

TRASPLANTE Y FORMANTE: HERMANOS, PERO NO  
GEMELOS. HACIA UNA MEJOR COMPRESIÓN DE LA  
METODOLOGÍA EN LA COMPARACIÓN JURÍDICA\*

*LEGAL TRANSPLANT AND LEGAL FORMANT: SIBLINGS BUT  
NOT TWINS. TOWARDS A BETTER UNDERSTANDING OF THE  
METHODOLOGY IN LEGAL COMPARISON*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 168-207*

\* La presente publicación se enmarca en el proyecto FONDECYT núm. 1201365 "El rol del Derecho comparado en la actual doctrina civil chilena", del cual el autor es investigador responsable.



Alfredo  
FERRANTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de octubre de 2020  
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

**RESUMEN:** La finalidad del presente trabajo es contribuir a una mejor comprensión de algunos de los instrumentos propios de la metodología comparada. En particular se analizan el trasplante y el formante jurídico profundizando sobre sus puntos en común y diferencias.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho Comparado; trasplante; formante; Derecho extranjero; comparación jurídica, metodología de investigación.

**ABSTRACT:** *The aim of this paper is to contribute to a better understanding of some of the instruments of comparative methodology. Specifically, the legal transplant and the legal formant are analyzed, delving into their commonalities and differences.*

**KEY WORDS:** *Comparative Law; Foreign Law; legal transplant; legal formants, legal comparison; research methodologies and methods.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO.- II. DERECHO COMPARADO Y METODOLOGÍAS COMPARADAS.- III. ELECCIÓN DE LA(S) CORRECTA(S) METODOLOGÍA(S).- IV. FORMANTE Y TRASPLANTE: CONCEPTO.- V. ENFOQUE FUNCIONAL Y ESTRUCTURAL Y SUS RELACIONES CON EL FORMANTE Y EL TRASPLANTE.- 1. Multidisciplinariedad del funcionalismo y del estructuralismo.- 2. Incorporación a la ciencia jurídica.- 3. Subsunción de ambos fenómenos dentro del Derecho Comparado.- 4. Sacco y Watson y el estructuralismo.- VI. FORMANTE Y TRASPLANTE ENTRE PERAS, MANZANAS Y OTROS MÉTODOS.- 1. *Praesumptio similitudis* y disociación de los formantes.- 2. *Tertium comparationis* entre mínimo común múltiplo y máximo común divisor.- VII. FORMANTE Y TRASPLANTE, FAMILIAS Y EL ESTUDIO DE LOS HIJOS DE LOS STEPPARENTS.- VIII. TRASPLANTE Y FORMANTE COMO CONSOLIDACIÓN Y PROFUNDIZACIÓN DE UNA VISIÓN DEL DERECHO COMPARADO.- IX. CONCLUSIONES.

---

## I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO.

Los escritos académicos de cualquier doctrina nacional, independientemente del país, suelen caracterizarse por la utilización de fuentes extranjeras y, por ello, por citas doctrinales, jurisprudenciales o de normativa extranjera. El flujo de los materiales académicos mediante internet<sup>1</sup> y las tecnologías telemáticas que recogen las bases de datos de materiales jurídicos contribuyen a esto. Los modernos sistemas de Open Access fomentados por las revistas contribuyen, aún más, al acercamiento de mayores datos jurídicos extranjeros. Además, la ulterior sistematización proporcionada por la inteligencia artificial ofrece al jurista un sin número de doctrina extranjera que sólo hace pocas décadas no hubiera tenido a su alcance inmediato. Sin embargo, su utilización no necesariamente significa un manejo conforme a una metodología comparada. Este fenómeno se incentiva aún más en algunos países de América Latina en que no existe una consolidada cultura sobre el Derecho comparado y que es atribuible también a un descuido de su impartición como asignatura en la malla universitaria de pregrado. Un claro

---

<sup>1</sup> Vid. PERLINGIERI, P.: "Comparazione giuridica al tempo di internet", *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2019, vol. X, p. 987-991.

• **Alfredo Ferrante**

Professore associato di diritto comparato, Università di Pavia (Italia). Correo electrónico: alfredo.ferrante@unipv.it.

ejemplo ocurre en Chile<sup>2</sup> así que su enseñanza<sup>3</sup> queda relegada en cursos libres u optativos o a seminarios en contextos esencialmente de postgrado y doctorado<sup>4</sup>.

Tomando como punto de referencia que el derecho extranjero y el derecho comparado no son sinónimos<sup>5</sup> y que hay que acercarse de manera cautelosa<sup>6</sup> hacia al primero - puesto que todo puede convertirse en relativo<sup>7</sup> - objetivo de este escrito es contribuir a la comprensión de este aspecto.

Con este propósito, este escrito se centra en aclarar qué es un trasplante jurídico y un formante, evidenciando también su correlación y diferencias<sup>8</sup>. En este sentido, los fenómenos del "trasplante jurídico" y el "formante" son particularmente adecuados para la referida tarea también por actuar como puntos de referencia en la doctrina comparatista internacional. Para esto será necesario también acercarse a la metodología funcional y estructural (*infra* sub V) y analizarse la interacción o complementariedad con otras metodologías o *modus operandi* del Derecho comparado (*infra* sub VI). Esto acercará a su manejo para ayudar a un uso o citación más apropiados de la doctrina y de la legislación extranjera.

## II. DERECHO COMPARADO Y METODOLOGÍAS COMPARADAS.

Si se asumiese que el Derecho comparado es un "método de estudio del derecho que se basa en la comparación de las distintas soluciones que ofrecen los diversos ordenamientos jurídicos para los mismos casos planteados"<sup>9</sup> debería llegarse a la conclusión que esta definición es indudablemente reductiva. Si bien el esfuerzo de la Real Académica es considerable por dar constancia de la relevancia

2 Así en la actualidad son muy pocas las universidades que cuentan con la impartición de una asignatura de derecho comparado en la malla obligatoria de pregrado, entre estas pocas cítese la Universidad Alberto Hurtado.

3 Estos aspectos se excluyen de este trabajo y se reservan para otra investigación en curso.

4 En Chile, por ejemplo, la Pontificia Universidad Católica de Chile, La Universidad de Chile o la Universidad de los Andes contribuyen a la formación en este ámbito. Sin embargo, esto se focaliza en cursos de doctorado o postgrado.

5 Sobre el punto se reenvía a FERRANTE, A.: "Entre el Derecho comparado y Derecho Extranjero. Una aproximación a la comparación jurídica", *Revista chilena de Derecho*, 2016, vol. 43, núm. 2, p. 601-618; GORLA, G.: "Diritto comparato e diritto straniero", *Enciclopedia Giuridica*, XI, Treccani, Milano, 1980, *ad vocem*.

6 Vid. las reflexiones ejemplificadas de LEGRAND, P.: "What Is That, To Read Foreign Law?", *Journal of Comparative Law*, 2019, vol.14, núm. 2, p. 294-314.

7 Imprescindible la consulta de LEGRAND, P.: "Foreign Law: Understanding Understanding", *Journal of Comparative Law*, 2011, vol. 6, núm. 2, p. 67-177. En ese sentido, por ejemplo, el autor afirma que "entender el derecho extranjero no es derecho extranjero" (cit. p. 158).

8 La temática no ha sido tratada con profundidad en Chile si bien algún acercamiento se ha realizado en otros países o en castellano: sobre el punto véase SAAVEDRA VELAZCO, R.: "Sobre formantes, trasplantes e irritaciones. Apuntes acerca de las teorías del cambio jurídico y la comparación jurídica", *Ius et Veritas*, 2010, núm. 40, p. 85 y ss; PEGORARO, L.: "Estudio introductorio. Trasplantes, injetos, dialogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho Comparado", AA.VV.: *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos* (coord. E. FERRER MAC GREGOR y A. HERRERA GARCÍA), Tirant lo Blanch, Mexico, 2013 p. 33 y ss.

9 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario panhispánico del español jurídico*, 2020, <https://dpej.rae.es/lema/derecho-comparado>

al Derecho Comparado en el “Diccionario panhispánico del español jurídico” se requiere matizar y profundizar esta definición recién ofrecida puesto que ésta posee una valencia endémica y no toma conciencia de que, en otras realidades, el Derecho Comparado ha asumido un papel autónomo e independiente como verdadero sector disciplinar del Derecho y que viene a ser separado, aunque relacionado, al Derecho Privado o Derecho Público<sup>10</sup>.

La utilización de las fuentes extranjeras debe realizarse de manera apropiada según determinados patrones que también el jurista chileno y en general latinoamericano debiese manejar con propiedad ya que, salvo excepciones, no parecería estar familiarizado<sup>11</sup> conforme a la metodología requerida.

