específicos.

### *3.1. El equivalente funcional en el Derecho comparado*

Las instituciones jurídicas que son incomparables no tienen una utilidad práctica desde el punto de vista del Derecho comparado, ya que lo que resulta realmente digno de comparación son aquellos elementos del Derecho que cumplen una misma función. Así pues, el principio metodológico básico del Derecho comparado es el principio funcional. En efecto, todo ordenamiento jurídico, de cualquier sociedad, se enfrenta en esencia al mismo tipo de problemas y, si bien puede adoptar métodos para su resolución que pueden ser muy diferentes, en puridad los resultados son básicamente los mismos. Así pues los comparatistas utilizan, aunque con otros matices, un término ampliamente conocido en el ámbito de la traductología: el concepto del **equivalente funcional**.

En el Derecho comparado se define el equivalente funcional como aquella institución o norma jurídica que, ante un mismo problema, cumple una función equivalente en su propio ordenamiento jurídico. Este concepto de equivalente funcional utilizado por el Derecho comparado es, sin embargo, mucho más amplio que el concepto de equivalente funcional que se utiliza en el ámbito de la traducción.

Para empezar, el jurista que quiera obtener unos resultados satisfactorios, no puede aplicar unos criterios restrictivos o limitativos, sino que debe enfocar los problemas con amplios criterios de miras. Así, por ejemplo, el concepto de las fuentes del Derecho, es decir aquellos elementos que en un ordenamiento jurídico determinado tienen la capacidad de crear el Derecho, no puede utilizarse en el Derecho comparado con esta visión restrictiva si lo que se pretende es hallar el equivalente funcional.

En efecto, el comparatista debe adoptar una concepción de las fuentes del Derecho completamente abierta, en la que se incluya cualquier aspecto que pueda afectar de algún modo al Derecho en el sistema jurídico elegido. De este modo el comparatista no puede limitarse a analizar el derecho legislado y el consuetudinario, sino que también deberá estudiar la jurisprudencia, la doctrina (*legal writing*), los formularios de contratos, las condiciones generales de la contratación, además de las costumbres mercantiles y cualquier otro tipo de uso.

Cuanto mayor sea el campo de estudio que abarque el comparatista, sin dejar de lado los aspectos políticos, ideológicos, sociales y económicos que sin duda han tenido un claro impacto en el Derecho, más científica será su aproximación comparada del

ordenamiento jurídico en cuestión y mayores serán las posibilidades de encontrar un equivalente funcional.

Conscientes de que estas explicaciones pueden parecer muy abstractas para los estudiantes de traducción jurídica, presentamos a continuación un ejemplo de equivalente funcional desde la perspectiva del Derecho comparado.

En ocasiones una única institución jurídica perteneciente a una familia del Derecho, se corresponde con equivalentes funcionales tan variados como los problemas o situaciones concretas de estudio que nos planteemos. Así, en la familia romano-germánica el *pater familias* es el representante legal (*statutory representative*) natural del menor o incapaz tanto para actuar en juicio como en las diferentes situaciones de la vida.

En los países del *Common law*, sin embargo, los padres no están automáticamente facultados para representar a sus hijos menores ante cualquier situación y, por ello, el Derecho ha previsto una pluralidad de instituciones jurídicas, tales como *next friend*, *guardian ad litem*, *administrator durante minore aetate*, *ward of court*, *trustee*, etc.

| Institución del Derecho continental    | Instituciones equivalentes en el <i>Common law</i>   |
|--|--|
| Padre de familia = Representante legal | <b><i>Next friend</i></b> : persona designada especialmente por el juez para representar a un menor para interponer una demanda <sup>1</sup>     |
|  | <b><i>Guardian ad litem</i></b> : persona designada para representar al menor cuando éste es demandado   |
|  | <b><i>Administrator durante minore aetate</i></b> : persona designada por el juez para representar al menor que tiene un interés en una herencia |
|  | <b><i>Ward of court</i></b> : el propio juez puede asumir las funciones de representación del menor  |
|  | <b><i>Trustee</i></b> : representante legal que gestiona los bienes del menor  |

Cuadro 1.1. Ejemplos de equivalentes funcionales de la institución del «padre de familia»

<sup>1</sup> Tanto en el caso de *next friend* como de *guardian ad litem* lo normal será que el juez designe a los padres pero no porque estos tengan la consideración de representantes legales sino porque, a la vista del caso concreto, el juez estime que son éstos quienes mejor pueden defender los intereses del menor.



