

## FREDERICK POLLOCK EN PARÍS, O LA NATURALEZA CONFLICTIVA DEL DERECHO COMPARADO

### FREDERICK POLLOCK IN PARIS AND THE CONTESTED NATURE OF COMPARATIVE LAW

Por HÉCTOR DOMÍNGUEZ BENITO \*

#### RESUMEN:

El I Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en París en 1900, es considerado a menudo como referencia fundacional de la disciplina, bajo unas determinadas premisas renovadoras identificadas con problemáticas iusprivatísticas y continentales. Este trabajo parte de la intervención del jurista británico Frederick Pollock en el mencionado evento, con el objetivo de resaltar las particularidades de la trayectoria de la “comparative jurisprudente” anglófona, tanto en preocupaciones temáticas como metodológicas. Se explora asimismo la conexión de Pollock con otros autores con los que compartió objetos de estudio, incidiendo en la importancia de la cuestión imperial y en la dificultad de los mismos para acercarse al “common law” de una manera mínimamente crítica. Por último, se apela al compromiso de estos autores en su defensa del entrecruzamiento entre los métodos comparado e histórico como referencia para tomar partido desde la historia jurídica en los debates actuales sobre la naturaleza y el futuro del derecho comparado.

PALABRAS CLAVES: *Derecho comparado - Common law - Trasplantes legales - Pollock - Wigmore.*

#### ABSTRACT:

The First International Congress of Comparative Law held in Paris in 1900 is reportedly considered by continental scholars as a foundational landmark of the emergence of the discipline. This article focuses on the participation in this event of the British jurist Frederick Pollock, in order to call attention to the differentiating development of anglophone “comparative jurisprudence” - both in thematic and methodological interests. Pollock’s contact with, or influence on, other legal scholars is also tackled, highlighting their difficulty when approaching the “common law” tradition in an unbiased manner, as well as the importance of imperial matters. Finally, the attention paid by these authors to the entanglements between the comparative and the historical methods, are suggested as a potential point of departure for legal historians regarding current academic debates on the nature of comparative law and its future.

KEYWORDS: *Comparative law - Common law - Legal transplants - Pollock - Wigmore.*

Original recibido: 15/10/17.

Original aceptado: 02/11/17.

Original enviado con modificaciones: 08/11/17.

\* Este trabajo se ha desarrollado en el marco del proyecto del Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España con referencia DER2014-56291-C3-1-P.

\*\* Profesor ayudante en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (España). Dirección postal: Calle Kelsen, 1 (28049) Madrid - España. E-mail: [hector.dominguez@uam.es](mailto:hector.dominguez@uam.es)



Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. DEMANDAS SOCIALES NUNCA ANTES CONFRONTADAS EN UN CONTEXTO GLOBAL: LA SINGULAR TRAYECTORIA DE LA COMPARATIVE JURISPRUDENCE. III. GENERACIÓN DE EPÍGONOS. FREDERICK POLLOCK EN EL CONGRÉS INTERNACIONAL DE DROIT COMPARÉ. IV. “CONSTRUYENDO LA TRADICIÓN” DEL COMMON LAW, O LA HISTORIA COMO COMPARACIÓN: LOS SELECT ESSAYS IN ANGLO-AMERICAN LEGAL HISTORY (1907-1909). V. HOLDSWORTH, WIGMORE Y LAS DIVERSIDADES DE LA HISTORIA DEL DERECHO. VI. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

En relación con la construcción del método comparado, la tradición de pensamiento jurídico-político de matriz anglosajona suele ubicar como punto de referencia la obra de Henry Sumner Maine, fundamentalmente a partir del lanzamiento en 1861 de *Ancient Law*<sup>1</sup>. Para Maine, las costumbres e instituciones de India constituían la piedra de toque que permitía calibrar el grado de desarrollo de las sociedades “arias” y sus términos en perspectiva histórica: de esta forma, India era entendido como el “pasado viviente” de Europa. A pesar de que su figura se reputa continuamente como fundacional<sup>2</sup>, para Maine adherir la palabra “comparative” a la ciencia de la jurisprudencia no significaba otra cosa que lo que suponía cuando se aludía a materias como la filología comparada o incluso la mitología comparada<sup>3</sup>.

Precisamente del campo de la filología procedía el otro gran exponente al que se suele recurrir cuando se buscan certificados de nacimiento decimonónicos para el método comparado en ciencias sociales -aunque en este caso decididamente más *político* que *jurídico*-: Edward Augustus Freeman, cuya obra *Comparative Politics* (1873) partía de postulados muy similares<sup>4</sup>, construyendo a partir de un símil con

---

<sup>1</sup> HENRY SUMNER MAINE, *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas*, Nueva York, Henry Holt and Company, 1906 [1861].

<sup>2</sup> Por todos, ver PAOLO GROSSI, *Historia del Derecho de propiedad: la irrupción del colectivismo en la conciencia europea* (traducción de Juana Bignozzi), Barcelona, Ariel, 1986, pp. 53-113.

<sup>3</sup> Esta comparación quizá no pueda concebirse correctamente si no se tiene en cuenta la centralidad de los objetos de estudio clásicos dentro de la mayoría de planes de estudio de la época victoriana. Al respecto, RICHARD JENKINS, “The Beginnings of Greats, 1800-1872”, en MICHAEL GEORGE BROCK y MARK CURTHOYS (Eds.), *The History of the University of Oxford: Nineteenth-Century Oxford Part 1*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 513-542; FRANK TURNER, “Victorian Classics: Sustaining the Study of the Ancient World”, en MARTIN DAUNTON (Ed.), *The Organisation of Knowledge in Victorian Britain*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 166 y ss.

<sup>4</sup> Tan similares que hay quien señala que “Freeman applicava il metodo comparativo dei linguisti alle istituzioni indo-europee (o come egli avrebbe preferito dire, ariane)”. ARNALDO DANTE MOMIGLIANO, “Uno storico liberale fautore del Sacro Romano Impero:

(precisamente) la filología y la mitología comparadas la noción de “política comparada”, entendida como “el estudio de las instituciones políticas y de las formas de gobierno”<sup>5</sup>. Así las cosas, no es de extrañar que se insista a menudo en el hecho de que las preocupaciones de los comparativistas a menudo se superponían con las de otros campos de estudio aparentemente divergentes<sup>6</sup>.

Esta genealogía contrasta marcadamente con otra narrativa que podría denominarse -por supuesto simplificando mucho el fenómeno- como la visión “continental” de la construcción disciplinar del derecho comparado, y que puede encontrarse en particular en toda la literatura que enfatiza el papel de la llamada “generación del novecientos”, surgida a raíz del *I Congreso Internacional de Derecho Comparado* de 1900, encuentro celebrado en el marco de la Exposición Universal de París que reunió a buena parte de los grandes juristas europeos del cambio de siglo<sup>7</sup>. El propósito de los promotores del evento, Raymond Saleilles y Édouard Lambert, fue separar un derecho comparado “científico” y autónomo alejado de los postulados de la Escuela exegética, que ubicaban la interpretación aislada de la norma como epicentro de la función del jurista. Tal y como se comenzaba a poner de manifiesto, semejante perspectiva había tenido sentido en los primeros

---

E.A. Freeman”, en *Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa. Classe di Lettere e Filosofia*, vol. 11, núm. 22, 1981, Pisa, Scuola Normale Superiore di Pisa, p. 318.

<sup>5</sup> EDWARD AUGUSTUS FREEMAN, *Comparative Politics*, Londres, Macmillan, 1873, p. 19.

<sup>6</sup> STEFAN COLLINI; DAVID WINCH y JOHN BURROW, *That Noble Science of Politics: A Study in Nineteenth-century Intellectual History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 209 y ss.

<sup>7</sup> Referencias muy ilustrativas sobre la idea de derecho comparado como algo netamente continental y fundado en el Congreso de 1900 pueden encontrarse en RENÉ DAVID, “El Derecho comparado en el siglo XX, balance y perspectivas” (traducción de Monique Lions), en FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE [et al.], *LXXV años de evolución jurídica en el mundo: Historia del Derecho y Derecho comparado*, vol. II, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, pp. 81-99; así como en REINHARD ZIMMERMANN, “Challenges for the European Law Institute”, en *The Edinburgh Law Review*, núm. 16, vol. 1, 2012, Edinburgh, Edinburgh University Press, pp. 5-6. La celebración del centenario del Congreso, hace ya casi dos décadas, trajo consigo un rebrote de esta narrativa, presente en textos como los de XAVIER BLANC-JOUVAN, “Centennial World Congress on Comparative Law: Opening Remarks”, en *Tulane Law Review*, vol. 75, 2001, New Orleans, Tulane University School of Law, pp. 859-864; DAVID CLARK, “Nothing New in 2000? Comparative Law in 1900 and Today”, en *Tulane Law Review*, vol. 75, 2001, New Orleans, Tulane University School of Law, pp. 871-912; o CHRISTOPHE JAMIN, “Saleilles’ and Lambert’s Old Dream Revisited (On the Occasion of the Centennial of the International Congress of Comparative Law, Paris, 1900)”, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 50, Oxford, American Society of Comparative Law, 2002, pp. 701-718. En castellano pueden encontrarse aportes recientes al respecto como los de DIEGO LÓPEZ-MEDINA, “El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina”, en *Revista colombiana de derecho internacional*, núm. 26, 2015, Bogotá, Facultad de Ciencias Jurídicas -Pontificia Universidad Javeriana, pp. 117-159; o ALFONS ARAGONESES AGUADO, *Un jurista del modernismo: Raymond Saleilles y los orígenes del derecho comparado*, Madrid, UC3M-Dykinson, 2009.

compases del siglo XIX como parte del proyecto revolucionario. No obstante, a finales de siglo, limitaba la capacidad de los juristas para abordar nuevos fenómenos sociales (la cuestión obrera, por ejemplo) y participar del debate científico con otras materias que conscientemente perseguían su modernización (sociología, ciencia política, o la propia historia)<sup>8</sup>.

En este texto se persigue un triple objetivo. En primer lugar, se trata de subrayar el carácter conflictivo del derecho comparado como disciplina. Este planteamiento, desde luego muy poco novedoso en sí mismo, se construye siguiendo dos vías apenas abordadas por la literatura en castellano: desde un plano más general las particularidades propias del contexto anglosajón en el que se desarrolla el debate sobre el *deber ser* disciplinar de esta metodología (apartado II), y desde un plano más anecdótico -pero no por ello menos representativo- remitiéndose a la intervención del jurista Frederick Pollock en el mencionado Congreso, relativizando así el habitual relato que consagra su celebración como punto de referencia “fundacional” o “inaugural” del derecho comparado (apartado III).

El segundo propósito consiste en explorar, a la luz de esa concepción “anglosajona” de la relación entre el derecho y el método comparado, la pervivencia de la historia del derecho -en términos materiales- en un derecho comparado que progresivamente fue ganando protagonismo en el espacio angloamericano durante el siglo XX. Esta pretensión no es inocente en un momento como el actual, en el que desde la historiografía jurídica más exitosa en Estados Unidos se insiste en plantear que la propia historia del derecho poco menos que desapareció con el cambio de siglo, eclipsada precisamente por las ciencias sociales de nuevo cuño. Para acometer este objetivo se presta especial atención a la figura del jurista John Henry Wigmore, tanto en relación con la publicación de los *Select Essays in Anglo-American Legal History* (apartado IV) como en relación con la pervivencia de determinados discursos histórico-jurídicos en algunas de sus posteriores obras de vocación jurídico-comparativa (apartado V).

Asimismo, en los últimos compases del apartado V se abordan los posibles ecos que la historia disciplinar del derecho comparado puede aportar al historiador

---

<sup>8</sup> ARAGONESES AGUADO, *Un jurista...*, cit., pp. 67 y ss. Aunque formalmente el Congreso de París fue promovido por la *Société de législation comparée* y aunque a menudo se considera la “legislación comparada” como antecedente necesario del derecho comparado en términos disciplinares, esta aproximación típicamente decimonónica se limitaba al estudio de las normas, a la comparación de diferencias y parecidos entre distintas legislaciones con ánimo de “mejorar la legislación propia”. Esta distancia metodológica entre los comparativistas del siglo XIX y los del XX se pone de manifiesto en BÉNÉDICTE FAUVARQUE-COSSON, “Deux siècles d'évolution du droit comparé”, en *Revue internationale de droit comparé*, vol. 63, núm. 3, 2011, París, Société de Législation Comparé, pp. 528 y ss.

del derecho actual de cara a su participación en el debate sobre el futuro de una metodología que sigue acogiendo posturas enfrentadas, y que tiende a reproducir lógicas que parecían superadas.

## II. DEMANDAS SOCIALES NUNCA ANTES CONFRONTADAS EN UN CONTEXTO GLOBAL: LA SINGULAR TRAYECTORIA DE LA *COMPARATIVE JURISPRUDENCE*

El creciente debate sobre una potencial codificación del *common law* en el contexto británico durante las décadas anteriores al cambio de siglo ya había adelantado una de las circunstancias a menudo reputadas como punto de partida para los promotores del *droit comparé*: la dificultad de combinar la -en este caso potencial- codificación con problemáticas sociales nuevas. Bajo esta premisa Sheldon Amos, uno de los más influyentes protagonistas de la exploración de nuevas vías en el campo de la *Jurisprudence*, abrió su historia del derecho romano publicada en 1883. No es de extrañar que su llamamiento a la recuperación de la casuística y la lógica deductiva del Digesto -reivindicando, entre otras cosas, la necesidad de una traducción al inglés del mismo- estaba dedicado a “Sir Henry Sumner Maine, cuyos tratados históricos y su constante defensa de un método histórico en los estudios jurídicos han rescatado el derecho romano del abandono en el que estaba sumido en Inglaterra, y han establecido para siempre su relación esencial con cualquier sistema jurídico de origen europeo”<sup>9</sup>.