Por ello, debe asumirse que el Derecho comparado debe entenderse como una rama de la ciencia jurídica<sup>12</sup> que puede - si bien algunos sean más críticos<sup>13</sup> o contrario<sup>14</sup> al respecto - exteriorizarse en más métodos de comparación<sup>15</sup> a pesar de que algunos insten para querer asumir la primacía de un único método<sup>16</sup>. Para ser más precisos debería matizarse entre método y metodología. Así que si la palabra método iría en contraposición a ciencia – en relación a la esencia del Derecho comparado<sup>17</sup>-, aquella de metodología comparada, debería utilizarse

- 10 Así en Italia el Derecho Comparado es un sector disciplinar de la ciencia jurídica que se independiza metodológicamente y estructuralmente del Derecho Privado (IUS/01) y de las Instituciones de Derecho Público (IUS/09), clasificándose en dos subáreas de conocimientos, el IUS/02 “Derecho Privado Comparado” y el IUS/21, “Derecho público comparado” ambas incluída en el Macrosector de Derecho Comparado (I2/E2). Vid. Decreto Ministeriale, de 4 de octubre de 2000, Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca y sucesivas modificaciones e integraciones; Decreto Ministeriale núm. 855/2015, de 30 de octubre, *Gazzetta Ufficiale*, núm. 271, de 20 de noviembre de 2015.
- 11 El estudio en concreto de la utilización de fuentes extranjeras por la doctrina queda reservado por otra investigación y queda fuera del análisis de este trabajo. Tampoco, salvo alguna específica referencia, se analizarán la finalidad o rol del Derecho comparado o de la comparación jurídica.
- 12 V.gr. SACCO, R. y ROSSI, P.: *Introduzione al diritto comparato*, 7ª ed., Utet, Torino, 2019, p. 9; KAHN-FREUND, O.: “Comparative Law As An Academic Subject”, *Law Quarterly Review*, 1966, vol. 82, núm. 1, p. 41.
- 13 En este sentido crítico sobre la proliferación de los métodos apoyándose sobre razonamientos de filosofía y sociología: GLANERT, S.: “Method?”, en AA.VV.: *Methods of Comparative Law* (ed. P.G. MONATERI), Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2012, p. 61 y ss.
- 14 En ese sentido hablar de método en el derecho comparado tendría “un efecto tan negativo y potencialmente impacto embrutecedor (“stultifying impact”) sobre el derecho comparado como disciplina intelectual”: LEGRAND, P.: “Beyond Method: Comparative Law As Perspective (Review at Changement de circonstances et bouleversement de l’économie contractuelle de Denis-M- Philippe, Bruxelles, Bruylant, 1986)”, *American Journal of Comparative Law*, 1998, vol. 46, núm. 3, p. 789.
- 15 Como destaca SACCO, R. y ROSSI, P.: *Introduzione*, cit., p. 9. En este sentido se afirma que no hay un método exclusivo, aunque cada método puede tener sus virtudes y defectos: GLENN, H. P.: *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 5ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 7.
- 16 Así, abogando para el método funcional ZWEIGERT, K.: “Des solutions identiques par des voies différentes (Quelques observations en matière de droit comparé)”, *Revue internationale de droit comparé*, enero-marzo, 1966, vol. 18 núm. 1, p. 7; contra quien afirma que no puede existir un único método: v.gr. PALMER V.: “From Lerotholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology”, *Global Jurist Frontiers*, 2004, vol. 4, núm. 2, en particular p. 29; ANDENAS M., FAIRGRIEVE, D.: “Intent on making mischief: seven ways of using comparative law en AA.VV.: *Methods of Comparative Law* (ed. P.G. MONATERI), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Reino Unido, Northampton, Massachusetts, 2012, p. 35 y ss.
- 17 No se abordan aquí las discusiones que preocuparon los juristas si el Derecho comparado sea una ciencia o un método que caracterizaron, por ejemplo, el Congreso de Derecho Comparado de 1900. Así por ejemplo por Pollock “le droit comparé n’est pas une science propre, mais qu’il n’est que l’introduction de la méthode comparée dans le droit”: Acta de la sesión de 1 de agosto, AA.VV.: *Congrès international de droit*

de manera complementar (y no contrapuesta) al Derecho como ciencia puesto que puede haber una o varias metodologías dentro del estudio de una ciencia jurídica<sup>18</sup>. En este escrito, sin embargo, se utilizarán como sinónimos para una mejor practicidad para el lector:

El comparatista, o en general el jurista que se acerca a la fuentes extranjeras, debe actuar mediante una precisa metodología - sea cual sea - y, si compatibles, utilizar más de una. El jurista no podría hacer una utilización inapropiada de fuentes extranjeras remitiéndose a ellas con sólo fines utilitarios y antojadizos; sea como sea, un método adecuado debe ser utilizarlo aunque haya flexibilidad en su elección<sup>19</sup>. En definitiva, además de una general metodología de investigación<sup>20</sup>, y en específico jurídica<sup>21</sup>, al Derecho comparado, debe asociarse una ulterior metodología ad hoc, incluso dependiendo del área del derecho que quiere investigarse, sea esta civil, constitucional o administrativa<sup>22</sup>.

Ahora bien, el hecho de que la comparación se asocie a la ciencia jurídica no significa que no pertenezca también a otras ciencias<sup>23</sup>. Por ello, debe quedar claro que el comparatista, y las metodologías comparativas no se asocian necesariamente al Derecho, por ello el Derecho comparado se beneficia de metodologías que son inicialmente propias de áreas ajenas al derecho como la metodología funcional y estructural (veáse *infra* sub V).

---

*comparé, tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès-verbaux des séances et documents*, vol. I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1905, p. 60. Sobre una sistematización del problema vid. también CONSTANTINESCO, L.J.: *Traité de Droit Comparé, Tome III, La science des droits comparés*, Economica, Paris, 1983, p. 18 y ss.

- 18 En ese sentido método podría utilizarse como sinónimo de metodología si se asumiera que viene identificado con una serie de técnicas: "La recherche doit être guidée par une méthode, et elle se coule dans des techniques" CARBONNIER, J.: *Sociologie Juridique*, Quadridge, PUF, Paris, 1994, p. 153.
- 19 En ese sentido se afirma que el derecho comparado debe ser flexible y con unos métodos accesibles: PALMER V.: "From Lerotholi", cit., en particular p. 29.
- 20 Vg.r. vid. BUNGE, M.: *La investigación científica. Su estrategia y su filosofía*, Ariel, Barcelona, 1969; HERNÁNDEZ SAMPIERI, R., FERNÁNDEZ COLLADO, C., BAPTISTA LUCIO, M<sup>a</sup> del Pilar: *Metodología de la Investigación*, 6<sup>a</sup> ed., Mc Grawhill, México, 2014.
- 21 Vg.r. vid. SCARPELLI, U.: "Metodo giuridico", *Rivista di diritto processuale*, 1971, vol. XXVI, p. 533-574.
- 22 Se remite a una interesante tabla en que se asocian los principales métodos y compatibilidades dependiendo del área jurídica de referencia: SCARCIGLIA, R.: *Metodi e comparazione giuridica*, 2<sup>a</sup> ed., Cedam, Wolters Kluwer, Milano, 2018, p. 115.
- 23 Vg.r. vid. PIOVANI, J. I., KRAWCZYCK, N.: "Los estudios comparativos: algunas notas históricas, epistemológicas y metodológicas", *Educação & Realidade*, 2017, vol. 42, pp. 821 y ss; SARTORI, G.: "La politica comparata, premesse e problema", *Rivista italiana di scienza politica*, 1971, núm. 1, p. 7 y ss.

### III. ELECCIÓN DE LA(S) CORRECTA(S) METODOLOGÍA(S).

No pueden destacarse y analizarse aquí todas<sup>24</sup> las metodologías<sup>25</sup> asociadas al Derecho comparado<sup>26</sup>. Si bien parte se han clasificados subjetivamente en subgrupos<sup>27</sup> con afán sistematizador o esclarecedor, lo que es cierto es que coexisten habiendo una escala móvil metodológica<sup>28</sup> que toma como referencias varios factores o variables. Por ello, la elección necesariamente afecta de manera significativa el análisis comparativo<sup>29</sup> y ésta debe ponderarse por el jurista a la hora de asegurar la factibilidad y viabilidad de una investigación completa y adecuada. En este sentido, por ejemplo, se destaca<sup>30</sup> como sean imprescindibles los propósitos específicos de la investigación, las habilidades subjetivas del investigador y la valoración de los costes que esta comporta dependiendo del entorno de referencia. Así que es oportuno valorar oportunamente la metodología ad hoc,