Un caso contrario, es decir, una única institución del *Common law* que se corresponde con diferentes instituciones de la familia romano-germánica, sería la institución angloamericana del *trust*. La institución unitaria del *trust* parte de un concepto básico: un único bien o patrimonio sobre el que recaen intereses divididos entre la persona del *trustee*, quien dispone de los poderes de administración y disposición del bien, y los otros intervinientes quienes disponen de diferentes derechos sobre los beneficios obtenidos con dicho bien o patrimonio.

Esta institución es conocida y utilizada por los juristas anglosajones tanto para el derecho de familia, como el de sucesiones, las organizaciones sin ánimo de lucro, sociedades, etc. Sin embargo, en la familia romano-germánica no existe una única institución y sólo algunos países pertenecientes a esta familia han llegado a adoptar el *trust* (Canadá y México, por ejemplo), probablemente por su proximidad geográfica y comercial con los EE.UU.

| Institución del <i>Common law</i> | Instituciones equivalentes en el Derecho continental   |
|-----------------------------------|--|
| Trust                             | <b>Sucesiones:</b> administrador testamentario, albacea  |
|                                   | <b>Organizaciones sin ánimo de lucro:</b> fundación  |
|                                   | <b>Sociedades de inversión o gestoras de fondos de pensiones:</b> instituciones de inversión colectiva y fondos de pensiones |
|                                   | <b>Fiducia cum creditore:</b> garantía real utilizada para las transacciones comerciales                                     |
|                                   | <b>Concurso de acreedores:</b> el <i>trustee</i> es el síndico del concurso  |
|                                   | <b>Tutela:</b> el <i>trustee</i> es quien ejerce las funciones de tutor  |

Cuadro 1.2. Ejemplos de equivalentes funcionales de *trust*

**Equivalente funcional** en el Derecho comparado: aquella institución jurídica o norma que cumple una función equivalente en su propio ordenamiento jurídico ante un mismo problema. Concepto más amplio que el utilizado en el ámbito de la traducción jurídica.

#### 4. Comparación entre la familia romano-germánica y la del *Common Law*

Presentamos a continuación los principales rasgos que caracterizan a estas dos familias jurídicas que, por su influencia en el mundo, ostentan una posición destacada entre las familias jurídicas, comenzando por su denominación y que requiere de ciertas precisiones terminológicas.

##### 4.1. Denominaciones de las dos familias

Estas familias reciben diferentes denominaciones que son utilizadas de forma indistinta, si bien es cierto que la elección de una u otra denominación denota el punto de referencia de quien la utiliza. Así, por ejemplo, resulta poco común que los juristas de la familia romano-germánica utilicen el término «Derecho continental» y cuando emplean la denominación de «Derecho civil» o *Civil law* suele ser únicamente en contraposición con el término *Common law*. En cuanto al término «Derecho anglosajón» es más común encontrarlo utilizado por los juristas del ámbito del Derecho romano-germánico que por los juristas ingleses.

#### Denominaciones de las familias jurídicas

- |   |   |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• Familia del <i>Civil Law</i> o de Derecho civil</li> <li>• Familia de Derecho continental</li> <li>• Familia romano-germánica</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Familia del <i>Common law</i></li> <li>• Familia de Derecho anglosajón</li> <li>• Familia de Derecho angloamericano</li> </ul> |
|---|---|

Cuadro 1.3. Distintas denominaciones de las familias del *Common law* y el *Civil Law*

El propio vocablo *Common law* es un término polisémico que plantea ciertos problemas en cuanto a su traducción al español. En concreto, podemos encontrar al menos cuatro significados diferentes del mismo término: Derecho común, Derecho jurisprudencial, Derecho creado por los tribunales del rey, Derecho de los países pertenecientes a esta familia jurídica. Hemos recogido en el siguiente cuadro estos diferentes significados:

| Definición              | Origen  | Distinción   |
|-------------------------|---|--|
| Derecho común           | Las reglas de derecho comunes para todas las tierras del reino inglés que comenzaron a ser aplicadas a partir de la conquista de Inglaterra por Guillermo I el Conquistador (1066). Se utiliza por oposición al derecho consuetudinario que aplicaban los antiguos tribunales locales y que variaba de un lugar a otro. | <i>Common law</i> ≠ Derecho consuetudinario                  |
| Derecho jurisprudencial | Derecho formado por la jurisprudencia ( <i>case law</i> ). Considerado como el derecho normalmente aplicable en contraposición con la legislación ( <i>statute law</i> ) que tiene un carácter más excepcional.   | <i>Common law</i> ≠ Derecho legislado ( <i>statute law</i> ) |

|                                   |   |                                |
|-----------------------------------|---|--------------------------------|
| Derecho de los tribunales del rey | Derecho creado por una jurisdicción específica. Las dos jurisdicciones más destacadas durante siglos fueron la <i>common law</i> (tribunales del rey) y la <i>equity</i> . No eran las únicas, también existieron la <i>merchant law</i> , <i>admiralty law</i> , <i>ecclesiastical law</i> , etc. Hoy en día no existe la distinción jurisdiccional pero se mantiene la distinción por materias <sup>2</sup> . | <i>Common law ≠ equity law</i> |
| Sistema de Derecho                | Sistema de derecho propio de los países anglosajones en los que no se produjo la recepción del Derecho romano por oposición con los países denominados de <i>civil law</i> o romano-germánicos.   | <i>Common law ≠ civil law</i>  |

Cuadro 1.4. Definiciones del término *Common law*.

Como se puede apreciar, se ha excluido en todo momento la traducción del término *Common law* como «Derecho consuetudinario» y ello a pesar de que ésta es la primera acepción que recogen numerosas obras lexicográficas. En efecto, tradicionalmente se ha denominado al *Common Law* como Derecho consuetudinario lo que induce a considerar que el peso de la costumbre (Derecho consuetudinario = Derecho creado por la costumbre) es mucho mayor en esta familia que en la romano-germánica. Sin embargo, en el Derecho anglosajón la fuente de derecho principal es la jurisprudencia; se trata, como tantas veces ha sido definido, de un «*judge made law*», un Derecho que se crea a través de los precedentes jurisprudenciales.

El Derecho jurisprudencial es el Derecho más escrito que existe, ya que sus principios se deducen de los cientos de repertorios en los que se recogen las sentencias creadas por los tribunales de justicia, por ello para referirnos en español a esta familia del Derecho, consideramos más acertado descartar el término «Derecho consuetudinario» y utilizar el préstamo del término en inglés, *Common law* o bien, según el contexto, una traducción perifrástica como podría ser «Derecho común anglosajón» o «Derecho común angloamericano».

El término *Common law* es polisémico, significa tanto Derecho común, Derecho jurisprudencial, Derecho creado por los tribunales del rey, como Derecho de los países

<sup>2</sup> La *equity* nació como un derecho procesal, pero en la actualidad ha adquirido carta de naturaleza sustancial ya que el *equity lawyer* ya no es únicamente especialista del procedimiento sino también del *trust*, y de todo el derecho privado patrimonial: *law of property*, *law of contract* y *law of torts*.

pertencientes a una familia jurídica concreta, pero no es, conceptualmente, un Derecho consuetudinario.

#### 4.2. Diferencias entre las familias del *Civil law* y el *Common law*

Tanto el Derecho español como el de los países de América Latina pertenecen a una familia del Derecho, la romano-germánica, que se contrapone a la familia denominada del *Common law* a la que pertenecen países como el Reino Unido (Inglaterra y Gales) o Estados Unidos por citar sólo algunos de ellos. Nos interesa, por tanto, profundizar en el conocimiento de ambas familias del Derecho.

Si dejamos de lado el criterio de la ideología que presenta una menor relevancia para la distinción de estas dos familias jurídicas, podemos centrarnos en los otros cuatro criterios:

- Su diferente desarrollo histórico: el peso del Derecho romano y germánico en su creación.
- Razonamiento jurídico distinto: la preferencia por las normas abstractas que se muestra en la familia romano-germánica impone una metodología deductiva mientras que en la familia del *Common law* el método inductivo es el preponderante debido a su creación jurisprudencial.
- Instituciones propias: son características del *Common law* instituciones como la doctrina de la *consideration*, el *trust*, *agency*, los *torts*, los diferentes grados de *property*, las particularidades del *executor* en el Derecho sucesorio o la complejidad de la regulación de la *evidence*. Por su parte, en la familia romano-germánica, destacan conceptos como «causa», «acción directa», la «*actio in rem verso*» o la representación y el mandato.
- Las fuentes de producción del Derecho: donde la fuente eminentemente jurisprudencial del Derecho anglosajón se contrapone con la preponderancia de la ley en el sistema romano-germánico.