Lo interesante de la obra de Amos es que, concebida en un momento concreto de introspección general acerca de lo que debía ser el estudio del derecho en Inglaterra<sup>10</sup>, sin embargo se caracterizaba por una visión marcadamente *global*, consciente de que se estaba viviendo “un momento crucial en la historia del derecho y la legislación formal”. Así, rezaba:

<sup>9</sup> “Sir Henry Sumner Maine, whose historical treatises and consistent advocacy of an historical method in legal studies have rescued the laws of Rome from the neglect into which they had fallen in England, and established for ever their essential relation to every system of law having an European parentage”. SHELDON AMOS, *The History and Principles of the Civil Law of Rome: An Aid to the Study of Scientific and Comparative Jurisprudence*, Londres, Kegan Paul, Trench & Co., 1883, p. v.

<sup>10</sup> El período 1882-1884 estuvo muy marcado por el debate sobre el método de enseñanza que debía regir el estudio del derecho, por una cuestión práctica: la Universidad de Oxford estaba inmersa en la consolidación institucional de la propia *Jurisprudence* como disciplina, liderada por Albert Venn Dicey junto a otros personajes como Anson, Bryce, Holland, o el propio Frederick Pollock. JOHN KEIRAN BARRY NICHOLAS, “Jurisprudence”, en BROCK Y CURTHOYS, *The History... Part 2*, cit., p. 394. El resultado más representativo de este debate es la célebre conferencia de ALBERT VENN DICEY, *Can English Law Be Taught at the Universities?*, Londres, Macmillan, 1883.

[e] common law de Inglaterra, el derecho consuetudinario de todos los Estados europeos, y las leyes de Roma y Constantinopla se están enfrentando cara a cara con necesidades sociales sin precedentes, y una necesidad de códigos populares. En India y Egipto el complejo sistema del derecho mahometano está siendo confrontado por su siempre ignorado pariente, el derecho del Imperio bizantino, y bajo la influencia de la legislación occidental está cristalizando en nuevas formas. El derecho de las naciones, público y privado, está siendo más y más asiduamente traducido en el lenguaje común del derecho escrito. Para esta tarea, la terminología, la clasificación, y las analogías lógicas a las que se recurre son invariablemente aquellas del derecho romano<sup>11</sup>.

Amos, seguramente, no habría partido de unos postulados tan globales si no hubiera escrito sus obras desde Alejandría, lo que nos sirve para apuntar hacia otro de los factores que determinarían radicalmente el desarrollo del método comparado en estudios jurídicos en el mundo anglosajón: la experiencia imperial. Esto último guardaría una relación muy estrecha con el marco propuesto por un Maine que había terminado en India a raíz del éxito de *Ancient Law*, y que reafirmaría su concepción del método comparado en sus *Village-Communities*: la observación de las inexploradas sociedades de Oriente mediante el método comparado podía dar cuenta de la evolución del derecho, salvando buena parte de los obstáculos que plantearía el método histórico (a saber, la dificultad para verificar hechos registrados indirectamente), en la medida en que “[s]ometimes the Past is the Present”<sup>12</sup>. Al igual que Amos, Maine entendía que el propósito de la *comparative jurisprudence* era facilitar la legislación y el desarrollo práctico del derecho. Para ambos, las herramientas proporcionadas por el derecho romano eran capitales: Amos lo planteaba en términos tal vez más instrumentales (un debate

---

<sup>11</sup> “The present is a critical moment in the history of law and of formal legislation. The common law of England, the customary law of every European State, and the laws of Rome and Constantinople, are being brought face to face with unprecedented social needs and a call for popular Codes. In India and in Egypt the elaborate system of Mohammedan law is being confronted with its long-ignored parent, the law of the Eastern Empire, and, under the influence of Western legislation, is crystallizing into new forms. The Law of nations, public and private, is being more and more assiduously translated into the common language of written law. For this task, the terminology, the classification, and the logical analogies resorted to are invariably those of the law of Rome”. AMOS, *The History...*, cit., p. vii.

<sup>12</sup> HENRY SUMNER MAINE, *Village-Communities in the East and West*, Londres, John Murray, 1871, p. 7. Dicho de otra forma, el estudio de las razas en su condición primitiva nos ofrece algunas pistas del punto en el que se detuvo el desarrollo de ciertas sociedades. MAINE, *Ancient Law...*, cit., p. 22.

global requería un lenguaje asimismo global, aspecto en el que el papel que estaba llamado a protagonizar el derecho romano era importante); Maine introducía variables antropológicas en su enfoque, de tal manera que la evolución del derecho romano podía entenderse como un puente entre las sociedades modernas y las sociedades primitivas<sup>13</sup>.

El hecho de que las sociedades de procedencia aria también tuvieran un origen patriarcal que aún podía observarse en algunas comunidades orientales llevaba a Maine a ubicar en un lugar privilegiado el rol del poder dentro de los sistemas políticos, factor que alejaba sus planteamientos de las teorías de Austin, “que parece suponer que los autores y comentaristas de los sistemas jurídicos civilizados están constreñidos, por una suerte de coacción externa, a pensar de una determinada manera los principios legales y los modos de llegar a resultados jurídicos”<sup>14</sup>. El punto de inflexión tuvo lugar precisamente por la entrada de los sistemas jurídicos “no civilizados” dentro de la ecuación, dada la necesidad de reflexionar sobre la potencialidad de la aplicación del *common law* en escenarios como India<sup>15</sup>. El debate sobre la codificación, así las cosas, no se producía en unas condiciones asimilables a las de la Francia del cambio de siglo, sino que estaba fuertemente marcado por la impronta imperial. Sus reflexiones se producían en coordenadas muy alejadas a las que presentaban los detractores de la Escuela exegética que, por otra parte, aun coincidiendo en el diagnóstico tenían serias dificultades para converger en una propuesta positiva<sup>16</sup>.

A lo largo de la última década se ha insistido en desmitificar algunas de las lecturas tradicionales de la obra de Maine y sus seguidores, y más genéricamente, de los caracteres básicos de lo que se ha convenido en llamar “imperialismo liberal”. Según esta lectura, tras el motín de la India en 1857 el pensamiento imperial

<sup>13</sup> ROSLYN JOLLY, “Robert Louis Stevenson, Henry Maine, and the Anthropology of Comparative Law”, en *The Journal of British Studies*, vol. 45, núm. 3, 2006, Nueva York, North American Conference on British Studies, p. 560.

<sup>14</sup> “One of the writers of modern juridical thinkers, John Austin [...] seems to imply that the authors and expositors of civilised systems of law are constrained, by a sort of external compulsion, to think in a particular way on legal principles, and on the modes of arriving at juridical results”. MAINE, *Village-Communities...*, cit., p. 4. No obstante, cabe reseñar que se han alzado algunas voces críticas contra las asunciones habituales de la contraposición Austin-Maine, como por ejemplo en WILFRID RUMBLE, “John Austin and His Nineteenth Century Critics: The Case of Sir Henry Sumner Maine”, en *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 39, 1988, Belfast, School of Law - Queen's University Belfast, pp. 119-149.

<sup>15</sup> Utilizando como vehículo el aporte de James Fitzjames Stephen al debate sobre la codificación se ofrece una buena panorámica de este particular en JAMES A. COLAIACO, *James Fitzjames Stephen and the Crisis of Victorian Thought*, Londres, Macmillan, 1983, pp. 74 y ss.

<sup>16</sup> CARLOS PETIT CALVO, “Absolutismo jurídico y derecho comparado: método comparativo y sistema de fuentes en la obra de Édouard Lambert”, en PAOLO CAPPELLINI, (Ed.), *De la ilustración al liberalismo: symposium en honor al profesor Paolo Grossi*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 121-138, especialmente 129.

británico pasa de situarse en los postulados clásicos del liberalismo más universalista (misión civilizatoria basada en una idea de progreso, justificación moral, etc.) a adoptar posturas de corte culturalista, basadas precisamente en la concepción diacrónica y dicotómica (sociedades tradicionales-sociedades modernas) que Maine popularizó apenas cuatro años después. Este movimiento, se sostiene, se erigiría, a modo de “coartada”, como fundamento del “mandato indirecto” (*indirect rule*)<sup>17</sup>. Poner el foco en las diferencias permitía así obtener información acerca de la evolución histórica del propio derecho, pero a su vez ejercía de cautela frente a planteamientos asimilacionistas: determinados pueblos, por su propio funcionamiento social (entendidos ahora como entidades funcionales coherentes, ya no a través del prisma de los prejuicios sobre el “despotismo oriental”), no estarían capacitados para someterse a las normas propias de las sociedades “modernas”. Como consecuencia de este planteamiento, se respetaban determinadas instituciones -especialmente iusprivatísticas- en los territorios sometidos al mandato imperial.

Las “demandas sociales nunca antes confrontadas” que advertía Amos eran, así las cosas, muy diferentes en el ámbito de los debates imperiales británicos desde finales de la década de 1850 en comparación con el contexto continental propio del último tercio del siglo, sustancialmente más centrado en cuestiones “metropolitanas” en lo que a teoría jurídica se refiere<sup>18</sup>, en particular a propósito de la puesta al día de la codificación.

Precisamente en 1883, con la reconstrucción institucional de los estudios en derecho en Oxford, Frederick Pollock accedió al puesto de *Corpus Professor of Jurisprudence*, cuyo cometido era el de tratar el derecho desde un punto de vista “histórico y comparativo”, y que había quedado vacante durante varios años: su anterior responsable había sido el propio Maine. En una conferencia pronunciada a modo de obituario en 1888, tras la muerte de su predecesor, Pollock se encargó de subrayar el peculiar genio de Maine a la hora de abrir nuevas líneas de investigación, que traerían consigo “nuevos descubrimientos y nuevas conquistas” en los años venideros por parte de autores que cogerían el testigo de los ámbitos

---

<sup>17</sup> KARUNA MANTENA, *Alibis of Empire: Henry Maine and the Ends of Liberal Imperialism*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2010; KARUNA MANTENA, “Law and ‘Tradition’: Henry Maine and the Theoretical Origins of Indirect Rule”, en ANDREW LEWIS y MICHAEL LOBBAN (Eds.), *Law and History*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 159-188, especialmente 166-170.

<sup>18</sup> Si bien en este punto cabe matizar que los discursos propios de los planos metropolitano, imperial e internacional por parte de algunos de los pesos pesados de la doctrina jurídica y política británica estuvieron fuertemente entrecruzados a lo largo de las décadas siguientes, como he tratado de subrayar en HÉCTOR DOMÍNGUEZ BENITO, *James Bryce y los fundamentos intelectuales del internacionalismo liberal (1864-1922)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.

explorados por el jurista formado en Cambridge<sup>19</sup>. Tras destacar el hecho de que Maine fuera “humanista antes que jurista”, Pollock insistía en su conferencia en el hecho de que su obra había sido la punta de lanza del método comparado con el que se había familiarizado su generación.

Si bien podía llegarse a la conclusión de que algunas líneas argumentales de Maine podían ser criticadas, lo importante de su legado era, para Pollock, el funcionamiento de los instrumentos que el *apóstol* había legado a los juristas de los ochenta -entre los que podríamos contar al propio Amos o, con un contacto más directo con el propio Pollock, a James Bryce, en cuya obra podemos encontrar ejercicios de comparación diacrónica en la línea de Maine y Freeman como los que contrastan Roma y el propio Imperio británico<sup>20</sup>; o con pretensiones un punto más sofisticadas como la exhibida en *The American Commonwealth* (1888), en la práctica una comparación entre el sistema constitucional británico y el estadounidense<sup>21</sup>.

Esta última obra suele contraponerse con otra muy cercana en su publicación, *Political Science and Comparative Constitutional Law* (1890) del estadounidense John William Burgess<sup>22</sup>. Mientras que Bryce incluía en su discurso la vindicación de una “ciencia nueva” y orientaba su comparación en línea con los ingentes aportes de la teoría social, los planteamientos de Burgess en lo relativo a la comparación eran muy parecidos a los que defenderían los partidarios del estudio de la antigua usanza “continental” del derecho privado: comparación como yuxtaposición de normas. Consecuentemente, a menudo la comparación se utiliza para subrayar el carácter innovador de la obra de Bryce. Burgess, además, se había formado en Alemania, y su obra era muy deudora de la perspectiva continental de su maestro John Gustav Droysen. La dura crítica de un constitucionalista de la órbita de Bryce como un por aquel entonces joven Woodrow Wilson al tratado de Burgess dejaba meridianamente clara la ruptura entre una forma de entender la comparación de orientación “clásica”, y otra forma más comprometida con el análisis de las circunstancias sociales en que se desarrollan las normas: para el que con el tiempo se convertiría en Presidente de los Estados Unidos, el planteamiento de Burgess presentaba algunos errores “irritantes”, tales como “un estilo mecánico

---

<sup>19</sup> FREDERICK POLLOCK, “Sir Henry Maine and His Work”, en *Oxford Lectures and Other Discourses*, Londres-Nueva York, Macmillan, 1890, pp. 147-168.

<sup>20</sup> Conectándolo con la centralidad de la idea de “civilización” para estos aportes, esto se ha señalado en CARLOS PETIT CALVO, “Derecho civil e identidad nacional”, en *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, vol. 3, 2011, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, pp. 24 y ss.

<sup>21</sup> JAMES BRYCE, *The American Commonwealth*, Londres, Macmillan, 1888.

<sup>22</sup> JOHN WILLIAM BURGESS, *Political Science and Comparative Constitutional Law*, Nueva York, Barker and Taylor Company, 1890.

e incorrecto [...] y una falta de comprensión de las instituciones como intrincadas expresiones de la vida”<sup>23</sup>.

En definitiva, podemos advertir que el desarrollo del método comparado en el ámbito anglosajón no solamente se ceñía a cuestiones relativas al derecho privado. La necesidad creciente de repensar la propia naturaleza del Imperio y las potenciales vías para su supervivencia (en el caso de Bryce era muy claro: se comparaba el sistema constitucional del Imperio con el estadounidense para explorar la posibilidad de federalizar aquel) hicieron que el método comparado adquiriese una importancia cada vez mayor en los dominios del derecho constitucional<sup>24</sup>.

### III. GENERACIÓN DE EPÍGONOS. FREDERICK POLLOCK EN EL *CONGRÉS INTERNATIONAL DE DROIT COMPARÉ*

Fueron precisamente Bryce y Pollock quienes participaron como representantes de la academia británica en el aclamado *Congrés International de Droit Comparé* celebrado a finales de julio y comienzos de agosto de 1900. Ambos se encontraban entre el comité de Presidentes de Honor, y al último de ellos se le encomendó la presentación de un informe dedicado a rastrear, precisamente, los “prolegómenos de la disciplina” -algo que en sí mismo nos plantea de antemano la posibilidad de relativizar el carácter netamente fundacional del evento.