- 24 El perfil estructuralista de la comparación también se relaciona con la comparación sistemática de una determinada institución en varios ordenamientos: SCARCIGLIA, R.: *Metodi*, cit., p. XIII y p. 112. Por ejemplo interesante es también el método cuantitativo: vid. v.gr. PARISI, F. y LUPPI, B.: "Quantitative Methods in Comparative Law", en AA.VV.: *Methods of Comparative Law* (ed. P.G. MONATERI), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Reino Unido, Northampton, Massachusetts, 2012, p. 306 y ss; KRITZERT, H., "The (Nearly) Forgotten Early Empirical Legal Research", en AA.VV.: *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (ed. P. Cane Peter & H. Kritzert), 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 875 y ss; EPSTEIN, L. & MARTIN A.: "Quantitative Approaches to Empirical Legal Research", en AA.VV.: *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (ed. P. Cane Peter & H. Kritzert), 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 901 y ss.
- 25 No pueden aquí reflejarse todos los estudios clásicos que se han dedicado a las varias metodologías en su conjunto, por ejemplo, en ámbito italiano SCARCIGLIA, R.: *Metodi*, cit.; también SOMMA, A.: *Temi e Problemi di Diritto Comparato, II. Tecniche e valori della ricerca comparatistica*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 3-74. A nivel multidisciplinar: RESTA, G., SOMMA, A., ZENO-ZENCOVICH, V.: *Comparare. Una riflessione tra le discipline*, Mimesis, Fuochi Blu, Milano, 2020. Más en general vid. también HUSA, J.: *A new Introduction to Comparative Law*, Oxford; Portland, Oregon: Hart Publishing, 2015. Una breve sistematización crítica de las metodologías se puede encontrar en SIEMS, M.: "The Power of Comparative Law: What Types of Units Can Comparative Law Compare?", *American Journal of Comparative Law*, 2019, vol. 67, núm. 4, p. 861 y ss (en particular desde p. 877). El autor realiza un interesante estudio de la factibilidad de nuevos posibles ámbitos de estudios de la comparación jurídica y algunas de sus metodologías; artículo que se complementa con SIEMS, M.: "New Directions in Comparative Law", en AA.VV.: *The Oxford Handbook of comparative Law* (ed. M. REINMANN & R. ZIMMERMANN), 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, Oxford, 2019, p. 852 y ss.
- 26 Sin perjuicio de alguna referencia puntual, las referencias serán al Derecho comparado después del Congreso de París de 1900. Sobre la evolución del derecho comparado anterior v.gr. vid. CONSTANTINESCO, L.J.: *Traité de Droit Comparé, Tome I, Introduction au Droit Comparé*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1972, p. 50 y ss; DONAHUE, Ch.: "Comparative Law before the Code Napoléon", en AA.VV.: *The Oxford Handbook of comparative Law* (ed. M. REINMANN & R. ZIMMERMANN), 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, Oxford, 2019, p. 3 y ss. Para la evolución en el siglo siguiente se remite a las actas del congreso *Centennial World Congress on Comparative Law* organizado por la *International Association of Legal Science (IALS)* publicadas en *Tulane Law Review*, 2001, vol. 75, núm. 4, p. 859-1245. Para un excursu sintético en italiano: SCARCIGLIA, R.: *Metodi*, cit., p. 3-30.
- 27 Por ejemplo, se matiza entre elecciones metodológicas de naturaleza técnica y teórica que deben complementarse con otras de diferente naturaleza: vid. HUSA, J.: *A new Introduction*, cit., p. 100, clasificación retomada por SCARCIGLIA, R.: *Metodi*, cit., pp. 42 y 114.
- 28 Esta expresión es de PALMER V.: "From Lerotholi", cit., p. 29.
- 29 En este sentido LASSER, M.: "The question of Understanding", en AA.VV.: *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (ed. P. LEGRAND and R. MUNDAY), Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 234.
- 30 Estas tres variables vienen destacadas por PALMER V.: "From Lerotholi", cit., p. 29. El autor afirma que la variabilidad de los costes dependen también si el contexto sea académico o más bien relativo al mundo práctico ya que la complejidad metodológica académica puede resultar impracticable en otros ámbitos como el del mundo práctico.

también porque, como afirmado<sup>31</sup>, la utilización de una o más metodologías está directamente ligada a los objetivos que se quieren alcanzar\

#### IV. FORMANTE Y TRASPLANTE: CONCEPTO.

Entre otros aspectos que caracterizan la comparación jurídica hay dos fenómenos, que al mismo tiempo son instrumentos metodológicos útiles. El primero es el llamado “trasplante jurídico” o legal transplant, reso célebre por Alan Watson<sup>32</sup>, entendiéndose por tal “the moving of a rule or a system of law from one country to another, or from one people to another<sup>33</sup>”. Este concepto ha sido retomado por la doctrina comparada como punto de referencia, siendo objeto de análisis críticos<sup>34</sup>, observándose a partir de nuevas y varias perspectivas<sup>35</sup>, en el sentido de diferenciar entre trasplante orgánico y mecánico<sup>36</sup>, examinando sus efectos<sup>37</sup> e incluso, siendo parte de análisis sociológicos<sup>38</sup>.

El segundo es el llamado “formante”, creación jurídica asociada con el nombre del profesor Rodolfo Sacco<sup>39</sup>.

Si el primero tiene su origen metafórico de los trasplantes en la medicina<sup>40</sup> y su consagración en los años sesenta y setenta; el segundo lo hace de la fonética acústica<sup>41</sup> para indentificar la frecuencia de los sonidos en función de su caja de

31 Así se expresa SCARCIGLIA, R.: *Metodi*, cit., p. 116.

32 Vgr. WATSON, A.: *Legal Transplants: an Approach to comparative Law*, 2ª ed. University of Georgia Press, Athens & London, 1993, p. 21, y también WATSON, A.: “Aspects of reception of law”, *American Journal of Comparative Law*, 1996, vol. 44, núm. 2, pp. 335 y ss.

33 WATSON, A.: *Legal Transplants*, cit., p. 21.

34 LEGRAND, P.: “The impossibility of “legal transplants”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, núm. 2, pp. 111 y ss, cfr. WATSON, A.: “Legal Transplants and European Private Law”, *Electronic Journal of Comparative Law*, 2000, vol. 4, núm. 4 en <https://www.ejcl.org/44/art44-2.html>.

35 Vgr. GROSHIDE, F.W.: “Legal borrowing and drafting international commercial contracts”, en AA.VV.: *Some methodological reflections: comparability and evaluation essays on comparative law, private international law and international commercial arbitration in honour of Dimitra Kokkini-Iatridou* (ed. K. BOELE-WOELKI), Springer, Dordrecht, 1994, p. 69 y ss; GRAZIADEI, M.: “Transplant and Receptions”, en AA.VV.: *The Oxford Handbook of comparative Law* (ed. M. REINMANN & R. ZIMMERMANN), 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, Oxford, 2019, p. 442 y ss.

36 Por ello se afirma que hay que diferenciar entre tipología de trasplantes, y diferente es trasplantar orgánicamente una córnea, una rodilla o el corazón, otra realizar una operación más mecánica, como mover un motor de un coche a otro y uno y otro caso diferentes aspectos deben tomarse en consideración: KAHN-FREUD, O.: “Uses and misuses of comparative law”, *Modern Law review*, 1974, vol. 37, núm. 1, en particular p. 5 y 6.

37 Vgr. BERKOWITZ D., PISTOR, K., RICHARD, J.F.: “The transplant effect” en *American Journal of Comparative Law*, 2003, vol. 51, núm. 1, pp. 163 y ss.

38 Vgr. MILLER, J. M.: “A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant”, *American Journal of Comparative Law*, 2003, vol. 51, núm. 4, pp. 839 y ss.

39 SACCO, R.: *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit* (coll. “Études juridiques comparatives”, Economica, Paris, 1991; SACCO, R.: “Legal formants: A dynamic approach to comparative law”, *American Journal of Comparative Law*, 1991, vol. 39, núm. 1, (Installment 1 of 2) p. 1-34, (Installment 2 of 2), p. 343-401.

40 Así vgr. KAHN-FREUD, O.: “Uses and misuses”, cit., pp. 1 y ss, en particular pp. 5 y 6.

41 Como aclara el mismo SACCO, R.: “Legal formants”, (Installment 1 of 2), cit., p. 21.



resonancia. Así como la consistencia del sonido depende de variables, también deberán tenerse en consideración diferentes componentes, es decir los formantes - “formanti”<sup>42</sup> - a la hora de analizar un aspecto jurídico. Por ello, habrá esencialmente algunos formantes como los relativos a la regla legal, a la regla doctrinal, a los ejemplos de la doctrina, a la regla que los tribunales enuncian o a la ratio decidendi que está en sus pronunciamientos<sup>43</sup>. Estos formantes no necesariamente serán coherentes entre sí y se podrán disociar, separar, diferenciar, tanto dentro del contexto nacional de referencia como en el contexto comparativo entre uno o varios ordenamientos. En ese sentido, deberá realizarse un estudio de coherencia entre los formantes que permitirá valorar el grado de disociación entre ellos<sup>44</sup> (*infra* V).