Así pues, el principal rasgo que distingue a ambas familias se encuentra en las fuentes de producción del Derecho ya que, mientras la primera tiene a la ley como fuente primordial de creación, la segunda configura su Derecho fundamentalmente a través de

la jurisprudencia. Esta diferencia, fruto de la particular experiencia histórica<sup>3</sup> de ambas familias, ha configurado una forma de enfocar el Derecho radicalmente distinta.

En efecto, mientras los juristas anglosajones proyectan sobre el Derecho una metodología empírica que va de lo particular a lo general, los juristas continentales proceden de forma completamente inversa, es decir, por deducción aplican la norma general al caso concreto. El *Common law* se ha desarrollado no tanto como un cuerpo de derecho material sino como una gama heteróclita de remedios que ponen de relieve el papel central que desempeña el procedimiento escrito.

Desde el s. XIII el demandante tenía que ligar los hechos que estaban en el origen del conflicto por él invocado con una configuración de hecho tipificada en un precedente anterior. El logro de dicha analogía le permitía acceder a la concesión de un documento procesal (*writ*) breve que daba acceso a los tribunales reales. Por este motivo el *Common law* concede tanta importancia a los hechos. En esta familia ninguna resolución judicial puede ser considerada independientemente de los hechos sobre los que se ha pronunciado.

El valor normativo de la resolución no puede dissociarse de los hechos que la fundan ya que la significación de un precedente no puede jamás dissociarse de las circunstancias de hecho que se le atribuyen, que la definen y que la sitúan confiriéndole su sentido. Así pues, la formulación de la resolución tiene una importancia menor por cuanto su influencia futura puede verse atenuada, cuando no anulada, si otro tribunal considera que los hechos del asunto particular que está examinando son diferentes de los del asunto invocado (*distinction*).

A efectos de presentar las principales diferencias existentes entre ambas familias de Derecho, presentamos el siguiente cuadro resumen que está inspirado en la propuesta de Probst (2005).

---

<sup>3</sup> Mientras que la familia del Derecho romano-germánica «recibió» el Derecho romano y, siguiendo el modelo establecido por los códigos napoleónicos en Francia se sumó al proceso de codificación que imperaba en Europa, creando un cuerpo de derecho ordenado que pretende responder a unas reglas coherentes; el Derecho anglosajón, en cambio, siempre desconfió de la ley como fuente suprema de creación del derecho y consideró que la flexibilidad del razonamiento pragmático y empírico le permitía llegar a soluciones más rápidas y concretas.

| <i>Civil law</i>   | <i>Common law</i>   |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho académico, racional y teórico dirigido por la dogmática</li> <li>• Derecho marcado por la actividad y la forma de pensar de los teóricos (lo que se llama la doctrina, los profesores de universidad)</li> <li>• Derecho recogido en leyes escritas y tratados científicos</li> <li>• Metodología jurídica que se basa en la ley escrita y practica la deducción a partir de silogismos</li> <li>• Tendencia a la conceptualización y a la sistematización</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho pragmático y empírico dirigido por el procedimiento judicial</li> <li>• Derecho marcado por la actividad y la forma de argumentar de quienes ejercen el Derecho (abogados, jueces)</li> <li>• Derecho recogido en las sentencias</li> <li>• Metodología jurídica centrada en la jurisprudencia y que aplica la inducción a partir de los precedentes (<i>precedents</i>) jurisprudenciales.</li> <li>• Tendencia a proceder <i>solvitur ambulando</i></li> </ul> |

Cuadro 1.5. Principales diferencias existentes entre el *Civil law* y el *Common law*

Cuando el jurista perteneciente a la familia del *Common law* se asoma al Derecho de un país perteneciente a la familia romano-germánica, el mediador (en nuestro caso el traductor o intérprete) deberá destacar las diferencias culturales que se deriven de las distinciones arriba enumeradas. Las consecuencias de estos diferentes enfoques se ven plasmadas en aspectos muy pragmáticos en los que el traductor o intérprete se puede ver envuelto.