Lejos de partir de una visión teleológica o arcaizante de lo que suponía la idea de *comparative jurisprudence*, en su intervención en el Congreso Pollock se mostró muy al tanto de la complejidad que exhibía su difuso objeto de estudio. Su planteamiento se podría resumir en tres ideas, muy interconectadas entre sí. En primer lugar, se subrayaba el carácter eminentemente *moderno* de esta metodología. En segundo lugar, de forma muy congruente con algunas de sus conferencias previas, se reivindicaba el legado de Henry Maine como una suerte de punto de referencia para los estudiosos interesados en los acercamientos comparativos al derecho. Por último, muy en línea con esa insistencia en su maestro Maine, Pollock

---

<sup>23</sup> “[A] mechanical and incorrect style [...] and a lack of insight into institutions as detailed expressions of life”. WOODROW WILSON, citado en ROBERT ADCOCK, *Liberalism and the Emergence of American Political Science: A Transatlantic Tale*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 240.

<sup>24</sup> El derecho constitucional comparado se subsumía a menudo dentro de la etiqueta de *comparative politics*. Al respecto, RAN HIRSCHL, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 156.

insistía en la necesaria conexión entre el derecho comparado y la historia del derecho. El derecho comparado como postura metodológica constituía para él “una ciencia del tipo más moderno”<sup>25</sup>. La inextricable conexión del comparativismo con la modernidad se fundamentaba en un punto de partida que podría parecer obvio: el derecho comparado no consistiría simplemente en recopilar el conjunto de diversidades que presentan los distintos pueblos -con esta crítica se adelantaba así a las voces que surgirían en las décadas siguientes contra lo que se terminó denominando “hiperfactualismo”. Más bien al contrario, el propósito de esta ciencia era aproximarse de forma sistemática a las ideas e instituciones jurídicas, tratando de establecer relaciones entre los distintos factores que inciden en su desarrollo, a saber: condiciones de origen e influencias formativas, fases evolutivas, o el carácter nacional o etnográfico de los distintos pueblos en que se producen.

Partiendo de estos fundamentos, Pollock desgranaba cronológicamente épocas o autores que a menudo se reputaban como representantes del método comparado. Las sociedades premodernas no estaban dotadas de las condiciones necesarias para engendrar este tipo de aproximaciones, por mucho que autores clásicos como Aristóteles o Gayo dieran algunos pasos en la dirección correcta. El contexto no permitía ese tipo de acercamientos sistemáticos. Si los hombres de la República romana habían practicado el derecho comparado, sostenía Pollock, era sin saberlo -entre otras cosas por la propia tendencia centralista de la propia República, incompatible con el desapego [*détachement*] que requerirían los estudios comparados<sup>26</sup>. Por supuesto, la propia apelación al desapego también invalidaba los aportes medievales que pudieran relacionarse con el derecho comparado, porque a pesar de la “superabundancia” de datos materiales en esta época susceptibles de ser analizados desde semejante punto de vista, todos los aportes estaban impregnados de lógicas de combate *político* (poder imperial *versus* poder papal; uso de la comparación entre instituciones exclusivamente encaminado a reconocer la inferioridad del otro, etc.). El *ancien régime*, aun siendo “más amable que cualquier despotismo oriental”, tenía los suficientes elementos de arbitrariedad y oscurantismo como para ser desechados en la construcción de

<sup>25</sup> “Le droit comparé, tel que nous l’entendons aujourd’hui, est une science des plus modernes”. FREDERICK POLLOCK, “Le Droit comparé: Prolégomènes de son histoire”, en *Congrès International de Droit Comparé, tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900: Procès-verbaux des séances et documents, tome premier*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1905, p. 248.

<sup>26</sup> Desde su habitual perspectiva crítica, Legrand planteaba hace una década que es la misma idea de desapego respecto del mundo la que sigue sirviendo como referencia de lo que debe ser el éxito en el derecho comparado -el fundamento básico de la idea de armonización del derecho, tan discutida por este autor. El protagonismo del desapego acarrearía consecuencias tales como la exclusión de dimensiones intuitivas, empáticas o relacionales en favor del “control sobre el objeto”. Ver PIERRE LEGRAND, “Paradoxically, Derrida: For a Comparative Legal Studies”, en *Cardozo Law Review*, vol. 27, núm. 2, 2005, New York, Yeshiva University Benjamin N. Cardozo School of Law, p. 654.

cualquier genealogía rigurosa del derecho comparado. Incluso los enciclopedistas, incidía Pollock, eran susceptibles de ser desechados por su parcialidad, en este caso fundamentada en su énfasis en mantener en alto “la bandera racionalista” contra sus adversarios: para el jurista inglés se trataba de una doctrina esencialmente militante y, si bien la ciencia moderna tenía derecho a reivindicar que nada era sagrado, al mismo tiempo debía admitir que nada era despreciable<sup>27</sup>.

No sería hasta la llegada de la reacción posrevolucionaria de la Escuela Histórica donde, según Pollock, podrían encontrarse los orígenes verdaderamente relevantes de lo que se entendía por *comparative jurisprudence*<sup>28</sup>. En este sentido, celebraba los aportes de Savigny y las correcciones a su “exclusivismo” practicadas por von Ihering<sup>29</sup>. No obstante, Savigny no trataba de integrar los sistemas antiguos en investigaciones históricas de naturaleza comparada, y von Ihering y Maine no llegaron a leerse mutuamente antes de la publicación de *Ancient Law*. En todo caso, el giro historicista alemán fue particularmente influyente para los juristas británicos<sup>30</sup>, entre otras cosas porque la noción del *Volkgeist* que inspiraba a

---

<sup>27</sup> “Si notre science a le droit de trouver que pour elle rien n’est sacré, c’est à condition de reconnaître en même temps que rien n’est méprisable”. POLLOCK, “Le Droit comparé...”, cit., p. 257.

<sup>28</sup> Esto hace que la apreciación que toma el todo por la parte de la intervención de Pollock en París citando simplemente la idea de que “el derecho comparado no es sino la introducción del método comparado en el derecho” de una idea muy poco precisa de lo que pretendía el jurista británico. En dicha línea, ver SIMONE GLANERT, “Method?”, en PIER GIUSEPPE MONATERI (Ed.), *Methods of Comparative Law* Cheltenham, Edward Elgar, 2012, p. 61.

<sup>29</sup> Pollock volvería sobre este particular en su introducción a la edición de *Ancient Law* publicada en Nueva York en 1906. En primer lugar, recordando que en el momento en que Maine escribió el libro el romanista más influyente era Savigny; en segundo lugar, advirtiendo que en la generación de Maine el autor más paralelo a él dentro del mundo germánico era von Ihering, en la medida en que ambos coincidían en puntos muy determinados como considerar voluntario el origen de la jurisdicción. Ver FREDERICK POLLOCK, “Introduction”, en MAINE, *Ancient Law...*, cit., p. xiii.

<sup>30</sup> Esta influencia se pone de manifiesto en términos generales en MICHAEL H. HOEFELICH, “Savigny and his Anglo-American Disciples”, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 37, Oxford, American Society of Comparative Law, 1989, pp. 17-37; en concreto en relación con Pollock y Maitland y su conocida obra *History of the English Law*, ver JOHN W. CAIRNS, “Intellectual History and Legal History”, en RICHARD WHATMORE y BRIAN YOUNG (Eds.), *A Companion to Intellectual History*, Oxford, Wiley Blackwell, 2016, pp. 217 y ss. Sin embargo, cabe decir respecto de este extremo que Maitland, escéptico hacia la utilidad de la historia para los juristas, generalmente miró con recelo la obra de los comparativistas más clásicos como Maine y Freeman, debido a las inexactitudes del primero y a la “aversión a los archivos” del segundo. Ver, respectivamente, ALAN DONALD JAMES MACFARLANE, “Some Contributions of Maine to History and Anthropology”, en ALAN DIAMOND (Ed.), *The Victorian Achievement of Sir Henry Maine: A Centennial Reappraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 1911, p. 112; MICHAEL LOBBAN, “The Varieties of Legal History”, en *Clio Themis: Revue électronique d’histoire du droit*, núm. 5, 2012, pp. 4-8. En esta última referencia se da cuenta de su famosa broma: “[...] se dice en ocasiones que el derecho inglés solo puede

Savigny y sus seguidores era muy concordante con la noción de *national character* propia del mundo anglosajón que, como hemos mencionado previamente, para Pollock era uno de los elementos basilares de análisis para el derecho comparado. En la medida en la que la observación del carácter nacional necesitaba de la historia<sup>31</sup>, el derecho comparado no podía escapar a esta lógica: “no hay una gran diferencia entre hablar de ciencia del derecho histórico o de ciencia del derecho comparado o, como los alemanes parecen inclinados a hacer, de la historia general del derecho”<sup>32</sup>.

Semejante perspectiva ya había sido puesta de manifiesto en su *Inaugural lecture* como *Corpus Professor* en 1883<sup>33</sup>: la “doctrina de la evolución” era el instrumento más poderoso del saber, y en este punto consideraba a Savigny o a Burke “darwinianos antes que Darwin”<sup>34</sup>. Este último solo habría venido a aplicar el método histórico de estos autores a la rama natural de las ciencias<sup>35</sup>. El método histórico sería, así las cosas, la doctrina de la evolución aplicada a las sociedades e

---

ser entendido históricamente. Ahora bien, el derecho inglés puede ser malo, pero ¿tan malo como para eso?”. Así las cosas, no se hará especial hincapié en *History of the English Law*, teniendo en cuenta precisamente que el grueso del trabajo de redacción del libro recayó sobre el propio Maitland, tal y como se recuerda en JOSÉ ANTONIO ESCUDERO LÓPEZ, “La historiografía general del Derecho inglés”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 35, 1965, Madrid, Ministerio de Justicia - Boletín Oficial del Estado, BOE, pp. 289 y ss.

<sup>31</sup> JOHN R. DAVIS, *The Victorians and Germany*, Berna, Peter Lang, 2007, pp. 181-182.

<sup>32</sup> “It makes no great difference whether we speak of historical jurisprudence or of comparative jurisprudence, or, as the Germans seem inclined to do, of the general history of law”, FREDERICK POLLOCK, citado en KONRAD ZWEIGERT y HEIN KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law* (traducción de Tony Weir), 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 59.

<sup>33</sup> Y había sido realizada con más énfasis si cabe, pues no son pocos los autores que consideran que el influjo de Savigny en Pollock fue decayendo progresivamente con el tiempo, especialmente en lo relativo a cuestiones de derecho privado. Al respecto, pueden encontrarse ejemplos como CATHARINE MACMILLAN, *Mistakes in Contract Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 295; o STEPHEN WADDAMS, “The Draft Common Frame of Reference in Relation to English Contract Law”, en JAMES DEVENNEY y MEL KENNY (Eds.), *The Transformation of European Private Law: Harmonisation, Consolidation, Codification or Chaos?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 6.

<sup>34</sup> FREDERICK POLLOCK, “English Opportunities in Historical and Comparative Jurisprudence”, en *Oxford Lectures...*, cit., p. 40.

<sup>35</sup> A partir de Darwin ambas ramas se retroalimentaron. Sin ir más lejos, se dice que la ciencia de la evolución en conexión con el darwinismo social provocó que se sentaran las bases científico-normativas de regímenes de “excepcionalismo liberal” y “jerarquía racial” como el propio mandato británico en India. Al respecto, MOHAMMAD SHAHABUDDIN, “Historicising ‘Law’ as a Language of Progress and its Anomalies: The Case of Penal Law Reforms in Colonial India”, en *Asian Journal of Comparative Law*, vol. 9, núm. 1, 2014, Singapore, Asian Law Institute Cambridge University Press, pp. 239 y ss., aporte muy deudor del archiconocido marco teórico abierto en DIPESH CHAKRABARTY, *Provincializing Europe: Postcolonial Thought and Historical Difference*, Princeton, Princeton University Press, 2000.

instituciones conocidas. Con claras reminiscencias de su maestro Maine, en la misma lección inaugural Pollock emplazaba a sus estudiantes y colegas a “aprovechar las oportunidades” que ofrecía India para los ingleses: sus costumbres y tradiciones arrojaban luz sobre las formas antiguas de autogobierno, o sobre la evolución de las relaciones entre el derecho y la religión en sus primeros compases<sup>36</sup>.

Al mismo tiempo, sin embargo, y en el mismo año en el que Amos publicaba su libro en Alejandría, apelaba a que “el excesivo interés en la India”<sup>37</sup> no condujese “a olvidar el amplio y diverso campo de estudios jurídicos que nos ofrecen otras colonias y posesiones”<sup>38</sup>, como la exploración de los fenómenos que tenían lugar como consecuencia de que el *Judicial Committee of the Privy Council* conociera del derecho de la antigua monarquía francesa en algunas partes de Canadá; del código napoleónico en la Isla Mauricio; o del derecho romano continental en la Colonia del Cabo o en Ceilán.

Naturalmente, los postulados expuestos en este repaso pueden despertar bastantes dudas al lector respecto de cómo entendía el derecho comparado esta vertiente “anglosajona”: ¿cómo se puede conjugar un acercamiento a estos objetos de estudio coloniales con el suficiente *détachement*, cuando muchos de quienes lo cultivaban eran juez y parte al ejercer cargos en la administración colonial?; y, especialmente, ¿cómo se puede estimar de una forma objetiva constructos como los de “carácter nacional” o “carácter etnográfico”? La primera cuestión puede tener una respuesta bastante obvia: eran precisamente los funcionarios coloniales los que tenían acceso a la “observación” del objeto, elemento central del propio método científico con ínfulas empiricistas. Así se resolvería también la segunda cuestión: la observación empírica permitía otorgar validez -y por tanto legitimidad científica- a consideraciones que por su propia naturaleza sería imposible formular al margen de sesgos. Basta advertir al respecto, a modo de anécdota bastante sintomática, que Maine no escribió *Ancient Law* debido a su experiencia en la India, sino que precisamente fue nombrado funcionario colonial después del éxito de su obra<sup>39</sup>. Y

---

<sup>36</sup> POLLOCK, “English Opportunities...”, cit., p. 56.