Ahora bien, puede darse que éstos no sean necesariamente expresados de manera concientes y se produzcan con un cierto automatismo. Este tipo de formante implícito viene definido criptotipo (“crittotipo”), y - en este sentido - se matiza entre formante verbalizado (“verbalizzato”) y formante no explicitado (“no verbalizzato”) <sup>45</sup>. Ahora bien, la constatación de la presencia de un criptotipo – es decir de aquel formante “no verbalizzato” - puede realizarse muchas veces *ex post*, así “el descubrimiento de un “crittotipo” por medio de la comparación será facilitado cuando (...) una noción implícita de un sistema se explicita expresamente en otro”<sup>46</sup>. La existencia de un criptotipo, en determinados casos, engloba contextos jurídicos más o menos amplio del propio, creándose lo que se ha definido una “sineddoche” jurídica<sup>47</sup>. En este sentido se puede constatar una primera interrelación entre trasplante y formante puesto que un trasplante podría evidenciar y expresar en un ordenamiento lo que ha sido un formante implícito en otro. Sólo tomando en consideración adecuadamente estos aspectos podrá llegarse a una comparación oportuna analizado adecuadamente las efectivas normas jurídicas aplicables y constantando el efectivo *modus operandi* relativo

42 Sobre una sintética descripción de los formantes y su operatividad *v.gr.* SOMMA, A.: *Introducción al Derecho Comparado* (trad. E. CONDE NARANJO), Universidad Carlos III, Madrid, 2015 (1ª ed. italiana Laterza, Bari, 2014), p. 154 y ss; SCARCIGLIA, R.: *Metodi*, cit., p. 100 y ss. Este último matiza en la operabilidad de los formantes en el derecho público y privado.

43 Así estos esencialmente los cinco formantes que identifica SACCO: SACCO, R. y ROSSI, P.: *Introduzione*, cit., p. 56-59. De todos modos debe destacarse más en general un pluralismo de formantes: MANIACI A. “I formanti “occulti”, *Rivista critica di diritto privato*, 2017, vol. 35, núm. 1, p. 97-108.

44 SACCO, R. y ROSSI, P.: *Introduzione*, cit., p. 59-61.

45 *Vid.* SACCO, R. y ROSSI, P.: *Introduzione*, cit., p. 117-120.

46 Así: SACCO, R. y ROSSI, P.: *Introduzione*, cit., p. 118. Si la doctrina, por ejemplo es un formante verbalizzato, el crittotipo es uno no verbalizzato: como, dice SACCO, quién sabe ir en bicicletta si saber indicar cuál es la parte del propio peso que debe grabar sobre los pedales (*op. cit.*, p. 117).

47 Como constata MONATERI, en este caso se crearía una disociación entre regla declarada y regla operacional ya que la primera denota o especifica sólo una parte de la segunda *vid.* MONATERI, P.: “Règles et techniques de la definition dans le Droit des Obligations et des contrats en France et en Allemagne: La synecdoque française”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1984, vol. 36, núm. 1, p. 7-57; MONATERI, P.: *La sineddoche. Formule e regole del diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Giuffrè, Milano, 1984. La expresión ha venido a tener importancia jurídica autónoma en el contexto jurídico italiano: MONATERI, P.: “Sineddoche”, *Digesto italiano, Discipline privatistiche – Sez. civ.*, 5ª ed., vol.VIII, Utet, Torino, 1998, *ad vocem*.

a una norma jurídica o una institución dentro del propio ordenamiento o en comparación con otros.

## V. ENFOQUE FUNCIONAL Y ESTRUCTURAL Y SUS RELACIONES CON EL FORMANTE Y EL TRASPLANTE.

Al analizar el formante y el trasplante, algunas reflexiones resultan necesarias tanto sobre la metodología<sup>48</sup> estructuralista, relacionada con éstos, como sobre aquella funcionalista por ser considerada en parte contrapuesta a la primera y también por jugar, esta última, un rol predominante hasta el punto de ser definida el “epicentro del método comparativo<sup>49</sup>” y viniendo ubicada por algunos como “el principio metodológico básico de toda actividad comparativa<sup>50</sup>”.

Puesto que ambos métodos no son inicialmente propios ni del Derecho Comparado, ni de la ciencia jurídica, se les debe realizar un acercamiento progresivo, viendo su origen y multidisciplinariedad.

### I. Multidisciplinariedad del funcionalismo y del estructuralismo.

Antes de todo, hay que constatar que tanto funcionalismo como estructuralismo son métodos multidisciplinarios y proceden de otras ciencias.

El funcionalismo encuentra su germen en la sociología<sup>51</sup>, así “de forma más o menos explícita, se ha reconocido que el núcleo central del pensamiento funcionalista nace a partir de la obra de Emile Durkheim<sup>52</sup>, uno de los fundadores de la sociología<sup>53</sup>”. Aquí debe prevalecer la función a la estructura, y se considera “que había un único requisito funcional, es decir, la necesidad de integración social<sup>54</sup>” y, por ello, se considera que el funcionalismo encuentra en él un “precedente remoto<sup>55</sup>”. Por otro lado, Herber Spencer, con su funcionalismo

48 Se recuerda que aquí se utilizará método y metodología como sinónimos.

49 Así PLATSAS, A. M.: “The Functional and the Dysfunctional in the Comparative Method of Law: Some Critical Remarks”, *Electronic Journal of Comparative Law*, 2008, vol. 12.3, en <http://www.ejcl.org/123/art123-3.pdf>. En ese sentido, la doctrina considera que si bien debiese compatibilizarse con el método sistémico, El método comparativo funcional sigue siendo insuperable ZENO-ZENCOVICH, V.: *Comparative Legal Systems. A short introduction*, Roma Tre-Press, Roma, 2017, p. 98.

50 Así expresamente ZWIEGERT y KÖTZ que matizan que “de esta exigencia básica dimanarían todos los demás principios que determinan la elección de leyes por comparar”: ZWIEGERT, K.; KÖTZ, H.: *Introducción al Derecho comparado* (trad. A. APARICIO VÁSQUEZ) Oxford University Press, Mexico, 2002, p. 38.

51 Cfr. SOMMA, A.: *Temi*, cit., p. 21; SCARCIGLIA, R.: *Metodi*, cit., p. 92.

52 DURKHEIM, E.: *The Rules of the Sociological Method*, New York, 1895, *Regole del metodo sociologico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1979.

53 SOMMA, A.: *Temi*, cit., p. 21 y ss.

54 Así SCARCIGLIA, R.: *Metodi*, cit., p. 92.

55 Así se afirma que “el funcionalismo encuentra un precedente remoto en el organicismo del siglo XIX y su raíz, más próxima e inmediata, en el pensamiento sociológico de Emile Durkheim (Las reglas del método sociológico, 1895)”: MONTORO BALLESTEROS, A.: “El funcionalismo en el Derecho: notas sobre N. Luhmann y G. Jackbs”, *Anuario de Derecho Humanos. Nueva Época*, 2007, vol. 8, p. 365. Del mismo modo lo asocia al

estructural, se refería a varios requisitos o necesidades funcionales en la teorización del sistema “super-organico”<sup>56</sup>. En este contexto, por lo tanto, la presencia de un sistema, relacionado con esta estructura, puede correlacionarse también a aspectos funcionales. Análogamente al funcionalismo, el estructuralismo nace de un contexto ajeno al Derecho; así que la lingüística ha sido su iniciadora y Ferdinand De Saussure puede ser considerado “un precursor del estructuralismo, como se desprende de su idea de un sistema”<sup>57</sup>; en este sentido “el método estructuralista se consolida”<sup>58</sup> con él y su obra. Sin embargo, debe constatarse que se ha desarrollado en otros campos como la antropología, psicoanálisis, psicología, filosofía, semiología, entre otras<sup>59</sup>.

## 2. Incorporación a la ciencia jurídica.

Progresivamente el funcionalismo se incorpora en la rama jurídica, por el acercamiento operado por el sociólogo Niklas Luhmann, en ese sentido “la pretensión de Luhmann en su Systemtheorie es la continuación y actualización crítica del funcionalismo estructural de Talcott Parsons<sup>60</sup>”, pretensión que se relaciona también con el Derecho puesto que se viene a observar la “función del Derecho como instrumento de reducción de la complejidad”<sup>61</sup> de la sociedad<sup>62</sup>. Posteriormente el concepto funcional introducido dentro del ambiente jurídico por un no jurista se consolida por parte de juristas. En ese sentido, Günther Jakobs destaca, en el contexto del Derecho penal, la conservación de la sociedad como función primaria del Derecho<sup>63</sup>.

Lo que cierto es que también la idea del estructuralismo viene a relacionarse con el Derecho<sup>64</sup> y con un concepto de sistema y elementos claves. Así se empieza

---

funcionalismo: MICHAELS, R.: “The Functional Method of Comparative Law”, en AA.VV.: *The Oxford Handbook of comparative Law* (ed. M. REINMANN & R. ZIMMERMANN), 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 349, 350, 355-356, 359, 362.