Así, por ejemplo, la ausencia de codificación en el *Common law* tiene su repercusión en las obras de consulta de primera mano que utilizan los abogados. Por ejemplo, un cliente español o mexicano se sentirá reconfortado cuando ante una pregunta concreta sobre un aspecto legal su abogado consulte el código civil o la legislación laboral básica, si son los textos que resultan de aplicación. Ante el mismo tipo de consulta, el jurista estadounidense acudirá, en un primer momento, al *Black's Law Dictionnary*, recurso que en este entorno sería equiparable a los venerados códigos del sistema romano-germánico.

Por otro lado, el contraste entre lo que ha sido denominado *book-law* y *case law* (Nicholas, 1989) se ve también reflejado en la diferente percepción de la función creativa del Derecho. En efecto, en el Derecho de la familia romano-germánica se suele

distinguir entre las fuentes formales<sup>4</sup> de creación del Derecho –la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho– y las fuentes no formales, sin embargo esta función creadora se puede atribuir por vía indirecta a la doctrina.

En el Derecho de la familia romano-germánica la obra de los estudiosos del Derecho, principalmente pertenecientes al mundo académico, tiene un peso específico muy importante sin parangón en el mundo anglosajón.

Por ejemplo, si una universidad de Inglaterra o Estados Unidos necesita consejo legal sobre una cuestión práctica, no pedirá su opinión a los miembros de su Facultad, sino que acudirá con total probabilidad a un abogado; puesto que el Derecho anglosajón es en gran medida la predicción de lo que los tribunales acabarán decidiendo, el mejor experto en Derecho es el abogado (Nicholas 1989). No estamos seguros, sin embargo, de que éste fuera el proceder natural en los países de la familia romano-germánica. Por otra parte, la función que desempeña la doctrina en España o México la cumplen los jueces en Estados Unidos e Inglaterra, a través de sus ampliamente argumentadas sentencias.

Sin embargo, los rasgos que separan a ambas familias (resumidos en el cuadro 1.5.) se han visto suavizados y relativizados por la evolución que ha experimentado el Derecho privado en los países de la familia romano-germánica. En efecto, en estos países se advierte una ingente elaboración de leyes especiales que no son codificadas, así como la importancia creciente que va adquiriendo el papel desempeñado por la jurisprudencia.

Por su parte, en el ámbito del Derecho anglosajón, también se ha producido una importante evolución, hasta el punto de que la ley ha llegado a constituirse como primera fuente de Derecho de numerosos ámbitos<sup>5</sup>. En la actualidad una gran parte del Derecho inglés está recogido en leyes, sin embargo ello no lo convierte en un Derecho codificado en el sentido continental del término, puesto que los tribunales ingleses

---

<sup>4</sup> La fuente formal del Derecho se refiere a la forma de expresión a través de la cual la norma jurídica se manifiesta hacia el exterior ya sea ésta una ley, una costumbre o cualquier forma de reglamento o decreto ministerial.

<sup>5</sup> Resulta asimismo imposible no destacar la importancia que tienen en EEUU todas las Leyes uniformes elaboradas por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, los *Restatement*, especialmente en materia contractual, así como el llamado «*Field Code*» elaborado por el jurista David Dudley Field y que ha sido aplicado en diferentes estados.

aplican las leyes de forma muy restrictiva, de forma que si un punto no está específicamente recogido en la ley, aplican directamente el *Common law*<sup>6</sup>.

Los principales rasgos que permiten distinguir las diferencias existentes entre la familia romano-germánica y la familia del *Common law* proceden, entre otros criterios, de la diferencia existente entre las fuentes de producción del Derecho. Conceptos idénticos como la ley, la doctrina o la jurisprudencia ocupan rangos diferentes en ambas familias y ello ha tenido una repercusión clara tanto en la creación de un razonamiento jurídico diferente como en la generación de instituciones jurídicas que no tienen equivalente en la otra familia.