<sup>37</sup> Como ejemplo contemporáneo del interés en la India, Pollock mencionaba explícitamente ALFRED LYALL, *Asiatic Studies: Religious and Social*, Londres, John Murray, 1882. Esta obra suponía, a su juicio, otra prueba de que la conexión entre el método histórico y el comparativo se encontraba aún “en el vigor de su juventud”. Lyall consolidaba en su estudio un aspecto ya presente, pero que posteriormente cobraría una centralidad aún mayor para el derecho comparado anglosajón del siglo XX, como es la incidencia de la religión -especialmente interesante, en particular por su heterodoxia en cuanto al objeto de estudio, es el capítulo dedicado a China.

<sup>38</sup> POLLOCK, “English Opportunities...”, cit., p. 57.

<sup>39</sup> Ver, sobre este particular, la semblanza publicada en *Proceedings of the American Academy of Arts and Sciences*, vol. 23, núm. 2, 1887-1888, Cambridge MA, American Academy of Arts & Sciences, pp. 356-357.

que Pollock, su sucesor como *Corpus Professor*, ni siquiera tendría experiencia fuera de la metrópoli; así como tampoco Bryce, *Regius Professor of Civil Law*, personaje muy viajado pero no como parte del desempeño de funciones coloniales, pues rechazó en varias ocasiones ofrecimientos para ejercer cargos de este tipo. El *détachement* fundamentado en la observación, así las cosas, presentaba ciertas deficiencias insalvables: a menudo se debatían objetos coloniales con herramientas metropolitanas, con las preconcepciones que ello conllevaba.

El repaso de Sir William Searle Holdsworth en 1928 sobre los grandes historiadores del derecho anglo-americano destacaba a Pollock, justamente, por su apego a la herencia de la tradición jurídica inglesa. Para ello citaba una conferencia de bienvenida a los nuevos alumnos durante uno de los cursos que impartió en Oxford, en la que emplazaba a los estudiantes a “entender qué gran herencia es el derecho de Inglaterra, del que somos partícipes nosotros y nuestros hermanos a lo largo del Océano, y [...] considerar tratados y alianzas internacionales un lazo débil en comparación con aquel”<sup>40</sup>. Sin ánimo de entrar de lleno en esta cuestión, dado que pudiera resultar un tanto digresiva, el mero hecho de que el jurista animara a sus alumnos a anteponer la grandeza de su tradición jurídico-cultural a *treaties* y *covenants* dice mucho de la impronta que los victorianos querían imponer al derecho internacional en la antesala del debate sobre la creación de una organización internacional que caracterizó la segunda década del siglo XX<sup>41</sup>: una impronta en el fondo muy poco caracterizada por el desapego científico.

Por otro lado, puede aducirse además la incongruencia de tratar de basar esas demandas de “aproximación sistemática” justamente dentro de un paradigma evolucionista que prestase atención a las distintas fases de desarrollo de las diversas comunidades civilizadas, y por lo tanto recurriendo al método histórico. Esta combinación acarrearía que el derecho comparado no pudiera escapar de uno de los lugares comunes que caracterizaron a buena parte de las disciplinas que se construían o reconstruían a finales del siglo XIX en lo que podríamos definir de un modo muy genérico como “ciencias sociales”: la doble vara de medir con la que se consideraban las analogías históricas. La *comparative jurisprudence* heredera de Maine se fundaba prácticamente sobre generalizaciones diacrónicas y analogías, pero uno

---

<sup>40</sup> “You shall understand how great is the law of England, whereof shall deem treaties and covenants a feble bond in comparison of it”. POLLOCK, citado en WILLIAM SEARLE HOLDSWORTH, *The Historians of Anglo-American Law*, Nueva York, Columbia University Press, 1928, p. 97.

<sup>41</sup> He dado cuenta de este asunto en HÉCTOR DOMÍNGUEZ BENITO, “El mundo necesita otro Grocio: el desencuentro entre derecho y política en el intercambio de proyectos para la constitución de una sociedad de naciones”, en *Revista de Estudios Políticos*, vol. 176, 2017, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 223-251. Ver, asimismo, CASPER SYLVEST, *British Liberal Internationalism, 1880-1930: Making Progress?*, Manchester, Manchester University Press, 2009.

de los extremos básicos para Pollock a la hora de buscar el origen de la disciplina y desechar otros aportes fue precisamente desacreditar a Montesquieu porque “tomó sus ejemplos a través de la historia universal y de las narraciones de los viajeros, sin preocuparse de las diferencias enormes de los contextos”<sup>42</sup>. A Montesquieu, insistía Pollock, le faltaba sistematización, y le faltaba sistematización porque no había sido capaz de respetar la continuidad histórica de las instituciones. Esto es, en consecuencia, muy representativo de lo que se entendía por “sistematización” dentro de la mentalidad de la *comparative jurisprudence* del cambio de siglo: combinar la inconmensurabilidad de los contextos con un relato de continuidad histórica. Un trabajo, en definitiva, digno de Sísifo.

No obstante, cabe reconocer a Pollock que supo intuir perfectamente que lo que pretendía formular era una tarea infinita. Esa era la explicación, terminaba admitiendo, por la que nunca se podría llegar a entender el derecho comparado como una disciplina independiente de otros órdenes. Esa fue, en fin, la conclusión de su heterodoxa intervención en París, que contrasta con las habituales narrativas del evento, y que recuerda a la idea de Savigny de una jurisprudencia “orgánicamente progresiva”<sup>43</sup>.

Diría que la fuerza del método comparado consiste en que sus aplicaciones no se pueden practicar casi nunca por separado. Se unen entre sí, y con las ciencias históricas, dentro de una intimidad tan indivisible que se resisten al análisis. Hay pocos libros de derecho comparado -si acaso, no sé muy bien si hay-, pero muchos libros de derecho histórico (*droit historique*) y de la propia dogmática, en los que el método comparado es de una gran importancia. Esto significa que la bibliografía no podrá jamás rendir justicia a este método. Y además, nuestro trabajo, en la etapa en la que nos encontramos, está necesariamente fraccionado. Nosotros somos una generación de epígonos: el pensamiento de nuestros maestros ha conquistado por nosotros varios terrenos que es nuestro deber cultivar y administrar [...] Las ideas generales que tengamos después de cierto tiempo nos darán los medios para controlar los hechos sin los que carecerían de continuidad y, por tanto, de interés. Más tarde, el aumento de los conocimientos pedirá de

---

<sup>42</sup> “Il alla donc prendre ses exemples à travers l’histoire universelle et les relations de voyageurs, sans se soucier des différences énormes des contextes. Nous le voyons sauter de Cyrus à Alexandre, d’Alexandre à Charles XII, et faire coudoyer les Espagnols par les Chinois”. POLLOCK, “Le Droit comparé...”, cit., p. 256.

<sup>43</sup> A propósito del uso de esa concepción de una *jurisprudence* orgánicamente progresiva de Savigny por parte de los defensores del *common law*, en oposición a los códigos del derecho civil, ver E. DONALD ELLIOTT, “The Evolutionary Tradition in Jurisprudence”, en *Columbia Law Review*, vol. 85, 1985, New York, Columbia Law School, pp. 41-43.

nuevo una buena generalización. Entonces, los exploradores, armándose de los arsenales que les hemos legado, buscarán nuevas aventuras<sup>44</sup>.

Para enfatizar en el hecho de que el derecho comparado procedía de la generación anterior, de los maestros de la generación que se había congregado en París, recurría además a una justificación conceptual: hacia 1860, o incluso más tarde, el diccionario de la lengua francesa de Émile Littré en su primera versión aún no recogía la expresión “*droit comparé*” en el apartado correspondiente a la palabra “*comparatif*”, donde sí estaba incluida la locución “*anatomie comparative*”. Dado que en febrero de 1869 se puso en marcha en París la *Société de législation comparée*, Pollock se inclinaba a pensar “que el neologismo derecho comparado se comenzó a escuchar en el mundo erudito hacia 1863 o 1865, abriéndose camino después con bastante rapidez”<sup>45</sup>.

La revisión que haría Pollock en inglés a estos *Prolégomènes* presentados en el congreso de París fue utilizada en su conferencia de despedida como profesor de Oxford en 1903. En ella, comenzaba buceando aún más en los orígenes de la idea de *comparative jurisprudence*, al remitirse a la referencia a un tercero hallada en *On the Uses of the Study of Jurisprudence* de Austin (1834), en la que se definía esta idea como “el proceso de determinación de los principios comunes a los sistemas jurídicos más maduros”, o las “distintas analogías que se extraen de los mismos”<sup>46</sup>. El planteamiento de este jurista citado por Austin, cuya identidad Pollock no

<sup>44</sup> “[J]e dirai que la puissance de la méthode comparée consiste à ce que ses applications ne se font presque jamais à part. Elles se lient entre elles et avec les sciences historiques dans une intimité tellement indivisible qu’elles résistent à l’analyse. Il y a donc peu de livres de droit comparé –à la rigueur, je ne sais trop s’il en existe– mais beaucoup de livres de droit historique et même dogmatique, où la méthode comparée est d’une grande importance. Cela veut dire que la bibliographie ne pourra jamais rendre justice à cette méthode. Et puis, notre travail, à l’étape où nous sommes, est nécessairement fractionné. Nous sommes une génération d’épignes : la pensée de nos maîtres a fait pour nous la conquête de vastes terrains qu’il est de notre devoir de cultiver et d’administrer [...] Les idées générales que nous possédons depuis un certain temps nous donnent les moyens de contrôler les faits qui, sans elles, manqueraient de continuité et par conséquent d’intérêt. Plus tard, le surcroît de connaissances demandera encore une fois la généralisation magistrale. Alors des explorateurs, s’armant dans les arsenaux que nous leur aurons légués, chercheront de nouvelles aventures”. POLLOCK, “Le Droit comparé...”, cit., pp. 260-261.

<sup>45</sup> “Je serais donc porté à croire que le néologisme de Droit comparé a commencé à s’entendre dans le monde savant vers 1863 ou 1865, pour se faire un chemin ensuite avec assez de rapidité”. POLLOCK, “Le Droit comparé...”, pp. 259.

<sup>46</sup> “It seems that about, or possibly before, 1830, some one applied the name of general or comparative jurisprudence to the process of ascertaining the ‘principles common to maturer systems’ of law, ‘or the various analogies obtaining between them’”. FREDERICK POLLOCK, “The History of Comparative Jurisprudence”, en *Essays in Law*, Londres, Macmillan, 1922, p. 1.

consiguió descubrir, recordaba ciertamente a los que propondría Salleilles en última instancia: establecer una suerte de derecho común de la humanidad civilizada. Ya el propio Lambert, señala Jolowicz, dotaba al derecho comparado de un armazón mucho más sofisticado<sup>47</sup>. En su *farewell lecture* Pollock insistía en esa naturaleza compleja del objeto: se necesita del método histórico, porque el contexto (“*its proper historical atmosphere*”) lo es todo a la hora de acercarse a un sistema ajeno o antiguo; sin embargo, ¿significaría esto que la investigación comparada es solamente aplicación del método histórico? De ninguna manera: el método comparado tiene que compensar precisamente la dimensión “nacional” o “provincial” de la propia historia: el método histórico por sí solo sería como estudiar la anatomía de una única especie o las inflexiones de un único lenguaje<sup>48</sup>.

Esta segunda versión del texto introduce varios planteamientos nuevos, entre los que podemos quedarnos con dos: la fecha clave sería justamente 1869, momento en el que coinciden en el tiempo la creación de la *Société* y el nombramiento de Maine como *Corpus Professor*. El uso de la palabra “*legislation*” por la organización francesa, posteriormente además seguido por su entidad homóloga inglesa, creada en 1896, sería para Pollock el mantenimiento de una “más bien inadecuada concepción tanto de los problemas como del método”<sup>49</sup>. El propio Lambert se expresaba en términos similares: para él la *histoire comparative* y la *législation comparée* seguían caminos distintos, siendo la primera la que estaba dotada de un verdadero carácter científico, al valerse no solamente de las diferencias del derecho positivo, sino también de las diferencias entre las fuentes de las normas jurídicas (grados de desarrollo económico y social, etc.)<sup>50</sup>. Para Pollock, sin embargo, lo cierto era que 1900 no estaba fundando nada. La resignación que suponía considerar a su generación como un simple conjunto de seguidores de Maine en el Congreso de París se vio formidablemente reflejada cuando reconoció que, cuando alguien le preguntaba qué se entendía por derecho comparado, el solía responder “lea las *Village-communities* de Maine”<sup>51</sup>. En 1903 quiso

<sup>47</sup> JOHN ANTHONY JOLOWICZ, “Comparative Law in Twentieth-century England”, en JACK BEATSON y REINHARD ZIMMERMANN (Eds.), *Jurists Uprooted: German-Speaking Émigré Lawyers in Twentieth-century Britain*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 347.

<sup>48</sup> POLLOCK, “The History of Comparative...”, cit., p. 7.

<sup>49</sup> “[T]he use of the word legislation by the parent French Society, followed apparently for conformity’s sake when the English Society of the like name was established so recently as 1896, argues a rather inadequate conception alike of the problems and of the method”. POLLOCK, “The History of Comparative...”, cit., p. 25. En el mismo 1896 quedaba patente esa “concepción inadecuada” en la presentación de la *Société* en la *Harvard Law Review*, donde se afirmaba que su trabajo consistía en estudiar cuestiones que pudieran ayudar a los poderes legislativos a solucionar problemas del día a día, tanto a partir del análisis como de la traducción de normas. Ver HENRI LÉVY-ULLMANN, “Account of the French Society of Comparative Legislation”, en *Harvard Law Review*, vol. 10, núm. 3, 1896, p. 162.

<sup>50</sup> JOLOWICZ, “Comparative Law...”, cit., p. 347.