56 SCARCIGLIA, R.: *Metodi*, cit., p. 92.

57 POGGESCHI, G.: “Il rapporto fra lingua e diritto nel prisma della comparazione fra linguistica e teoria del diritto”, en AA.VV.: *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico* (ed. M. BRUTTI, Alessandro SOMMA), Max Planck Institute for European legal history, Frankfurt am Main, 2018, p. 433.

58 SOMMA, A.: *Temi*, cit., pp. 21 y ss.

59 En este sentido, como se ha constatado SCARCIGLIA: Émile Benveniste, Roman Jacobsen, Noam Chomsky, (lingüística), Claude Lévi-Strauss (antropología), Jaques Lacan (psicoanálisis), Jean Piaget (psicología) y Louis Althusser e Michel Foucault (filosofía), Ronald Barther (semiología): SCARCIGLIA, R.: *Metodi*, cit., p. 99. También se relacionan Raymond Boudon Gilles (sociología) Gilles Deleuze (Filosofía): op. cit., p. 98.

60 Así MONTORO BALLESTEROS, A.: “El funcionalismo”, cit., p. 366.

61 Siempre en relación con el pensamiento de Niklas Luhmann: SCARCIGLIA, R.: *Metodi*, cit., p. XV.

62 En la teoría sistémica del Derecho Luhmann distingue tres nociones o categorías fundamentales: el sistema jurídico, los derechos fundamentales y la justicia”. MONTORO BALLESTEROS, A.: “El funcionalismo”, cit., p. 369 y ss.

63 En la teoría sistémica del Derecho Luhmann distingue tres nociones o categorías fundamentales: el sistema jurídico, los derechos fundamentales y la justicia”. MONTORO BALLESTEROS, A.: “El funcionalismo”, cit., p. 371 y ss.

64 Por todos se reenvía a LOSANO M.: *Sistema e struttura nel diritto*, 2ª ed., tres volúmenes, Giuffrè, Milano, 2002. Esto no debe confundirse con la comparación sistemática, *systematic approach*, que viene definida por

a trazar una teoría del sistema jurídico que incluso se estructura en una jerarquía de normas<sup>65</sup> aunque debería irse más a la coordinación entre ellas<sup>66</sup>. Inicialmente ligado a la filosofía del Derecho, progresivamente el análisis estructural se consolida también en el Derecho en general<sup>67</sup> y en Derecho Comparado (*infra* V.3).

En este contexto asume una etapa clave superar la visión del Derecho exclusivamente pensado como normas, incluso jerarquizadas. Así Santi Romano viene a concebir el Derecho de manera diferente afirmando que “no es una suma aritmética de varias normas<sup>68</sup>” y, por ello, “la definición del Derecho no puede coincidir con la definición de las normas incluidas en el<sup>69</sup>”. Esto contribuye, por mucho que hoy en día parezca obvio, a la creación del concepto de “ordenamiento jurídico<sup>70</sup>” afirmando que el término Derecho es “inadecuado e insuficiente<sup>71</sup>” y “hay que integrarlo con otros elementos, de los que normalmente no se tiene en cuenta y que sin embargo asumen un rol de esencial y característico<sup>72</sup>”. Por ello, se empieza a asumir que existen elementos esenciales en el Derecho<sup>73</sup>;

---

la doctrina, por ejemplo, como : v.gr. HUSA, J.: *A new Introduction*, cit., p. 133.

- 65 En ese sentido vid. KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, traducción de la primera edición de *Reine Rechtslehre: Einleitung in Die Rechtswissenschaftliche Problematik* de 1934, presentación de Gregorio ROBLES, Trotta, Madrid, 2011; KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho* (trad. R. J. VERNENGO de la 2ª ed. completada y ampliada de 1960), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979. Para algunos aspectos: LOSANO M.: “La teoría pura del Derecho del logicismo al irracionalismo”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 2, 1985, pp. 55-85; RODILLA GONZÁLEZ, M. Á.: “¿Unidad lógica o dinámica? Coherencia y sistema jurídico en Kelsen”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 2009, núm. 32, pp. 255 y ss.
- 66 Sobre la complementariaedad del pensamiento de KELSEN con aquello de Herbert Lionel Adolphus HART y y el de Joseph HAZ: v.gr. ANDALUZ VEGACENTENO, H.: “¿Más allá de Kelsen: las normas de competencia y la estructura del sistema jurídico”, *Revista Boliviana de Derecho*, 2010, núm. 9, , pp. 32 y ss; LOSANO M.: “La teoría pura”, cit., pp. 55 y ss; TAMAYO SALMORÁN, R.: “La teoría de J. Raz sobre los sistemas jurídicos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1981, núm. 42, p. 1147 y ss.
- 67 En español, sobre el estudio del estructuralismo en el Derecho, interesantísimo y su génesis fuera de él, es el estudio de MONTORO BALLESTEROS al cual se reenvía MONTORO BALLESTEROS A.: “Análisis estructural y conocimiento jurídico (Notas sobre la significación, las posibilidades y los límites del estructuralismo en el pensamiento jurídico)”, *Anales de Derecho*, 1982, núm. 3, en particular p. 7 y ss; vid. también LEGAZ Y LACAMBRA, L.: “Estructuralismo en el Derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1969, vol. 13, núm. 34-36, , p. 7 y ss; ALZAMORA VALDEZ, M.: “Estructuralismo y Derecho”, *Derecho-PUCP*, 1974, núm. 32, p. 62 y ss; AA.VV.: *Estructuralismo y derecho*, Alianza, Madrid, 1973.
- 68 ROMANO, S.: *L'ordinamento giuridico*, 2ª ed., Sansoni, Firenze, 1946, p. 12.
- 69 ROMANO, S.: *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 14 y 15.
- 70 La referencia es a la obra *L'ordinamento giuridico*, que como el mismo autor indica en la *prefatio*, aparece la primera vez en dos fascículos de los *Annali delle Università toscane* de 1917 y 1918 y contemporaneamente en un volumen publicado a Pisa en 1918. Vid. por ejemplo FONTANELLI F.: “Santi Romano and L'ordinamento giuridico: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations”, *Transnational Legal Theory*, 2011, vol. 2, núm 1, p- 67 y ss; GARCÍA MIRANDA, C. M.: “La unidad en el concepto de Ordenamiento jurídico de Santi Romano”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 1998, núm. 2, p. 287 y ss. En época posterior, otra obra interesante relativa a lo estructuralismo en derecho es la de FROSINI, V.: *La struttura del diritto*, Giuffrè, Milano, 1962.
- 71 ROMANO, S.: *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 5
- 72 ROMANO, S.: *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 5
- 73 Esencialmente por ROMANO hay tres elementos esenciales relacionados con el derecho 1) debe reconducirse al concepto de sociedad (p. 25), 2) contener la idea de orden social (p. 26) y se considera que 3) “El derecho, antes de ser norma, antes de referirse a una simple relación o una serie de relaciones sociales, es la organización, estructura, posición de la misma sociedad en la que se encuentra y que constituye como unidad, como entidad en sí misma” (p. 27): ROMANO, S.: *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 25.

y que “el Derecho no conta solo de normas sino de otros elementos”<sup>74</sup>. Esta visión indudablemente puja hacia un concepto estructuralista en el derecho<sup>75</sup>, que necesita estar conformado, valga la redundancia, por una específica estructura.

Esto, además, rompiendo las esferas nacionalistas debe ampliarse hacia una visión global y necesariamente constatar que, por un lado, no existe sólo un ordenamiento sino una pluralidad de ordenamientos y de correlativas relaciones<sup>76</sup> y que, por otro lado, un ordenamiento puede tener relevancia respecto a otro, siendo (o no siendo) una fuente de otro<sup>77</sup>. Si bien esta interdependencia es patente en el derecho internacional<sup>78</sup>, esto contribuye a crear una visión diferente del Derecho.

Es por ello que cuanto delineado en el concepto de ordenamiento jurídico viene complementado por el mismo Santi Romano con el concepto de “realidad jurídica”<sup>79</sup>. Y aquí esta última a veces convive con la ficción jurídica que viene operada por la doctrina<sup>80</sup> o la jurisprudencia cuando a veces toma la realidad y “altera sus características hasta el punto de crear la realidad ad imagen y semejanza de otra realidad a la cual el ordenamiento haya atribuido una calificación jurídica”<sup>81</sup>. Aquí se ven como la jurisprudencia y la doctrina, si bien criticadas, asumen un rol claro en la estructural de la realidad jurídica y en el análisis mismo del Derecho y de su entendimiento.