#### 4.3. Diferencias en la categorización del Derecho

Las diferencias existentes entre las familias jurídicas son el principal elemento a tener en cuenta en la búsqueda de equivalentes funcionales. Uno de los efectos de la falta de equivalencia entre las diferentes instituciones jurídicas deriva precisamente de la diferente conceptualización del Derecho como área de conocimiento y se ve plasmada cuando se comprueba que algunas categorías, consideradas en un ordenamiento jurídico determinado como pilares del conocimiento, son inexistentes o casi desconocidas en otra familia jurídica.

A continuación, analizamos algunas de estas categorizaciones que no tienen un contenido nocional idéntico en ambas familias del Derecho: Derecho público y privado, Derecho mercantil y civil, obligaciones y contratos, así como contratos unilaterales y bilaterales.

##### 4.3.1. Derecho público y privado

En el ámbito anglosajón la clasificación más natural para los juristas es la que distingue el *Common law* del *equity*<sup>7</sup> y, sin embargo, la distinción entre Derecho público y privado no tiene relevancia jurídica. En la familia romano-germánica, en cambio, esta

---

<sup>6</sup> Hasta el punto de que como han afirmado Beale et al. (2002): «*the English judges are rather wary of statute because, when it is interpreted as they do, it is rigid and inflexible. It may well prevent the development and refinement of legal concepts to deal with new situations. One often hears the phrase “statutory cement”. By contrast, the development of the Common law is one of constant refinement and (hopefully) improvement. English judges and indeed English lawyers generally think that this is one of the great strengths of our system*».

<sup>7</sup> En el Derecho inglés se clasifican dentro del *Common law* materias como el Derecho penal, los contratos, la responsabilidad civil, el divorcio, la adopción o la tutela, mientras que entran dentro del *Equity law* materias como las sociedades mercantiles, las quiebras, la propiedad inmobiliaria, el *trust*, las sucesiones o las hipotecas.



distinción es uno de los ejes que configura su pensamiento jurídico y tiene además consecuencias que van más allá de la pura distinción académica.

En el Derecho continental, el Derecho público regula la organización del Estado (Derecho constitucional) así como las relaciones entre el Estado y los ciudadanos (Derecho administrativo). Así pues, los contratos en los que una de las partes es un organismo público deben cumplir con determinados requisitos y están sometidos al Derecho público. La existencia de un orden judicial *ad hoc*, el de lo contencioso-administrativo, otorga, por otra parte, especial relevancia a esta distinción por ser la única competente para conocer de los contenciosos en materia de contratos administrativos.

En el Derecho inglés, en cambio, la distinción entre Derecho público y privado históricamente ha tenido una importancia menor, y la división por excelencia del Derecho inglés es la que distingue entre el Derecho civil y el penal. Sin embargo, es preciso destacar la extraordinaria importancia del Derecho constitucional en Estados Unidos, así como el desarrollo del Derecho administrativo en Inglaterra, por lo que también se puede hablar de una categoría de juristas anglosajones especializados en el Derecho público.

#### 4.3.2. Derecho civil y Derecho mercantil

Mientras que los estudiantes de Derecho de un país de *Common law* en su asignatura de contratos aprenden fundamentalmente los contratos que regulan las relaciones del mundo de los negocios (*Business contracts*), en la familia romano-germánica el estudio de los contratos se ve fragmentado entre las dos grandes ramas del Derecho privado, el Derecho civil y el Derecho mercantil. En la mente de los juristas españoles o mexicanos el Derecho civil regulará los contratos relativos a aspectos de la vida cotidiana y quedarán para el Derecho mercantil todas aquellas transacciones en las que una de las partes sea comerciante<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> En la actualidad esta división ha perdido peso, hasta el punto de que muchos mercantilistas y civilistas se preguntan sobre el interés de seguir manteniendo un régimen jurídico específico para cada tipo de contrato. Además, el Derecho de consumo como régimen específico de los contratos ha venido a plantear una situación mixta entre el Derecho mercantil puro y el Derecho civil.

Un ejemplo de la diferente utilización del término *commercial* y el concepto de «mercantil» lo podemos encontrar en la definición del contrato de licencia que recoge el resumen de la *Uniform Computer Information Transaction Act* (Ley Uniforme sobre Transacciones mediante información computerizada, en adelante citada por sus siglas en inglés, UCITA) donde a pesar de tratarse de una ley que se aplica también a los consumidores (particulares) se define el contrato como «*commercial contract*».