<sup>51</sup> POLLOCK, “Le droit comparé...”, cit..

hacer mención explícita a esos epígonos, a sus compañeros de generación, y en una cita en la que rozaba la autoparodia respecto de su discurso en París, señaló:

Para ser un jurista inglés, no exageraría si dijera que los métodos que Oxford invitó a Maine a demostrar en su cátedra han revolucionado nuestra historia del derecho y en gran medida transformado nuestros actuales manuales. Si desean saber lo que se está haciendo en el método histórico y comparado en el mundo de la enseñanza en toda su extensión, deben consultar no solo a un hombre, sino a muchos [...] Deben preguntar por Esmein y Paul Viollet en París, por Brunner y Gierke en Berlín, por Balzani y Boni en Roma, por Kovalevsky y Vinogradoff (no en Moscú, por razones que no vienen al caso), por Holmes en Washington y Ames en Harvard, por Alfred Lyall en Londres y por Maitland en Cambridge [...] <sup>52</sup>.

Además de la nómina de epígonos oficiosos, Pollock incluía también a los autores de los que, consideraba, el método era deudor y ya habían fallecido, como Lord Acton y Thayer. Resulta muy interesante constatar que Freeman, con quien Pollock había tenido una relación más o menos estrecha, no se encontraba en la lista: esto viene a apuntalar el sentido de los aportes que inciden en el hecho de que este se fue separando de aquel porque para Pollock, al contrario que para Freeman, los principios e instituciones adquiridos y preservados por el *common law* no procedían del genio espontáneo de la raza anglosajona, sino del curso de una larga y compleja historia nacional <sup>53</sup>. Holdsworth daría con el punto justo al afirmar que el estilo de Pollock, al tiempo científico y literario, “mostraba a los estudiantes y juristas prácticos que el derecho inglés no era una mera recopilación de precedentes y leyes, sino un sistema de principios y normas caracterizadas por una coherencia lógica, y sin embargo eminentemente prácticas, porque encarnaban la

---

<sup>52</sup> “For an English lawyer it is hardly too much to say that the methods which Oxford invited Maine to demonstrate in this chair have revolutionised our legal history and largely transformed our current text-books. If you desire to know what is being done by the historical and comparative method in the world of learning at large, you must enquire not of one man, but of many [...] You must ask of Esmein and Paul Viollet in Paris, of Brunner and Gierke in Berlin, of Balzani and Boni at Rome, of Kovalevsky and Vinogradoff –not in Moscow, for reasons not to be mentioned here- of Holmes at Washington and Ames at Harvard, of Alfred Lyall in London and Maitland at Cambridge [...]”. POLLOCK, “The History of Comparative...”, cit., p. 26.

<sup>53</sup> ANTHONY BRUNDAGE y RICHARD A. COSGROVE, *The Great Tradition: Constitutional History and National Identity in Britain and the United States, 1870-1960*, Stanford, Stanford University Press, 2007, p. 52.

larga experiencia de la raza registrada en casos resueltos desde el primero de los *Year Books* hasta los tiempos modernos”<sup>54</sup>.

En resumen, la reivindicación del legado de Maine en París recordaba a los presentes la falta de originalidad de un método “histórico y comparado” que necesitaba de un importante esfuerzo por parte de sus cultivadores, pero que a la vez reconocía el carácter *netamente* moderno de su cometido, dentro del marco más amplio del paradigma evolutivo. Todo ello sin perder de vista el discurso de preeminencia del *common law* sobre otros sistemas y su fuerte impronta cultural, rasgo potencialmente conflictivo con su afán por obtener un desapego de corte cientifista, pero en todo caso tratando de alejarse de los juristas identificados con tendencias especialmente jingoístas.

#### IV. “CONSTRUYENDO LA TRADICIÓN” DEL *COMMON LAW*, O LA HISTORIA COMO COMPARACIÓN: LOS *SELECT ESSAYS IN ANGLO-AMERICAN LEGAL HISTORY* (1907-1909)

El cambio de siglo parecía traer un ambiente de cierta cooperación entre británicos y estadounidenses. Recientemente, desde la historia económica se está poniendo el acento en la colaboración en este ámbito entre ambas potencias alrededor del cambio de siglo<sup>55</sup>; a lo que cabría añadir que no son pocos los aportes que desde hace tres décadas analizan sinergias muy parecidas en el ámbito del derecho<sup>56</sup>. De hecho, mientras que las cronologías acerca del *rapprochement* político suelen comenzarse a menudo en la última década del siglo XIX, las obras que se ocupan del intercambio de ideas entre los juristas por lo general empiezan en 1870.

Uno de los autores más conocidos dentro del estudio del contacto entre estos juristas en la actualidad, David M. Rabban, se ocupa de semejante cuestión

---

<sup>54</sup> “Pollock’s books [...] showed students and practitioners that English law was no mere collection of precedents and statutes, but a system of principles and rules which were logically coherent, and yet eminently practical, because they were the long experience of the race recorded in cases decided from the first of the *Year Books* to modern times”. WILLIAM SEARLE HOLDSWORTH, citado en ALEXANDRA BRAUN, *Giudici e Accademia nell’esperienza inglese: Storia di un dialogo*, Bolonia, Il Mulino, 2006, p. 171.

<sup>55</sup> Por ejemplo, a través de la sugerente noción “inter-imperialismo anglo-americano”, en STEPHEN TUFFENELL, “Anglo-American Inter-Imperialism: US Expansion and the British World, c. 1865-1914”, en *Britain and the World*, vol. 7, núm. 2, 2014, Edinburgh, British Scholar Society, pp. 174-195.

<sup>56</sup> RICHARD A. COSGROVE, *Our Lady the Common Law: Anglo-American Legal Community, 1870-1930*, Nueva York, New York University Press, 1987.

en varios textos en los que se refiere al pensamiento jurídico producido en el siglo XIX como “giro historiográfico transatlántico”<sup>57</sup>. Rabban sostiene que precisamente el cambio de siglo marca la desaparición de la historia del derecho como disciplina, “eclipsada por las ciencias sociales”<sup>58</sup>, de tal forma que la culminación de la misma la marcaría en el contexto anglosajón la publicación de la historia del derecho inglés que Pollock publicó junto a Maitland. Para sostener esta tesis se apoya especialmente en el paso de la jurisprudencia histórica a la sociológica, liderado por Roscoe Pound: las ciencias sociales terminan devorando al método histórico. Sin embargo, sorprende que Rabban pase muy de puntillas, a propósito de este objeto de estudio, por los *Select Essays in Anglo-American Legal History* (1907-1909), un monumental proyecto promovido por la *Association of American Law Schools* y publicado a ambos lados del Atlántico.

Los *Select Essays* han sido muy escasamente explorados durante el poco más de un siglo que ha transcurrido desde su publicación, si bien cabría pensar que una de las principales causas que ha dado lugar a esta omisión es la heterogeneidad de los autores y contribuciones. No hay, al menos hasta la fecha, una gran valoración de conjunto sobre el impacto de esta obra<sup>59</sup>. Los propósitos quedaban meridianamente claros en el prefacio de la misma, escrito por el comité encargado de coordinar el libro, integrado por los juristas Ernst Freund, William E. Mikell y John H. Wigmore: había que sistematizar el acercamiento al *common law*, dejar sus fundamentos por escrito, tal y como habían hecho los franceses con su propio derecho<sup>60</sup>. En el mismo prólogo se ironizaba a este respecto echando mano de una

<sup>57</sup> DAVID M. RABBAN, *Law's History: American Legal Thought and the Transatlantic Turn to History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; DAVID M. RABBAN, “Methodology in Legal History: From the History of Free Speech to the Role of History in Transatlantic Legal Thought”, en ANTHONY MUSSON y CHANTAL STEBBINGS (Eds.), *Making Legal History: Approaches and Methodologies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 88-107; DAVID M. RABBAN, “From Maine To Maitland Via America”, en *Cambridge Law Journal*, vol. 68, núm. 2, 2009, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 410-435; DAVID M. RABBAN, “The Historiography of Late Nineteenth-Century American Legal History”, en *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 4, num. 2, 2003, Tel Aviv, Cegla Center for Interdisciplinary Research of the Law at the Buchmann Faculty of Law, Tel Aviv University, pp. 541-578.

<sup>58</sup> RABBAN, “Methodology...”, cit., pp. 106-107.

<sup>59</sup> Seguramente el único autor que se ha acercado con más o menos detenimiento a este proyecto fue Holdsworth, que tal vez muy generosamente caracterizaba esta historia jurídica como “erudita, práctica y liberal”, fruto de un “cosmopolitismo ilustrado”. HOLDSWORTH, *The Historians...*, cit., pp. 99-129.

<sup>60</sup> Aunque en un principio la concepción de la obra se basaba en premisas mucho más mundanas, como la aparente dificultad por parte de los estudiantes de las facultades de derecho estadounidenses para acceder a algunos de los más importantes artículos de la historia jurídica anglosajona. Cada biblioteca solamente guardaba uno o dos de los ejemplares de las revistas en que se habían ido publicando los grandes aportes de la disciplina durante las décadas anteriores, lo que hacía que hubiera muchos problemas de acceso a los originales para la mayor parte de los estudiantes o que los ejemplares, de tanto

cita de De Quincey: “lo mejor que se puede decir de la literatura francesa es que hay un libro sobre cada cosa”<sup>61</sup>. Bromas aparte, basta explorar el freemaniano aporte de James Bryce a la compilación para darse cuenta de un elemento discursivo importante: el derecho inglés era comparado con el derecho de Roma porque ni Francia ni Alemania habrían construido “sobre sus propios fundamentos nacionales” un derecho verdadero e independiente<sup>62</sup>. Este discurso de supremacía

---

circular, se gastaran con excesiva rapidez. La idea inicial que puso en marcha los *Select Essays* proponía a los propios miembros de la *Association of American Law Schools* recomendar a las respectivas facultades de derecho comprar y usar tantas copias de los volúmenes como fuera posible para continuar con el trabajo de las mismas en el estudio de la historia jurídica en las distintas ramas del derecho. A tal efecto se creó el comité compuesto por Freund, Mikell y Wigmore, cuya tarea consistía en: a) llegar a un acuerdo con alguna casa editorial; b) seleccionar los ensayos; c) asegurar el consentimiento expreso de los autores; d) editar los ensayos seleccionados para su publicación; y e) recopilar otras recomendaciones de las respectivas facultades. Todos estos datos se explicitan en un informe del propio comité contenido en las actas de la *American Bar Association*: JOHN H. WIGMORE y WILLIAM E. MIKELL, “Report of the Committee on the Study of Legal History”, en *Report of the Twenty-Ninth Annual Meeting of the American Bar Association, Held at St. Paul, Minnesota, August 29, 30 and 31, 1906, Part 2*, Filadelfia, Dando Printing and Publishing Company, 1906, pp. 187-190. La creación del mencionado comité no era inocente en este sentido: los tres personajes se erigieron o terminarían erigiendo en puntales importantes de la integración jurídico-cultural anglo-americana fundamentalmente a través de la publicación de recopilaciones de casos, como ERNST FREUND, *Cases on Administrative Law Selected from Decisions of English and American Courts*, Saint Paul, West Publishing Company, 1911; WILLIAM E. MIKELL, *Cases on Criminal Procedure Selected from Decisions of English and American Courts*, Saint Paul, West Publishing Company, 1912; JOHN H. WIGMORE, *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law Including the Statutes and Judicial Decisions of All Judicial Decisions of the United States, England and Canada*, Boston, Little, Brown and Company, 1928.

<sup>61</sup> “De Quincey (...) quotes Dr. Johnson’s pronouncement upon French literature (and it was the kindest thing he had to say about it), that ‘he valued it chiefly for this reason: that it had a book upon every subject’”. ERNST FREUND, WILLIAM E. MIKELL y JOHN H. WIGMORE (Eds.), *Select Essays in Anglo-American Legal History, Volume I*, Boston, Little, Brown, and Company, 1907, p. v. No está de más mencionar que, junto con Charles H. Huberich y Ernest G. Lorenzen, los tres editores promovían al mismo tiempo, apoyados por la misma organización, la *Continental Legal History Series*. En las expresivas palabras de Wigmore, con esta recopilación de la historia jurídica de la Europa occidental y meridional se pretendía satisfacer un deseo: entender el sistema “que se divide con el derecho anglo-americano las esferas de influencia en el hemisferio occidental”. JOHN H. WIGMORE [et al.] (Eds.), *A General Survey of Events, Sources, Persons, and Movements in Continental Legal History*, Boston, Little, Brown, and Company, 1912, p. xxxiii.

<sup>62</sup> JAMES BRYCE, “A Comparison of the History of Legal Development at Rome and in England”, en FREUND, MIKELL y WIGMORE, *Select Essays...*, cit., p. 360. Sobre la influencia de la perspectiva de Freeman, que conectaba al Imperio británico con la pureza de la tradición teutónica, ver CASPER SYLVEST, “James Bryce and the Two Faces of Nationalism”, en IAN HALL y LISA HILL (Eds.), *British International Thinkers from Hobbes to Namier*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2009, pp. 165-171. Bryce no sería el único freemaniano en el debate público sobre el método comparado: al otro lado del Océano John Fiske declaraba, como nos recuerda Duncan Bell, que ningún estudioso del desarrollo político del momento había hecho un uso más efectivo del método comparado que Freeman. Ver DUNCAN BELL, “Alter

jurídico-cultural respecto de los otros grandes sistemas “civilizados” encajaba perfectamente como apoyatura de ese momento de *rapprochement* político, en especial porque servía para justificar los proyectos imperiales/expansionistas de ambas potencias (en la medida en que el derecho de británicos y estadounidenses era una de las principales bazas de su retórica civilizatoria). Los aspectos relativos a la doctrina jurídica como el debate sobre la naturaleza de la “*common law mind*” y el “*common law constitutionalism*”, nos recuerda Michael Lobban, se convertían en aquella época en verdaderos dogmas políticos<sup>63</sup>. No es casual que el mismo año de la publicación de estos ensayos, el nombramiento del propio Bryce como Embajador británico en Washington fuera recibido con particular entusiasmo por parte de los editorialistas de publicaciones como el *American Journal of International Law*, donde se jaleaba la designación recordando que ambos países constituían “dos naciones” distintas, pero un único “pueblo”<sup>64</sup>.