### 3. Subsunción de ambos fenómenos dentro del Derecho Comparado.

Como se ha observado hasta ahora, tanto el estructuralismo con el funcionalismo nacen del contexto ajeno al Derecho, luego se incorporan a esto con carácter general para finalmente consolidarse en el específico contexto del Derecho Comparado, aunque a veces con afanes críticos al respecto.

Sin perjuicio de obras anteriores<sup>82</sup>, el funcionalismo empieza a adquirir su autonomía en el contexto más bien del Derecho comparado con Ernst Rabel<sup>83</sup>,

74 ROMANO, S.: *L'ordinamento giuridico*, cit., 1946, p. 21.

75 Asocian Santi Romano al estructuralismo MORA, F.: “Estructuralismo y derecho”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, 1973, núm. 22, p. 175 LEGAZ Y LACAMBRA, L.: “Estructuralismo en el Derecho”, cit., p. 16 y ss.

76 ROMANO, S.: *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 104 y ss.

77 ROMANO, S.: *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 167 y 168.

78 ROMANO, S.: *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 180.

79 Esto lo viene a reproducir en una obra prácticamente contemporánea a la segunda edición de la obra *L'ordinamento giuridico*: en ROMANO, S.: *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947, voz “realità giuridica”, p. 204 y ss.

80 ROMANO, S.: *Frammenti*, cit., p. 206.

81 ROMANO, S.: *Frammenti*, cit., p. 217.

82 V.gr. RADBRUCH, G.: “*Über die Methode der Rechtsvergleichung*”, *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, 1905-1906, núm. 2.

83 Si bien el autor tuvo que emigrar a Estados Unidos, hay quien identifica al autor en las piezas claves para identificar la “época de oro” de la comparación en Alemania: Así SCHWENZER, I.: “Development of

en la relación entre el derecho nacional y el derecho internacional, y toma su estandarte y consolidación con Zweigert<sup>84</sup> and Kötz<sup>85</sup>.

Aunque el método funcional se ha definido como el que “que examina cómo se asegura la consecución de una necesidad jurídica de las partes o de un objetivo de orden público con la ayuda de las instituciones y los más variados conceptos jurídicos”<sup>86</sup>, este metodología no sólo se ha criticado en aplicación al Derecho<sup>87</sup> sino se ha constatado su demasiada vaguedad o aspéctos lagunosos<sup>88</sup>, puesto que la comparación no sólo debería asociarse con los aspectos similes sino también juegan un rol importante las diferencias<sup>89</sup>, puesto que para el análisis funcionalista “problemas análogos se asocian con soluciones equivalentes”<sup>90</sup> (*vid. sub VI.1*).

Así con afán crítico el “método funcional” sería por varios aspectos una “bestia negra”<sup>91</sup> y sería una expresión que – al igual que la de “Derecho Comparado”

---

Comparative Law in Germany, Switzerland and Austria”, en AA.VV.: *The Oxford Handbook of comparative Law* (ed. M. REINMANN & R. ZIMMERMANN), 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, Oxford, 2019, p. 60-62. *Vid. v.gr. RABEL E., The Conflict of Laws: A Comparative Study*, 2ª ed., vol. I, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1945.

- 84 *V.gr. vid. ZWEIFERT, K: “Méthodologie du droit comparé” en Mélanges offerts a Jacques Maury, vol. I (Droit international privé et public), Dalloz y Sirey, Paris, 1960, p. 579 y ss; ZWEIFERT, K: “Des solutions identiques par des voies différentes (Quelques observations en matière de droit comparé)”, Revue internationale de droit comparé, enero-marzo, 1966, vol. 18, núm. 1, pp. 5 y ss; ZWEIFERT, K.; KÖTZ, H.: Introducción, cit., pp. 37 y ss. La primera edición de esta obra en alemán es del año 1969-1971.*
- 85 Sobre el funcionalismo en Rabel: GERBER, D.: “Sculpting the agenda of comparative law: Ernst Rabel and the Facade of Language”, en AA.VV.: *Rethinking the Masters of Comparative Law* (ed. A. RILES), Hart, Oxford, 2001, pp. 190-208. Sobre una evolución entre el funcionalismo en Rabel y Zweigert y Kotz: HUSA, J.: “Comparative Law, Legal Linguistic and Methodology of Legal Doctrine”, en AA.VV.: *Methodologies of Legal Research: Which Kind of Method for What Kind of Discipline* (ed. M. VAN HOECKE), Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2011, p. 209-228.
- 86 ZWEIFERT, K: “Des solutions identiques”, cit., p. 7; ZWEIFERT, K: “Méthodologie du droit comparé”, cit. pp. 579 y ss.
- 87 Así se ha constatado que más bien se relaciona con la sociología y que en relación con el derecho comparado puede considerarse como “una versión vulgar del funcionalismo sociológico”: FRANKENBERG, G.: “Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law”, *Harvard International Law Journal*, 26, 1985, núm. 2, p. 434.
- 88 Sobre algunas críticas *V.gr. vid. DE LOS MOZOS, J. L.: Metodología y Ciencia en el Derecho privado moderno, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, p. 148 y ss; GRAZIADEI, M.: “The Functionalist Heritage”, en AA.VV.: Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (ed. P. LEGRAND and R. MUNDAY), Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 100-108; MARINI, G.: “Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell’epoca della globalizzazione”, *Pòlemos*, 2000, núm. 1, p. 65 y ss; SCARCIGLIA, R.: *Metodi*, cit., p. 97-98; SOMMA, A.: *Introducción*, cit., p. 161.
- 89 DANNEMANN, G. “Comparative Law: study of similarities or differences?”, en AA.VV.: *The Oxford Handbook of comparative Law* (ed. M. REINMANN & R. ZIMMERMANN), 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, Oxford, 2019, p. 395.
- 90 FRANKENBERG, G.: “Critical Comparisons”, cit., p. 425.
- 91 La expresión es de MICHAELS, R: “The Functional Method”, cit., p. 346.

(“Comparative Law”)<sup>92</sup> – sería “equivocada”<sup>93</sup> así observándose su generalidad y amplitud e intentando sistematizarla en varias subcategorías<sup>94</sup>.

Además debe observarse que las referencias al método funcional no sólo no son homogéneas sino tampoco unívocas y esto contribuye a la realización de una visión caótica del panorama jurídico. Así por ejemplo se llega a afirmar, analizando una misma obra, que un autor es funcionalista y no funcionalista al mismo tiempo<sup>95</sup>.

Lo que es cierto, y esto es factor que los acomuna, es que también el estructuralismo viene considerado un término demasiado vago<sup>96</sup>, una “vaguedad metafórica”<sup>97</sup> dentro del Derecho que incluso no queda exenta de críticas. Por ello, se afirma<sup>98</sup> que debería conciliarse más con el rol de la historia y se constata<sup>99</sup> que, aunque el estructuralismo se mueva tendencialmente en un concepto de derecho apolítico, sería imposible suprimir los aspectos ideológicos.

A parte la contribución al estructuralismo por parte de Sacco y Watson<sup>100</sup> hay que destacar que el estructuralismo viene a manifestarse también mediante la creación de las familias jurídicas<sup>101</sup> (*infra* V.5) ya que la micro comparación no

92 LEGRAND, P.: “Beyond Method”, cit., p. 788.

93 Literalmente *misnomer*. Aquí la equivocación sobre *Functional method* sería triple puesto que no existe un único *functional method*, todos los métodos que se definen como tales no lo son propiamente y finalmente, algunos que quieren adherir a este no propiamente utilizan una verdadera metodología, así: MICHAELS, R.: “The Functional Method”, cit., p. 347.

94 Esta tarea se realizar por MICHAELS, R.: “The Functional Method”, cit., pp. 345 y ss. Sin detenerse sobre este punto, se reenvía (en idioma español o italiano) por ejemplo a SCARIGLIA, R.: *Metodi*, cit., pp. 92 y ss; SAAVEDRA VELAZCO, R.: “Sobre formantes”, cit., p. 85 y ss.

95 Esto ocurre con Marc Ancel: si René David lo considera un funcionalista, Gerhard Danemann afirma lo contrario analizando el mismo texto del autor (ANCEL, M.: *Utilité et méthodes de droit comparé. Eléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Ides et Calendes, Neuchâtel, 1971, citándose respectivamente la p. 95 y la p. 65): cfr. DAVID, R., “M. Ancel, Utilité et méthodes du droit comparé. Eléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits”, *Revue internationale de droit comparé*, 1971, vol. 23, núm. 4, pp. 935; DANNEMANN, G.: “Comparative Law: study”, cit., p. 395. Así que DAVID afirma que ANCEL “enfatisa la conveniencia de utilizar, en muchos casos, un método “funcional”, buscando ver cómo se trata un problema más que establecer concordancias entre las normas legales admitidas aquí y allá”, mientras que para DANNEMANN observa en Ancel una crítica al funcionalismo y una énfasis sulle difference, aspecto que viene mostrado por Ancel en la noción de la *comparaison contrastée* “in which more prominence is given to the opposition between legal sistem than to their possible convercence”.