Otro sentido del término «*commercial contract*» lo encontramos en el Preámbulo de los Principios de Unidroit donde se considera contrato comercial todo contrato que no sea hecho para fines de consumo inmediato, con independencia de que una de las partes sea comerciante o no<sup>9</sup>.

En resumen, el Derecho comercial o mercantil en el *Common law* es un término amplio que se refiere a diversas materias, tanto de contratos como de Derecho de la propiedad, cuyo punto de unión es que están relacionadas con el mundo de los negocios y las operaciones comerciales (Sacco 2002). En el Derecho de EE. UU., por ejemplo, se estudia dentro del Derecho mercantil lo que en España y México se denomina parte general de los contratos, y la formación de los contratos es uno de los apartados más importantes del *Uniform Commercial Code*.

#### 4.3.3. Obligaciones y contratos

En el Derecho continental los contratos se estudian como una de las fuentes de las que surgen las obligaciones junto con la ley, los casi contratos y los actos u omisiones ilícitos o en los que intervenga culpa o negligencia (art. 1089 del Código civil). La distinción tradicional del Derecho español que abarca los conceptos incluidos en la categoría de *Contracts Law* del Derecho inglés o estadounidense habría que buscarla, por tanto, en el código civil español o el mexicano en los epígrafes destinados a regular «las obligaciones y los contratos», además de los correspondientes códigos de comercio.

---

<sup>9</sup> Históricamente en Inglaterra se crearon unos tribunales independientes de los tribunales del rey, los cuales, a partir de las costumbres de los comerciantes, crearon un Derecho más adaptado a las necesidades del comercio que el propio *Common law*. Este Derecho se denominó *Law Merchant* y acabó por ser absorbido por el *Common law*. Así pues, en la actualidad no se utiliza la distinción entre Derecho civil y mercantil.

La categoría de las obligaciones tiene un contenido muy amplio y abarca la mayoría de las esferas del Derecho civil, es decir que se regulan las obligaciones tanto en el Derecho de familia como en el de propiedad y en el de sucesiones. Además, se trata de un término que tiene varios sentidos (Sapena 2002) ya que significa tanto la exigencia moral que rige o limita el libre albedrío como el vínculo legal o contractual que sujeta a hacer o abstenerse de hacer una cosa. Por otra parte, en el mapa conceptual de la familia romano-germánica el Derecho de obligaciones aparece como contrapuesto a los Derechos reales.

En efecto, dentro de la categoría del Derecho de bienes, el Derecho civil contempla tanto el Derecho de obligaciones (también llamado Derecho de crédito) como los derechos reales o de cosas. La distinción entre ambas categorías se determina en función de varios criterios, el principal es la relación directa que se crea entre la persona y la cosa (derechos reales) mientras que en el Derecho de obligaciones la relación es entre personas y sólo indirectamente recaerá sobre una cosa<sup>10</sup>.

El Derecho de bienes puede recaer sobre todo tipo de cosas, tanto las muebles como las inmuebles, las corporales y las incorporales, y las fungibles y las no fungibles. La terminología más próxima en el Derecho inglés al Derecho de bienes será la que designa el concepto de *Property Law*<sup>11</sup>. Como señala Crossley (citado en von Bar y Drobnig 2004:319) «... *“property” comprehends tangibles and intangibles, it means a tangible thing (land or chattel) itself, or rights in respect of that thing, or rights, such as a debt, in relation to which no tangible thing exists*».

En el Derecho inglés el concepto *law of obligations* es un vestigio del Derecho romano, sin embargo no es una categoría tradicional que se venga estudiando de forma generalizada en las universidades. Se trata de aquella estructura del Derecho privado que divide los bienes de una persona entre «*property rights and rights he has (or duties he owes) under obligations*» (Cartwright, 2007:47). A su vez, en el Derecho de

---

<sup>10</sup> Para conocer los otros elementos que configuran estas dos categorías, véase Sapena 2002.

<sup>11</sup> Sin embargo la relación existente entre *Property Law* y *Contract law* no es coincidente con la que se da en el Derecho español y el mexicano entre el Derecho de bienes y el Derecho contractual o de las obligaciones. Así, por ejemplo, el contrato de arrendamiento de suelo (*lease of land*) no es un simple contrato sino que además constituye un derecho sobre la tierra (*estate in the land; it is a proprietary right*) que le permite, entre otras acciones actuar frente a terceros (Cartwright, 2007:52).

obligaciones se distinguen el Derecho contractual (*contracts*), el de la responsabilidad civil (*tort*) y el del enriquecimiento injusto (*unjust enrichment*).