Los ensayos aportados por el Embajador, “*A Comparison of the History of Legal Development at Rome and in England*” y “*The Extension of Roman and English Law throughout the World*”, trataban de sintetizar los paralelismos entre el poder imperial de Roma y el de Inglaterra tomando como punto de referencia el derecho de ambos sistemas: la selección de los casos se fundamentaba en “su acción como ‘fabricantes’ de un derecho que se ha extendido a lo largo del mundo”<sup>65</sup>, siendo capaz además de mantenerse alejados de las influencias externas en el desarrollo de su carácter político y sus instituciones jurídicas. Este aspecto entraba de lleno en una de las grandes polémicas que caracterizarían las aproximaciones históricas y comparadas al derecho inglés: su grado de dependencia o independencia respecto del derecho civil continental. Bryce tomaba partido por un relato que ya había venido construyendo en su época en Oxford, donde había ejercido, irónicamente, como *Regius Professor of Civil Law*. En su propia lección inaugural en el cargo, dictada en 1871 y que versaba sobre el estudio académico del derecho, había señalado: “a pesar del inmenso poder de la iglesia medieval, a pesar de la influencia de las universidades, y de los extranjeros que acudieron allí en manada desde todos los rincones, la jurisprudencia romana ejerció una influencia comparativamente escasa y fugaz en el desarrollo técnico de nuestro derecho y en la formación de nuestros

---

Orbis: E.A. Freeman on Empire and Racial Destiny”, en GEORGE ALEXANDER BREMNER y JONATHAN CONLIN (Eds.), *Making History: Edward Augustus Freeman and Victorian Cultural Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 234.

<sup>63</sup> LOBBAN, “The Varieties...”, cit., p. 22.

<sup>64</sup> “Anglo-American Relations”, en *The American Journal of International Law*, vol. 1, núm. 2, 1907, pp. 480-482.

<sup>65</sup> “[...] their action as makers of a law which has spread far out over the world”. JAMES BRYCE, “The Extension of Roman and English Law throughout the World”, en FREUND, MIKELL y WIGMORE, *Select Essays...*, cit., p. 574.

hábitos de pensamiento”<sup>66</sup>. Este contraste entre derecho romano y *common law* había alcanzado sus cotas más altas apenas un año antes, con la publicación por parte de Roscoe Pound, de *The Spirit of the Common Law* (1906), obra en la que se contraponía la teoría romana de la voluntad (“will”) con la centralidad de la idea de conformidad (“conformity”) en la tradición del *common law*, que vendría a enfatizar el carácter iusnaturalista de esta última, de tal forma que se podría llegar a decir que “los derechos de los ingleses” representaban “los derechos del hombre”<sup>67</sup>.

Semejantes tesis fueron discutidas en su momento<sup>68</sup>, y también a lo largo del siglo XX<sup>69</sup>. Una controversia muy paralela e interconectada con la del aislamiento británico fue la que valoraba el efecto de la conquista normanda en términos jurídicos, cuestión sobre la que versaría la participación de Pollock en el primer volumen de los *Select Essays*. En las dos décadas anteriores, Freeman había azuzado un gran debate a propósito de su tesis sobre el impacto mínimo de la conquista: para este último, el efecto final de la misma fue, de forma paradójica, “preservar el espíritu y las instituciones de tiempos más tempranos, mantener una continuidad ininterrumpida”<sup>70</sup>. A pesar de que se ha mostrado de forma solvente lo controvertido de este tratado y su carácter contingente y políticamente interesado<sup>71</sup>, no obstante aún hay quien desde una perspectiva no poco acrítica sostiene que el general de los historiadores respaldaría las tesis defendidas en el

<sup>66</sup> “[I]n spite of the immense power of the mediaeval church, in spite of the influence of the universities, and of the strangers who flocked to them from all quarters, the Roman jurisprudence exerted a comparatively slight and fleeting influence upon the technical development of our law and the formation of our habits of thought”. JAMES BRYCE, *The Academic Study of the Civil Law: An Inaugural Lecture Delivered at Oxford, February 25, 1871*, Londres, Macmillan, 1871, p. 4.

<sup>67</sup> ROSCOE POUND, *The Spirit of the Common Law*, Francetown, Marshall Jones Company, 1921 [1906], especialmente pp. 85-111.

<sup>68</sup> Scrutton emplazaba a investigar el recorrido de la historia del derecho romano en Inglaterra aduciendo que la fuerza del mismo, convertido en un objeto de desconfianza debido a los conflictos entre el Rey y el Papado, no había sido reconocida de forma deliberada por los personajes clave del derecho inglés como Coke, Hale, o Blackstone. THOMAS EDWARD SCRUTTON, *The Influence of the Roman Law on the Law of England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1885, pp. 194-195.

<sup>69</sup> Buckland y McNair responderían a Pound con la paradoja de que el jurista romano y el *common lawyer* guardaban más afinidad entre sí que el jurista romano y el civilista moderno. WILLIAM WARWICK BUCKLAND y ARNOLD DUNCAN MCNAIR, *Roman Law and Common Law: A Comparison in Outline*, Cambridge, Cambridge University Press, 1965, pp. xv-xxi.

<sup>70</sup> “[W]e shall see that the final effect of conquest by the stranger was to enable us to preserve more of the spirit and institutions of earlier times, to keep up a more unbroken continuity with earlier times”. EDWARD AUGUSTUS FREEMAN, *The History of the Norman Conquest of England, Its Causes and Its Results Volume V*, Oxford, Clarendon Press, 1875, p. 334.

<sup>71</sup> RICHARD A. COSGROVE, “A Usable Past: History and the Politics of National Identity in Late Victorian England”, en *The Parliamentary History Yearbook*, 2008, pp. 30-42.

trabajo de Freeman, considerado ahora (inexplicablemente) como un *tour de force* “sin igual y nunca superado”<sup>72</sup>.

La participación de Pollock respecto de esta cuestión fue muy congruente con su acercamiento ambivalente, que aunaba la idea del “carácter nacional” y toda la parafernalia teórica del paradigma evolutivo con cierta mesura, deudora sin duda de la mencionada (y confusa) apelación a la “sistematización” de los objetos de estudio. Encargado de repasar la herencia previa a la conquista por parte de los normandos en el siglo XI, el rudimentario derecho anglosajón, Pollock concluía después de un repaso por algunas de las figuras más importantes del derecho privado inglés que “de hecho, es fácil percibir que la porción de las costumbres anglosajonas que puede considerarse que hayan sobrevivido es escasa”... para seguidamente, sin embargo, cerrar su ensayo afirmando que “no obstante, este hecho sigue siendo compatible con una continuidad perfectamente viva y real de espíritu en nuestras instituciones jurídicas”<sup>73</sup>.

Junto al artículo de Pollock en los *Select Essays* aparecía otro de Edward Jenks, quien también reconocía la ruptura introducida por la conquista en términos técnicos, pero añadía asimismo otro argumento encaminado a relativizar la quiebra: si bien es cierto que Inglaterra pasó de ser el país teutónico más atrasado desde el punto de vista jurídico a erigirse como la cuna del *common law* tras la conquista normanda, esto ocurrió precisamente porque el carácter rudimentario de su derecho anterior lo hacía más moldeable en manos de los reformadores<sup>74</sup>. No es complicado advertir que todas estas apelaciones al carácter y al espíritu de los ingleses, los anglosajones, o la raza teutónica, o todos estos sujetos al mismo tiempo, iban encaminados a apuntalar un imaginario que en sí mismo era una vindicación: la cultura jurídica inglesa era la mejor equipada para el desarrollo de ese paradigma evolutivo. El propio Freeman había construido su marco teórico sobre estos fundamentos históricos: los ingleses no habían tenido que reconstruir desde cero un sistema político; no habían tenido que redactar nunca una constitución; no se habían quedado nunca sin una “asamblea nacional”, etc. Tal lectura de los hechos sería la prueba definitiva de que encarnaban el sistema jurídico que mejor era capaz de adaptarse a los cambios. En definitiva, si por un

<sup>72</sup> “As a tour de force, *The History of the Norman Conquest* is without parallel and has never been surpassed”. JUDITH A. GREEN, “E. A. Freeman and His History of the Norman Conquest”, en BREMNER y CONLIN, *Making History...*, cit., p. 254.

<sup>73</sup> “Small indeed, it is easy to perceive, is the portion of Anglo-Saxon customs which can be said to have survived in a recognizable form. This fact nevertheless remains compatible with a perfectly real and living continuity of spirit in our legal institutions”. FREDERICK POLLOCK, “English Law before the Norman Conquest”, en FREUND, MIKELL y WIGMORE, *Select Essays...*, cit., p. 107.

<sup>74</sup> EDWARD JENKS, “The Development of Teutonic Law”, en FREUND, MIKELL y WIGMORE, *Select Essays...*, cit., pp. 34-87, especialmente pp. 48-50.

lado defendían que toda comparación debía ser histórica, es importante prestar atención a la contraparte: la historia en sí misma era una comparación en la medida en que era una afirmación -o mejor dicho, una autoafirmación- de un sujeto en este caso anglo-americano. Así como en ocasiones se habla de “comparación como vindicación”<sup>75</sup>, de la misma forma podemos advertir, cambiando el orden de los términos, que a su vez la historiografía jurídica jugaba el papel de “vindicación como comparación”.

A priori este tipo de conexiones entre el método comparado y la justificación de construcciones abstractas o instituciones jurídicas o políticas de carácter cultural, nacional o imperial puede sorprender al lector menos preocupado por el elemento histórico, dado que la interpretación funcionalista de la disciplina, dominante durante mucho tiempo en el plano académico y en la propia manualística, ha tendido a reproducir, por motivos obvios, solamente el discurso del *détachement*: el método funcionalista del derecho comparado garantiza objetividad y restricción, dado que de acuerdo con el mismo todo se construye a partir de problemas y soluciones susceptibles de generalizarse, con independencia de los contextos que se utilicen en las comparaciones<sup>76</sup>. Naturalmente, esa forma de entender el derecho comparado como algo separado de los contextos parece dotar de entidad al objeto de estudio, de ahí su fuerte potencial justificativo. Si lo importante son las “respuestas orgánicas” de los sistemas jurídicos, y la identificación y puesta en común de estas “respuestas” llevará en último término a la “predictibilidad”, el derecho comparado podría ser considerado como una “ciencia”<sup>77</sup>.

No obstante, de un tiempo a esta parte han surgido voces que avisan de la aporía que supone emplear un paradigma metodológico como el funcionalismo, que a su vez consiste en poco menos que en una negación de la metodología: si la teoría y el debate metodológico sobra y nos encontramos solamente con resolución técnica de problemas capaces de ser aislados de los contextos, entonces el derecho

---

<sup>75</sup> Tomo esta certera idea de DUNCAN S.A. BELL, “Empire and International Relations in Victorian Political Thought”, en *The Historical Journal*, vol. 49, núm. 1, 2006, Cambridge, Cambridge University Press, p. 288.

<sup>76</sup> Ver ZWEIGERT y KÖTZ, *An Introduction...*, cit., pp. 32 y ss., cuyo planteamiento se sintetiza y revisa a su vez en GÜNTER FRANKENBERG, “Critical Comparisons: Re-Thinking Comparative Law”, en *International Law Journal*, vol. 26, núm. 2, 1985, Cambridge MA, Harvard Law School, pp. 439-440.

<sup>77</sup> Para un ejemplo clarísimo de este tipo de discurso, ABIOLA O. MAKINWA, “Researching Civil Remedies for International Corruption: The Choice of the Functional Comparative Method”, en *Erasmus Law Review*, vol. 2, núm. 3, 2009, Rotterdam, Erasmus Universiteit Rotterdam pp. 331-351.

comparado en sí mismo estaría vacío de contenido<sup>78</sup>: volveríamos, paradójicamente, a todo aquello que habían venido a superar Maine y demás maestros de la *comparative jurisprudence*, y a lo que habían tratado de superar también autores como Lambert en 1900.

Esta dualidad se demuestra en la contraposición entre el derecho comparado “funcionalista”, por un lado, y el estudio de la historia jurídica comparada y los trasplantes legales, por otro<sup>79</sup>. Esta última “variante” complejiza la ecuación, en la medida en que su propio debate interno también reproduce indefectiblemente la naturaleza conflictiva de los grandes frentes del derecho comparado que venimos repasando. Para Alan Watson, el principal catalizador de la metáfora en las últimas décadas, el derecho comparado es el estudio de la relación entre sistemas legales, lo que implica especialmente un acercamiento a la naturaleza del desarrollo de las normas jurídicas -no necesariamente el contexto histórico o cultural de las sociedades. En este desarrollo de las normas y de los sistemas jurídicos, un fenómeno central es, para Watson, el trasplante de normas e instituciones entre unos sistemas y otros<sup>80</sup>. En una reciente revisión a la historia del concepto -incluida la “prehistoria” anterior a Watson, en sus propios términos-, su

<sup>78</sup> ANATOLIY TKACHENKO, “Functionalism and the Development of Comparative Law Cognition”, en *Journal of Comparative Law*, vol. 5, núm. 1, 2010, Londres, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, pp. 71-83.

<sup>79</sup> Esta dicotomía se explica aduciendo que el funcionalista preguntaría “¿qué harías?”, en oposición a “¿cuál es tu norma?”; ¿cuál es tu historia jurídica?; o “¿cuál es tu cultura jurídica?”. MAKINWA, “Researching Civil Remedies...”, cit., p. 344. No obstante, a pesar de esta variedad de preguntas “alternativas”, las críticas al funcionalismo a menudo aparecen monopolizadas por la noción de “cultura”, ver al respecto MICHELE GRAZIADEI, “The Functionalist Heritage”, en PIERRE LEGRAND y RODERICK MUNDAY (Eds.), en *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 100-127 y en particular 126. Este monopolio ha cristalizado en el hecho de que, desde ciertos sectores, se reclame pasar “de las normas a la cultura” o, traducido en términos disciplinares, pasar del *comparative law* a los *comparative legal studies*. Al respecto, ver la panorámica de JAAKKO HUSA, “Methodology of Comparative Law Today: From Paradoxes to Flexibility?”, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 58, núm. 4, 2006, Paris, Société de Législation Comparé, pp. 1905-1117.