96 Así se constata que “estructura y estructuralismo son términos que han trascendido el ámbito puramente científico y circulan profusamente sin un sentido y sin un alcance precisos”: MONTORO BALLESTEROS A.: “Análisis estructural”, cit., p. 11.

97 En este sentido al referirse al término las estructuras en el Derecho Privado: CARBONNIER, J.: “Les structures en droit privé”, en AA.VV.: *Sens et usage du terme structure dans les sciences humaines et sociales* (ed. R. BASTINDE), De Gruyter Mouton, The Hague, 1962, pp. 72 ss.

98 En relación con la giurística histórica y datos históricos: confróntense GAMBARO, A., MONATERI, P.G. y SACCO, R.: “Comparazione giuridica”, *Digesto delle discipline privatistiche-Sezione civile*, vol. 3, Utet, Torino, , 1988, p. 52, SOMMA, A.: *Introducción*, cit., pp. 154 y 155.

99 Con esta orientación crítica DENTI, V.: “Diritto comparato e scienza del processo”, *Rivista diritto processuale*, vol. XXXIV, 1979, p. 336-337 id. en AA.VV.: *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica* (ed. R. SACCO), Giuffrè, Milano, 1980, p. 211; en el mismo sentido SOMMA, A.: *Introducción*, cit., p. 155.

100 Sobre algunas críticas a WATSON vid. v.gr CAIRNS, J. W.: “Watson, Walton, and the History of Legal Transplant”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2014, vol. 41, núm. 3, p. 640 y ss.

101 En este sentido el estudio y sistema de familias se relaciona con el estructuralismo: v.gr. PECES Y MORATE, J. E.: “Estructuralismo y Derecho comparado”, en AA.VV.: *Estructuralismo y derecho*, Alianza, Madrid, 1973,

es por sí suficiente<sup>102</sup> requiriendo también una visión macro comparada que conlleva la necesidad de una determinada estructura que se basa sobre elementos determinantes y fungibles, así como propuso Constantinesco<sup>103</sup>.

#### 4. Sacco y Watson y el estructuralismo.

Deteniéndose en particular en el trasplante y el formante, identificados respectivamente con Watson y Sacco, debe destacarse que se asocian más bien al método estructural; por ello se ha definido a Waston, como antifuncionalista<sup>104</sup> puesto que efectivamente éste constaba que este método partiendo de la comparabilidad de problemas y no de leyes, más bien se asociaba con la sociología<sup>105</sup>

También se evidencia como “Rodolfo Sacco a partir de la lingüística que recurre al método estructuralista<sup>106</sup>” y el formante viene asociado espresamente con el estructuralismo<sup>107</sup>. Sin embargo, debido a la generalidad ya evidenciada arriba (*supra* V.3) tanto del funcionalismo como del estructuralismo, hace que, si bien la teoría de los formantes se asocia al enfoque estructuralista, hay quien afirma que la contribución de Sacco es “a caballo<sup>108</sup>” entre el funcionalismo y el estructuralismo; hasta observarse que la teoría de los formantes y de los “criptotipos” sería una “alternativa y un suplemento al enfoque funcional<sup>109</sup>”.

Ahora bien, aunque Waston y Sacco, mediante la elaboración del trasplante y de los formantes se alejan del método funcional; el funcionalismo y el estructuralismo pueden llegar a las mismas conclusiones y por ello no necesariamente son incompatibles<sup>110</sup>; ambos métodos no son necesariamente antitéticos sino opcionales.

---

pp. 173 y ss.

102 En este sentido CONSTANTINESCO, L. J.: *Traité*, cit., tomo III, p. 161.

103 *Vid.* CONSTANTINESCO, L. J.: *Traité*, cit., tomo III, pp. 228 y ss.

104 Así expresamente MICHAELS, R.: “The Functional Method”, cit., p. 358; *vid.* también GRAZIADEI, M.: “The Functionalist Heritage”, cit., p. 121.

105 WATSON, *Legal Transplants*, cit., p. 5.

106 . SOMMA, A.: *Introducción*, cit., p. 154.

107 Como se observa claramente incluso en la conformación de los títulos de algunos epígrafes o estructuras de textos: SOMMA, A.: *Introducción*, cit., p. 152; SCARCIGLIA, R.: *Metodi*, cit., p. 99.

108 En este sentido, SCARCIGLIA, R.: “Strutturalismo, formanti legali e diritto pubblico comparato”, *Diritto Pubblico comparato e Europeo*, 2017, núm. 3, p. 656, *id.* SCARCIGLIA, R.: *Metodi*, cit., p. 99.

109 “The theory of legal formants and cryptotypes developed by Rodolfo Sacco is both an alternative and a supplement to the functional approach adopted nowadays by a number of comparatists”: GRAZIADEI, M.: “The Functionalist Heritage”, cit., p. 125.

110 SOMMA, A.: *Introducción*, cit., p. 163.



## VI. FORMANTE Y TRASPLANTE ENTRE PERAS, MANZANAS Y OTROS MÉTODOS.

Para que la frase “no es posible comparar cosas incomparables<sup>111</sup>” no se convierta en una frase meramente tautológica, es oportuno elegir no sólo una correcta metodología, sino sopesar la importancia de la posible compatibilidad entre lo que se compara y de los varios métodos.

Si la frase recién afirmada correspondiera al dicho de que no pueden compararse o sumarse “pera con manzanas” o “manzanas con naranjas” debería llegarse a la conclusión que estamos en presencia de una paradoja puesto que como se ha destacado “la conclusión de que dos objetos son incomparables, por si mismo se basa sobre una comparación<sup>112</sup>”.

Ahora bien, toda comparación tiene siempre una cierta dosis de subjetividad, y en ese sentido manzanas y peras (o naranjas)<sup>113</sup> podrían compararse desde un punto de vista micro- per sé- o macro – como categorías de fruta. Esto dependerá también de la finalidad u objeto que la comparación tiene, puesto que elementos discordantes pueden incluso crear nuevos fenómenos autónomos e independientes, así como manzanas, peras y naranjas pueden dar lugar a una exquisita ensalada de fruta.

Lo que es cierto es que la tendencial homogeneidad de los objetos de comparación o su compatibilidad dentro del contexto de análisis indudablemente puede facilitar la tarea y - retomando el ejemplo - la comparabilidad de dos frutos iguales es más objetiva que aquella de dos frutos diferentes<sup>114</sup>, pero no impide la segunda.

Seguidamente se verán algunas interacciones y/o compatibilidades que el formante y el trasplante pueden tener como otros mecanismos comparativos como la *presumptio similitudis* y el *tertium comparationis*.

111 Así afirman ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H.: *Introducción*, cit., p. 38.

112 Estas son las agudas observaciones de CHODOSH H.: “Comparing Comparisons: In Search of Methodology”, *Iowa Law Review*, 1998-1999, vol. 84, núm. 5, p. 1061. El autor más ampliamente trata críticamente esta metáfora: *vid. pp.* 1061-1063, 1066, 1121-1123.

113 La doctrina ha realizado otros ejemplos basándose sobre el mismo concepto de metáfora así se ha afirmado por ejemplo que, si bien una comparación de la tiza con el queso, debe necesariamente resaltar la cuestión de la comestibilidad, una comparación de la tiza con los rotuladores se centrará en la legibilidad: *vid.*: HUXLEY, A.: “Golden Yoke, Silken Text”, *Yale Law Journal*, 1997, vol. 106, núm. 6, p. 1924 y 1925 y los comentarios de CHODOSH H.: “Comparing Comparisons”, cit., p. 1065.

114 En este sentido ROGERS, C.: “Gulliver’s Troubled Travels, or the Conundrum of Comparative Law”, *George Washington Law Review*, 1998, vol. 67, núm. 2, p. 155.

## I. *Praesumptio similitudis* y disociación de los formantes.

Ahora bien, algunas reflexiones deben hacerse en relación con la *praesumptio similitudis*, es decir el partir de la presunción de que los resultados son semejantes<sup>115</sup>. Si desde el punto de vista funcional esta hipótesis esencialmente debe confirmarse, bajo el punto de vista ligado al análisis de Sacco y sus formantes, el presupuesto podría ser antitético ya que podría partirse del presupuesto que los formantes son disociados y ver si efectivamente coinciden (y, por ello, no necesariamente se asumiría la presunción como punto de partida). Si en el funcionalismo de Zweigert y Kotz la *praesumptio* es un punto de partida y de llegada al mismo tiempo ya que “lo único que puede compararse en el derecho son las cosas que cumplen con una misma función<sup>116</sup>” y la finalidad es encontrar en el derecho extranjero “un equivalente o análogo de la solución que persigue el estudioso<sup>117</sup>”; el punto de vista del estudio del formante es diferente. En este segundo enfoque metodológico deberán verse las diferencias (y también consecuentemente las similitudes) y sobre esto traer conclusiones. Si el funcionalismo parte de una homogeneidad de análisis, en cambio el sistema estructural parte de una homogeneidad de estructuras, que se mueven desde una base de familias o de elementos (los formantes) con la clara toma de conciencia que estos últimos pueden no coincidir en su contenido.