Algunos términos, como «Derecho público» y «Derecho privado», «Derecho civil» y «Derecho mercantil» u «obligaciones y contratos» existen y son conocidos tanto en la familia del *Common law* como del *Civil law*, sin embargo, por tratarse de categorías que han seguido un desarrollo muy diferente en ambas familias no pueden ser considerados como equivalentes.

### **Conclusión**

Tal y como hemos presentado el Derecho comparado nos desvela que en el mundo existen diferentes sistemas jurídicos y que cada uno de estos sistemas aborda el Derecho desde diferentes concepciones. Puesto que toda interpretación o traducción jurídica ha de tomar en consideración el contexto cultural y social en el que se aplican los textos que se deben traducir, el Derecho comparado se convierte en una herramienta indispensable para el traductor de textos jurídicos.

En este trabajo hemos presentado una introducción a las nociones básicas del Derecho comparado y su metodología como herramienta de documentación indispensable para los traductores de textos jurídicos en la combinación inglés-castellano. Destacamos en especial la noción del equivalente funcional y su posible utilización como técnica de traducción. El concepto de equivalente funcional es más amplio en Derecho comparado que en traducción jurídica y el traductor debe tomar en consideración la función del TM a la hora de seleccionar dicho equivalente como técnica de traducción.

### **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

ALCARAZ, E. (2004). «Anisomorfismo y lexicografía técnica» [en línea]. En: El español, lengua de traducción: actas del II Congreso Internacional, Toledo 20-22 mayo 2004. [S.l.]: EsLetra. P. 201-220. URL: <http://www.esletra.org/toledo/html/contribuciones/alcaraz.htm> [Última consulta: 25 de noviembre de 2015].

BAR, C. von; Drobnig, U. (2004). *The interaction of contract law and tort and property law in Europe: a comparative study*. München: Sellier.

BEALE, H.; Hartkamp, A.; Kötz, H.; Tallon, D. (2002). *Contract law, cases, materials and text on*. Portland, Oregon: Hart Publishing.

- CARTWRIGHT, J. (2007). *An Introduction to the English law of control for the civil lawyer*. Oxford and Portland: Hart.
- DAVID, R.; JAUFFRET-SPINOSI, C. (1992). *Les grands systèmes de droit contemporains*. 10ª edición. París: Dalloz.
- DE GROOT, G.R. (1998). Language and law. In *Netherlands reports to the fifteenth International Congress of Comparative Law*, 21-32. Antwerp y Groningen: Intersentia. URL: <http://www.library.uu.nl/publarchief/jb/congres/01809180/15/b2.pdf> [Última consulta: 25 de abril de 2015].
- HURTADO, A. (2001). *Traducción y Traductología. Introducción a la traductología*. Madrid: Cátedra.
- NICHOLAS, B. (1989). «Introduction to the French law of contract». En: D. Harris; D. Tallon (eds.). *Contract law today: Anglo-French comparisons*. Oxford: Clarendon Press.
- PROBST, T. (2005). «Civil law et Common law: Code contre case?». En : J.P. Dunand; B. Winiger (ed.). *Le code civil français dans le droit européen*. Bruselas : Bruylant, pp. 217-234.
- RAYAR, L.W. (1988). « Problems of legal translation from the point of view of a translator ». En : P. Nekerman (ed.) *XIth World Congress of FIT. Translation, our future*. Maastricht : Euroterm.
- SACCO, R. (2002). *Introduzione al Diritto Comparato*. 5ª edición. Torino: Utet.
- SAPENA, J.; Sapena, F. (2002). «Naturaleza, efectos y clases de las obligaciones». En: J.F. Delgado de Miguel (coord.). *Instituciones de Derecho Privado*. Madrid: Civitas, pp. 27-112.
- ZWEIGERT, K & KÖTZ, H. (1998). *An introduction to Comparative Law*. 3ª edición. Oxford: Clarendon Press.
- ZWEIGERT, K & KÖTZ, H. (2002). *Introducción al derecho comparado*. Revisión técnica A. Torres Estrada. México DF: Oxford University Press (Estudios Jurídicos).