<sup>80</sup> Todo ello se desarrolla en sus dos obras bandera, recuperadas con ímpetu a propósito de los debates sobre integración y potencial codificación del derecho europeo desde los años noventa: ALAN WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edimburgo, Scottish Academic Press, 1974, y ALAN WATSON, *Society and Legal Change*, Edimburgo, Scottish Academic Press, 1977. Su crítica más sonada puede encontrarse en PIERRE LEGRAND, “The Impossibility of Legal Transplants”, en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 4, núm. 2, 1997, Antwerpen (Bélgica), Maklu Uitgevers, pp. 111-124. Por otro lado, no está de más mencionar que se ha cuestionado la capacidad tanto de los enmarques de los comparativistas “de la similitud” (armonización jurídica) como de los “de la diferencia” (inconmensurabilidad cultural) para poder hacer frente a la complejidad de los retos a los que se enfrenta Europa. Ver ROGER COTTERELL, “Is it so Bad to be Different? Comparative Law and the Appreciation of Diversity”, en ESIN ÖRÜCÜ y DAVID NELKEN (Eds.), *Comparative Law: A Handbook*, Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 144.

discípulo John W. Cairns data el origen de la metáfora en la obra de un funcionario colonial destinado en Egipto, Frederick P. Walton, en torno a los años veinte<sup>81</sup>.

Otro aspecto que hace de los *Select Essays* relevantes desde el punto de vista del derecho comparado es el hecho de que la idea de “trasplantes legales” ya aparece como tal en el mismo. En su estudio sobre la extensión del derecho de los Imperios romano y británico, Bryce dividía en cinco fases la difusión del derecho romano tras la caída del primero. Desde el *revival* producido en la Italia de finales del s. XI, el derecho civil se había ido consolidando y adquiriendo protagonismo, salvo en Inglaterra, hasta llegar a sus dos últimos estadios, primero el proceso de codificación y, finalmente,

[...] el trasplante del derecho romano en su forma moderna a nuevos países. Los españoles y los portugueses, los franceses, los holandeses, y los alemanes han llevado sus respectivos sistemas jurídicos con ellos a los territorios que han conquistado y las colonias que han fundado; y el derecho en ocasiones ha permanecido invariable incluso cuando el territorio o colonia ha pasado a manos de nuevos mandatarios. El derecho es una planta tenaz, incluso más difícil de extirpar que el lenguaje; y los nuevos mandatarios generalmente percibieron que tenían menos que ganar sustituyendo su propio derecho por el que habían encontrado de lo que tenían que perder irritando a sus propios súbditos<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> JOHN W. CAIRNS, “Watson, Walton, and the History of Legal Transplants”, en *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 41, núm. 3, Georgia, University of Georgia School of Law 2014, pp. 637-696, especialmente 686 y ss. Para la conexión entre la noción de trasplantes legales y las “situaciones coloniales”, ver JEAN-LOUIS HALPÉRIN, “Western Legal Transplants and India”, en *Jindal Global Law Review*, vol. 2, núm. 1, 2010, Sonipat - Haryana (India), O.P. Jindal Global University - Jindal Global Law School, pp. 14-40.

<sup>82</sup> “The fifth stage is the transplantation of Roman law in its modern forms to new countries. The Spaniards and Portuguese, the French, the Dutch, and the Germans have carried their respective systems of law with them into the territories they have conquered and the colonies they have founded; and the law has often remained unchanged even when the territory or the colony has passed to new rulers. For law is a tenacious plant, even harder to extirpate than is language; and new rulers have generally had the sense to perceive that they had less to gain by substituting their own law for that which they found than they had to lose by irritating their new subjects”. BRYCE, “*The Extension of Roman...*”, cit., p. 593. Nótese que Bryce también hace uso de la idea de “irritación” como consecuencia del trasplante para referirse al fenómeno jurídico, de forma coincidente con la crítica a la noción de GUNTHER TEUBNER, “Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies”, en *The Modern Law Review*, vol. 61, núm. 1, 1998, Londres, The Modern Law Review Ltd., pp. 11-32.

Es llamativo el hecho de que en este uso de la metáfora, anterior seguramente a 1893 dado que los ensayos procedían de sus *lectures* como Profesor en Oxford, Bryce hablara de trasplante como algo rígido, característico del modelo continental, en contraposición a la difusión del *common law* por parte del Imperio británico, llevada a cabo “no mediante la conquista, sino a través del asentamiento pacífico”, y de forma “no solamente mucho más corta, sino también más simple”. Seguramente otro entusiasta de la comparación como Amos no hubiese estado muy de acuerdo con su colega escocés, dado que bajo su punto de vista el estudio del gobierno de las provincias romanas era el objeto de estudio más interesante e instructivo, habida cuenta de la habilidad de los romanos para “no interferir en las instituciones y hábitos de los pueblos más que para cubrir las necesidades requeridas por el orden público”<sup>83</sup>. La excesiva benevolencia con la que Bryce consideraba la actuación del Imperio británico en lugares como la India, paralela a la exigente vara de medir que utilizaba para valorar el caso de Roma, son ejemplos muy claros de la dirección que tomaban las comparaciones alrededor del cambio de siglo. Los jóvenes funcionarios anglo-indios, si fueran listos, “olvidarían todas las *technicalities* inglesas que pudieran haber aprendido, y harían el mejor uso que fuera posible de su *mother-wit*”<sup>84</sup>. Esta misma idea de *mother-wit*, de difícil traducción precisa (tal vez algo así como “sabiduría heredada”), nos remite de vuelta a los lugares comunes de las reflexiones de la época sobre el *common law*, que le confieren cierto aroma épico: este siempre tendría la capacidad de actualizarse y adaptarse, puesto que se trataría de una suerte de mentalidad atávica capaz de integrar de forma natural las imperfecciones de los sistemas jurídicos de las demás civilizaciones. Como señalaba Oliver Wendell Holmes Jr. en su clásica obra sobre el *common law*, en el marco del mismo “el derecho es administrado por hombres capaces y experimentados, que saben demasiado como para sacrificar el buen sentido en favor de un silogismo”<sup>85</sup>.

<sup>83</sup> “The Romans appreciated to the full the advantages of not interfering with the native institutions and habits of the people more than the necessities of public order required”, SHELDON AMOS, *The Science of Politics*, Londres, Kegan Paul, Trench, Trübner & Co., 1890, pp. 313-314. También sobre el derecho romano como factor pacificador, PAUL GAVRILOVITCH VINOGRADOFF, “The Work of Rome”, en FRANCIS SYDNEY MARVIN, *The Evolution of World-Peace*, Londres, Humphrey Milford, 1921, pp. 25-42.

<sup>84</sup> “The young Anglo-Indian civilian would, if he were wise, forget all the English technicalities he might have learnt, and make the best use he could of his mother-wit”, BRYCE, “*The Extension of Roman...*”, cit., p. 600.

<sup>85</sup> “The law is administered by able and experienced men, who know too much to sacrifice good sense to a syllogism”. OLIVER WENDELL HOLMES, *The Common Law*, Boston, Little, Brown and Company, 1881, p. 36. En una reciente revisión a esta obra, Halpérin nos recuerda que Holmes sentaba sus bases precisamente sobre las influencias de la Escuela Histórica para lanzar esta teoría de que las decisiones judiciales eran más consecuencia de su *background* cultural y psicológico que de potenciales silogismos. Ver JEAN-LOUIS HALPÉRIN, “Wendell Holmes, The Common Law”, en SERGE DAUCHY [et al.] (Eds.), *The*

V. HOLDSWORTH, WIGMORE Y LAS *DIVERSIDADES* DE LA HISTORIA DEL DERECHO

Bryce no sería el único en utilizar la noción de “transplante legal” en aquel primer volumen de los *Select Essays*. También lo hizo Holdsworth, que hablaba del trasplante de los *Rôles d'Oléron* “a Damme, Brujas e Inglaterra” en su repaso por el conjunto de normas adoptadas como derecho marítimo<sup>86</sup>. Este jurista, que terminaría sucediendo a Albert Venn Dicey como *Vinerian Professor of English Law* en 1922, estaba llamado a marcar otra época dentro de los estudios histórico-jurídicos, no en vano el propio prefacio de la recopilación de ensayos se justificaba en la medida en que servía para iluminar en líneas generales la historia del derecho suplementando el tratado de Pollock y Maitland, “al menos provisionalmente y hasta el término de mayores proyectos de Holdsworth y otros”<sup>87</sup>. Los miembros del comité se referían, naturalmente, a *A History of English Law*, una mastodóntica obra que alcanzaría la cifra de diecisiete volúmenes, que mantendría vivos muchos de los debates clásicos relativos a la historia del derecho y que incluía reflexiones tan reveladoras como que “el estudio del derecho comparado es un estudio muy valioso, que es necesario tanto para los estudiosos de la historia del derecho como para los estudiosos del derecho moderno”, o como que “hombres como Maine y Vinogradoff, como Pollock y Maitland, como Holmes, Ames, Thayer y Wigmore, han enseñado a los juristas una amplia filosofía del derecho, que no desprecia las lecciones del pasado o la sabiduría que puede extraerse del derecho antiguo”<sup>88</sup>.

La nómina de autores que cita Holdsworth no parece casual, más bien sugiere que el inglés intuía muy bien los avatares de la historia del derecho en el mundo anglo-americano: el cultivo de una serie de intereses, objetos de estudio y derroteros metodológicos escasamente deudores de los marcos o etiquetas disciplinares, las “diversidades de la historia del derecho”<sup>89</sup>. Merece la pena detenerse aquí en una de las conexiones que este último deja inexploradas, en un artículo que tal vez aborde de manera excesivamente estanca el desarrollo de los estudios histórico-jurídicos a uno y otro lado del Atlántico. En particular, puede

---

*Formation and Transmission of Western Legal Culture: 150 Books that Made the Law in the Age of Printing*, Cham, Springer, 2016, pp. 403-406. A propósito de la concepción del *common law* como “sentido común de los antepasados”, MARTIN LOUGHLIN, *Sword & Scales: An Examination of the Relationship between Law & Politics*, Oxford, Hart Publishing, 2000, pp. 65-75.

<sup>86</sup> WILLIAM SEARLE HOLDSWORTH, “The Law Merchant”, en FREUND, MIKELL y WIGMORE, *Select Essays...*, cit., p. 574.

<sup>87</sup> FREUND, MIKELL y WIGMORE, *Select Essays*, cit., p. viii.

<sup>88</sup> “The study of comparative law is a very valuable study which is necessary both to students of legal history and of modern law”; “Men like Maine and Vinogradoff, like Pollock and Maitland, like Holmes, Ames, Thayer and Wigmore, have taught lawyers a larger philosophy of law, which does not disdain the lessons of the past or the wisdom which can be extracted from old law”. WILLIAM SEARLE HOLDSWORTH, *A History of English Law, Volume XII*, Londres, Methuen & Co., 1938, pp. 161 y 736 respectivamente.

<sup>89</sup> LOBBAN, “The Varieties...”, cit..

ser útil para nuestros propósitos poner el foco en la importancia de la obra del propio Holdsworth y su objetivo de unir a Maine con Wigmore pasando por Pollock o Maitland. En 1928 aparece publicado en tres volúmenes *A Panorama of the World's Legal Systems*, obra en la que Wigmore recordemos, uno de los tres miembros que había participado en el comité que había puesto en marcha los *Select Essays*- dedicaba sus esfuerzos a animar a sus colegas de la abogacía estadounidense a ejercer el liderazgo en el progreso jurídico del mundo, partiendo de “un mayor conocimiento y un interés más profundo en las instituciones jurídicas de otros pueblos”<sup>90</sup>.

El *Panorama* constituye un curiosísimo -y muy poco estudiado- ejemplo de la creación de imaginarios sobre otras latitudes, de lo que da fe la llamativa estampa sobre mapas hechos a mano de la inicial o iniciales de las culturas jurídicas de cada región del mundo incluidas en el tratado (siendo “A” *Anglican*; “R” *Roman*; “M” *Mahometan* y “T” *Tribal*, entre otras, hasta llegar a un total de dieciséis culturas, a menudo combinadas entre sí cuando se trataba de espacios que, a juicio de Wigmore, combinaban más de una tradición). Con este recurso, un intento de aplicar al campo del derecho comparado el “método pictórico” (*pictorial method*), pretendía animar al estudio de la historia del derecho, a menudo considerada como una disciplina árida. El interés que habían despertado entre sus estudiantes las diapositivas le animó así a dar “forma permanente al método”. En el sintético y bello prólogo de la obra resuenan ecos que nos retrotraen al discurso de Pollock y a su concepción del campo de la *comparative jurisprudence* como una sucesión de epígonos, al tiempo que a sí mismo rendía tributo a su patriarca:

Muchos años atrás, mientras vivía en Japón, el autor cayó bajo el hechizo de lo que se denomina Derecho Comparado. El estímulo mundial de *Ancient Law*, de Maine, fue entonces extraordinario; había poco conocimiento, pocos cultivadores, y escasez de materiales. Los tiempos han pasado. El campo del Derecho Comparado, tal y como lo conocen los académicos, se ha extendido ampliamente; y cada país tiene ahora sus colaboradores especializados. El signo de los tiempos urge a un mayor y más agudo interés por parte de los pueblos del mundo hacia los demás; y la inspiradora llamada de Maine a este conocimiento aún resuena en nuestra profesión<sup>91</sup>.

<sup>90</sup> JOHN H. WIGMORE, *A Panorama of the World's Legal Systems, Volume I*, Saint Paul, West Publishing Company, 1928, p. ix.

<sup>91</sup> “Many years ago, while living in Japan, the autor came under the spell of what is called Comparative Law. The world-wide stimulus of Maine’s ‘Ancient Law’ was then unique; there was little knowledge, few workers, and scanty materials. Times have moved on. The field of Comparative Law, as known to scholars, has been vastly enlarged; and every

Es decir, Wigmore recogía casi treinta años después el testigo de Pollock en París, emplazando a los juristas a promover un derecho comparado que fuera capaz de canalizar los aportes de la historia del derecho, introduciendo al mismo tiempo el interés por otras culturas, en una disciplina que iría pasando de unas generaciones a otras, construyendo un saber más pormenorizado al ir dejando atrás las generalizaciones de los anteriores estudiosos. El elemento diferencial de Wigmore, y otro factor que hace del *Panorama* un objeto de estudio particularmente interesante, era que a través del método pictórico se proponía trascender las fronteras de lo académico, apelando a abogados u otros juristas prácticos<sup>92</sup>. La historia del derecho de las diferentes civilizaciones, por medio del derecho comparado, se planteaba así como un objeto susceptible de afirmar el carácter de vanguardia de los juristas estadounidenses.

Por supuesto, dicho carácter de vanguardia encontraba su propio relato dentro de la comparación. En ese aspecto material Wigmore también se afirmaba como epígono de sus predecesores y, muy en especial, del autor que simboliza el nexo entre este y Pollock: Holdsworth. Pensemos de nuevo en la controversia sobre el impacto del derecho romano en Inglaterra, que tan importante había sido en los *Select Essays* o en la obra de Pound; así como en la línea que conectaba a Freeman con Bryce. A la hora de identificar los caracteres básicos del sistema “anglicano”, en el que tenía lugar el *common law*, Wigmore recurría a la gran autoridad que tenía el *Vinerian Professor* en ese momento -“por decirlo con la clara metáfora del Profesor Holdsworth, el gran historiador del derecho inglés de hoy en día”-, para sostener que “el aprendizaje del derecho romano fue recibido [por parte de la tradición jurídica anglicana] en pequeñas dosis homeopáticas, en diferentes períodos, cómo y cuando se requería”, habiendo actuado, en definitiva, “como un bálsamo para nuestro sistema legal nativo, y no como una droga o un veneno”<sup>93</sup>.

---

country now has its specialist contributors. The trend of the times urges to greater and more intelligent interest by the peoples of the world in each other; and Maine’s inspiring call to that knowledge still echoes to our profession”. WIGMORE, *A Panorama... Volume I*, cit., p. xv.

<sup>92</sup> En similares términos visuales y divulgativos plantearía posteriormente su “caleidoscopio de la justicia”, donde trataba de mostrar al gran público las variantes procesales de las distintas culturas jurídicas con la recopilación de casos curiosos de distintas épocas y procedencias. JOHN H. WIGMORE, *A Kaleidoscope of Justice Containing Authentic Accounts of Trial Scenes from All Times and Climes*, Washington D.C., Washington Law Book Co., 1941. Una apabullante aproximación a las enseñanzas que podemos sacar los juristas actuales de este tipo de proyectos aparentemente ingenuos de Wigmore puede encontrarse en ANNELISE RILES, “Wigmore’s Treasure Box: Comparative Law in the Era of Information”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 40, núm. 1, Cambridge MA, Harvard Law School, 1999, pp. 221-283.

<sup>93</sup> “In the neat metaphor of Professor Holdsworth, the great English legal historian of today, the Roman law learning ‘was received in small homeopathic doses, at different periods, as

Wigmore también abordaría cuestiones que ya habían preocupado a Bryce en los *Select Essays*, a saber: el rastreo de cómo el derecho inglés se había convertido en un fenómeno global (expresado en el *Panorama* como “world-system” o como “cosmopolita”). Y lo haría utilizando una expresión ya utilizada por los propios Holdsworth y Bryce en la compilación de ensayos: trasplante. Las comunidades que se formaban en las colonias adoptaron el sistema anglicano, adaptándolo a sus necesidades. Así, “la primera estimación de este trasplante jurídico aparece en los planes del primer asentamiento colonial, Virginia, en 1606”, dado que las *Instructions* del Rey pedían al *Virginia Council* que la disposición de las causas se llevara a cabo tan próxima a las *common laws* de Inglaterra y su equidad como fuera posible. Esta lectura tan apromblemática de la expansión encajaba perfectamente con la visión de la mentalidad del *common law* como la más apropiada para la evolución, pero al igual que le sucedía al propio Bryce en su acercamiento a la cuestión, toda referencia a la fuerza o a la imposición violenta del derecho en determinados territorios y en determinadas cronologías quedaba fuera del relato<sup>94</sup>. Y vuelve al principio, a Maine: el derecho comparado en la práctica era una forma de autoafirmación en el contexto global, la búsqueda del control a través de la clasificación que caracterizó el desarrollo metodológico de las ciencias sociales alrededor del cambio de siglo.

Estos ecos, este encadenamiento de unos epígonos y otros hasta llegar a Wigmore, nos ayudan a poner en cuarentena las tesis de Rabban según las cuales a partir del 1900 la historia del derecho se desvanece en el escenario anglo-americano -esto es, la ciencia política empírica y la sociología jurídica enterrarían a Maine. La vía que conecta a Maine con Wigmore, pasando por Pollock, Bryce, o Holdsworth, nos puede dar una pista al respecto: quizá la historia del derecho no murió en el cambio de siglo aplastada por las ciencias sociales de nuevo cuño, sino que se terminó infiltrando a través de otras etiquetas, como el propio derecho comparado, amén de historiografías de carácter más general. Esta reflexión, en cualquier caso, no es una conclusión. Más bien al contrario, supone un punto de partida. Por un lado, porque subraya la imperiosa necesidad de indagar más en los entrecruzamientos entre dos campos tan difíciles de delimitar como el derecho comparado y la historia del derecho a lo largo del siglo XX en el mundo anglófono. Por otro lado, porque explorar el vínculo entre ambos campos y su trayectoria

---

and when required; it has acted as a tonic to our native legal system, and not as a drug or poison” WIGMORE, *A Panorama... Volume III*, cit., p. 1094.

<sup>94</sup> Es lo que desde el contexto oceánico se ha criticado como “la ceguera hacia las atrocidades perpetradas sobre los aborígenes por los colonos ingleses”. GRAHAM MADDOX, “Englishness and Federalism in America and Australia”, en *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 34, núm. 1, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 67. Sobre la función del derecho como fuente de legitimación de la violencia imperial, ver PETER FITZPATRICK, “Terminal Legality: Imperialism and the (De)Composition of Law”, en DIANE ELIZABETH KIRKBY y CATHARINE COLEBORNE (Eds.), *Law, History, Colonialism: The Reach of Empire*, Manchester, Manchester University Press, 2001, pp. 9-25.

puede suponer una toma de posición por parte de la historia jurídica respecto del cariz que pueda tomar en un futuro aquello que sea denominado como derecho comparado.

Este último punto no es en absoluto baladí. Problematizar debidamente los relatos sobre los orígenes de una disciplina académica nos permite tomar conciencia más fácilmente de las limitaciones inherentes a los distintos enfoques sobre “lo que debería ser” la propia disciplina. En la actualidad, la consolidación del debate sobre el uso de la teoría de los *legal origins* como potencial objeto de valoración empírica por parte de organismos económicos está introduciendo discursos con los que los historiadores deberíamos ser capaces de entrar a debatir: sin necesidad de ir más lejos, se vuelve a apelar a la capacidad predictiva de determinados métodos empíricos<sup>95</sup>, o se afirma la capacidad de clasificar los distintos sistemas jurídicos en función de la eficiencia de su derecho, con independencia de multitud de factores contextuales<sup>96</sup>. También la permanente y muy poco problematizada promoción en países no occidentales de la noción de *rule of law* suena, en cierta manera, muy parecida a discursos propios de principios del siglo XX<sup>97</sup>, cuando no anteriores<sup>98</sup>. En definitiva, se vuelve sobre terrenos que

---

<sup>95</sup> Para una mesurada apología de la pertinencia del “derecho comparado empírico”, HOLGER SPAMANN, “Empirical Comparative Law”, en *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 11, 2015, pp. 131-153.

<sup>96</sup> La literatura de los *legal origins* surge en los años noventa alrededor de planteamientos neoclásicos y del análisis económico del derecho, y parte de la premisa de que el derecho debe ser medido por los incentivos que crea para la conducta de maximización de beneficios. Michaels ha explorado los paralelismos entre el tradicional discurso funcionalista y esta literatura de los *legal origins*, si bien incidiendo en la más que posible complementariedad de los enfoques funcionalista y culturalista, ver RALF MICHAELS, “The Functionalism of Legal Origins”, en MICHAEL FAURE y JAN M. SMITS (Eds.), *Does Law Matter?*, Cambridge, Intersentia, 2010, pp. 21-40. Asimismo, ha interpelado a los juristas y a los comparativistas “tradicionales” para tomar partido de este debate en RALF MICHAELS, “Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law”, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 57, núm. 4, 2009, Oxford, American Society of Comparative Law, pp. 765-795.

<sup>97</sup> Hoy en día sabemos que la idea de *rule of law* como sistema de administración de sanciones e incentivos fundado en el derecho y destinado a establecer un orden social no se ha promovido siempre predicando con el ejemplo; y mucho menos en la mencionada cronología. Basta con leer los apasionantes aportes acerca de esta cronología en relación con las jurisdicciones extraterritoriales y el corpus legal que se aplicaba en las mismas para darnos cuenta de que, lo que se presentaba como *rule of law* por parte de, entre otras potencias, el Imperio británico y Estados Unidos, en realidad en muchas ocasiones se caracterizaba precisamente por su *lawlessness*. A propósito de esta cuestión, JÜRGEN OSTERHAMMEL, “Semi-Colonialism and Informal Empire in Twentieth-Century China: Towards a Framework of Analysis”, en WOLFGANG JUSTIN MOMMSEN y JÜRGEN OSTERHAMMEL (Eds.), *Imperialism and After: Continuities and Discontinuities*, Londres, Allen & Unwin, 1986, pp. 290-314; TEEMU RUSKOLA, *Legal Orientalism: China, the United States and Modern Law*, Cambridge MA, Harvard University Press, 2013, pp. 113 y ss.; o EMILY

parecían ya superados, entre otras cosas gracias al concurso de investigadores procedentes de (o afines a) nuestra tradición disciplinar<sup>99</sup>.

Abordar la historia del derecho comparado -siquiera a través de modestas pinceladas como las que se tratan de encadenar en el presente texto- puede permitirnos estar más equipados para participar en estos debates conociendo lo máximo posible sus límites -y también nuestros límites como iushistoriadores-, que no son otros que los conflictos inherentes a la propia naturaleza *enigmática* del derecho comparado<sup>100</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

Así como Pollock emplazaba a sus colegas en París a reconocer la dificultad de un proyecto “necesariamente fraccionado”, que se alejara de reivindicaciones fundacionales y recogiese los materiales valiosos que las anteriores generaciones de historiadores habían legado a los comparativistas, no está de más aludir a su intervención para repensar el papel de la historia del derecho en un escenario en el que construcciones tan cuestionables como la idea de eficiencia puján por adquirir un rol central a la hora de acercarse a las llamadas “tradiciones” jurídicas. La historia y el método comparado iban de la mano, porque la necesidad de abordar los contextos a través de la primera necesitaba del carácter profiláctico de la segunda frente a los posibles provincialismos del método histórico.

La utilidad de mirar hacia atrás y rescatar estos debates “fundacionales”, estas trayectorias de consolidación disciplinar, reside en que hoy en día podemos

---

WHEWELL, “British Extraterritoriality in China: The Legal System, Functions of Criminal Jurisdiction, and its Challenges, 1833-1943”, tesis doctoral, Universidad de Leicester, 2015.

<sup>98</sup> Sobre la continuidad y ubicuidad de esta noción desde los debates coloniales del siglo XVIII, y la necesidad de desbrozar toda la retórica que rodea al concepto materializando su estudio en la gran variedad de contextos históricos en los que se desarrolló, ver JOHN MCLAREN, “Chasing the Chimera: The Rule of Law in the British Empire and the Comparative Turn in Legal History”, en *Law in Context: A Socio-Legal Journal*, vol. 33, núm. 1, 2015, Sidney, The Federation Press, pp. 21-36.

<sup>99</sup> El historiador David Armitage nos da pistas sobre esta cuestión cuando afirma, de forma bastante certera, que “quizá se piense que somos la primera generación” en vivir en un mundo interconectado y global, cuando generaciones antiguas tenían interconexiones similares y eran conscientes de estas relaciones. GABRIEL ENTIN, “La interconectividad del pasado debería hacernos más humildes ante la globalización del presente: entrevista a David Armitage”, en *Nouveau Monde Mondes Nouveaux*, 2012. Disponible en (<https://journals.openedition.org/nuevomundo/62721>). [Fecha de consulta: 10/09/ 2017].

<sup>100</sup> ESIN ÖRÜCÜ, *The Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the Twenty-First Century*, Leiden, Springer, 2004.

identificar fenómenos que nos ponen en guardia respecto de vicios o aporías verdaderamente semejantes. Nuevos discursos, en apariencia más sofisticados, resucitan una concepción evolutiva del derecho que nada tiene que envidiar a la imperante en aquellas décadas; o utilizan el derecho comparado con una función muy similar a la de las autojustificaciones imperiales presentes un siglo atrás -tal como pasó también con el derecho internacional, o con la teoría de las relaciones internacionales-. Autojustificaciones imperiales, por cierto, que otorgaban un protagonismo mucho mayor a la dimensión iuspublicística del que aparentemente se suele dar cuenta a la hora de abordar los orígenes de este objeto de estudio.

Las taxonomías de enfoques dentro de los debates metodológicos del derecho comparado, por ejemplo la que separa aproximaciones funcionalistas y culturalistas, son en sí mismas problemáticas, dado que a su vez dentro de estas categorías también se generan distintos enfoques con una muy difícil delimitación. Por lo pronto, la intuición de Pollock constituyó una buena piedra de toque al respecto: en la medida de lo posible era necesario combinar el ansia por la “sistematización” y la autoconciencia moderna con un acercamiento preocupado por las grandes diferencias entre los contextos. La dificultad del jurista inglés y de sus antecesores y sucesores para escapar de los tics nacionalistas o étnicos, sin ir más lejos la atribución de un carácter mítico al derecho inglés o al “espíritu propio de la mentalidad del *common law*”, constituye un gran ejemplo de esa complejidad.

Quizá desempolvar el arsenal de los autores que construyeron la *comparative jurisprudence*, e indagar más en esa menos cultivada “comparación como vindicación” del constitucionalismo del *common law*, pueda ayudarnos a entender de manera un poco más nítida esa naturaleza conflictiva del derecho comparado. Y, por qué no, a ayudar a construir el que esté por venir.