Si, por un lado, se parte del presupuesto de una “equivalencia funcional<sup>118</sup>”, por otro lado, en el caso de Sacco, es fundamental el estudio de la disociación de los elementos<sup>119</sup> analizados y su comportamiento, aspecto que puede conducir a una diferenciación o incluso a la asimilación de modelos contrapuestos<sup>120</sup>.

Si el estudio mediante el formante puede conducir a diferenciaciones o similitudes, el estudio funcionalista si no conduce a resultados idénticos<sup>121</sup> significa que no se ha realizado debidamente ya que el descubrimiento de diferencias significativas se asume como error metodológico y no como resultado<sup>122</sup>. En el funcionalismo parece que la *praesumptio similitudis* no sólo se asume como una especie de presunción *iuris et de iure* sino que, además de ser invencible, parece

115 En el sentido, por ejemplo, afirmado por ZWIEGERT, K.; KÖTZ, H.: *Introducción*, cit., p. 45.

116 ZWIEGERT, K.; KÖTZ, H.: *Introducción*, cit., pp. 38 y 39.

117 ZWIEGERT, K.; KÖTZ, H.: *Introducción*, cit., p. 40.

118 En este sentido: hay que “encontrar en un sistema extranjero los principios que guardan na equivalencia funcional con las reglas que le interesan en su propio derecho”: ZWIEGERT, K.; KÖTZ, H.: *Introducción*, cit., p. 41.

119 V.gr. SACCO, R. y ROSSI, P.: *Introduzione*, cit., p. 69 y 70.

120 V.gr. SACCO, R. y ROSSI, P.: *Introduzione*, cit., p. 70 y 71.

121 Así se afirma que “el comparatista deberá darse por bien servido cuando sus investigaciones en los materiales relevantes lo lleven a la conclusión que los sistemas comparados obtienen resultados idénticos o similares”: ZWIEGERT, K.; KÖTZ, H.: *Introducción*, cit., p. 45.

122 En ese sentido se afirma que el comparatista “si descubre que hay diferencias significativas, o de hecho, resultados puestos, deberá tomar esto como una advertencia, por lo que habrá de comprobar si los términos en los que planeo la pregunta original eran funcionales y, si, en efecto, ha extendió la red de sus investigaciones suficientemente lejos”: ZWIEGERT, K.; KÖTZ, H.: *Introducción*, cit., p. 45.

elevarse casi a dogma. Por ello, una de las mayores críticas al funcionalismo es que hay que moverse también en estudio de las diferencias<sup>123</sup>, aunque más bien es necesario analizar tanto los puntos en comunes como las diferencias<sup>124</sup>. El estudio de los formantes no se conforma a priori con una verdad, aunque se observan rasgos estructurales comunes que permiten realizar la tarea comparatista. La presunción parece ser dada por las estructuras no por sus contenidos. Por ello se afirma que “el comparatista como no tiene preferencias para un ordenamiento más que otro, no tiene tampoco preferencia para uno y otro formante de un determinado sistema<sup>125</sup>”.

## 2. *Tertium comparationis* entre mínimo común múltiplo y máximo común divisor.

¿Puede procederse directamente a la comparación simultánea de más de dos términos o factores? Si se contestara de manera negativa<sup>126</sup> debería necesariamente acudir al concepto de *tertium comparationis*, frente a dos anteriores elementos, definidos *comparatum* y *comparandum*<sup>127</sup>. Ahora bien, debe constatarse que este aspecto, dentro de la realidad de la comparación jurídica, se interpreta en maneras diferentes.

Así que, si bien el *tertium comparationis* y el mínimo común múltiplo se han utilizado como sinónimos<sup>128</sup>, hay que ir más allá y - al margen de constatarse una actividad homogeneizadora<sup>129</sup> - debe valorarse si efectivamente esto debe identificarse como un tercer elemento superior (en este caso si podría identificarse el *tertium comparationis* con un mínimo común múltiplo) o simplemente un elemento que destaca factores comunes, de manera más bien neutral.

Es, en este sentido, que pueden contraponerse dos visiones antitéticas. Bajo una primera vertiente, el *tertium comparationis* efectivamente sería una “noción común superior<sup>130</sup>”, bajo otra perspectiva, en cambio el *tertium comparationis* sirve para una comparación más bien sistemática y “los elementos comunes

123 Por ello “se deberían abandonar las analogías y presunciones de similitud por favor de una rigurosa experiencia realitativa a distancias y diferencias”: FRANKEMBERG, G.: “Critical Comparisons”, cit., p. 453.

124 En este último sentido más abarcador EÖRSI G.: “Réflexions sur la méthode de la comparaison des droits dans le domaine du droit civil”, *Revue internationale de droit comparé*, 1967, vol. 19, núm. 2, p. 418.

125 SACCO, R. y ROSSI, P.: *Introduzione*, cit., p. 59-61, en particular p. 60.

126 La genesis de este planteamiento se debe a RADBRUCH, G.: “Über die Methode der Rechtsvergleichung”, cit., p. 423-425; sobre el punto CONSTANTINESCO, L. J.: *Traité de Droit Comparé, Tome II, La méthode comparative*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1974, pp. 34 y ss.

127 Por todos SCARCIGLIA, R.: *Metodi*, cit., p. 123.

128 En este sentido ÖRÜCÜ, E. y NELKEN D.: *Comparative Law. A Handbook*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007, p. 48.

129 Así esto conduce a un “grado mínimo de homogeneidad”: LANGRONG, G.: “Quelques réflexions méthodologiques sur la comparaison en science juridique”, *Revue Internationale de Droit comparé*, 1957, vol. 9, núm. 2, p. 365.

130 Esta visión puede verse en KNAPP por el cual “la condition primordiale de tout comparaison raisonnable consiste à pouvoir dégager des deux notions comparées, une notion commune supérieure, le *tertium comparationis*”: KNAPP, V.: “Quelques problèmes méthodologiques dans la science du droit compare”, *Revue*

así identificados no constituyen nociones comunes superiores, sino elementos comunes a dos o más ordenamientos jurídicos<sup>131</sup>”, siendo – siguiendo con el ejemplo matemático, más que un mínimo común múltiplo, un máximo común divisor<sup>132</sup>.

Esta segunda interpretación ayuda a desmontar la primera afirmación realizada al inicio de esta sección, y permite una tarea comparativa que no necesariamente conduce a un tercer elemento (superior), sino constata comparativamente los rasgos comunes y por lo tanto permite la comparación directa también de sólo dos factores (y claramente también de más de ellos).

Ahora bien dentro del funcionalismo esto asume su peculiaridad puesto que aquí se considera que el *tertium comparationis*<sup>133</sup> es la función en sí (del método funcionalista).

La actividad comparatista que está a la base del análisis del formante podría acercarse a la segunda vertiente analizada, la del máximo común divisor. Aquí, si se asume que los contrarios se tocan y que para identificar correctamente lo que es dulce debe conocerse adecuadamente también lo que es salado, para identificar cuáles son los elementos comunes, necesariamente deben haberse precisado también las diferencias. Siguiendo este hilo argumentativo se observa, por lo tanto, que la identificación del análisis de los formantes y su disociación presupone una actividad similar a un *tertium comparationis* neutral que quiere evidenciar no sólo las diferencias sino también los puntos en común.

Por todo ello puede verse que también el *tertium comparationis* puede vincularse tanto al funcionalismo como al estructuralismo, siendo incluso actividad metodológica independiente. En este último caso por ejemplo se asumirá como referente un (tercer) elemento (ordenamiento, institución) considerado “superior” (al *comparatum* y *comparandum*) y se buscarán cuáles son los puntos en común que otros dos elementos (ordenamientos, instituciones) poseen con el primero.

Ahora por muy neutral que pueda la actividad que conduce al *tertium*, esta neutralidad será aparente<sup>134</sup>. Al no ser la ciencia jurídica una ciencia exácta, implícitamente se caracteriza por el pensamiento y formación subjetivo del mismo comparatista. Por ello, la búsqueda de un análisis estructuralista tendencialmente

---

*roumaine des sciences sociales, Série des sciences juridiques, 1968, núm. 12, p. 77. Sigue por ejemplo esta postura por ejemplo HUSA, J.: A new Introduction, cit., p. 148.*

131 Esta es la postura y las palabras de CONSTANTINESCO, L.J.: *Traité*, cit., tomo II, p. 79.

132 Así LEGRAND, P.: “Beyond Method”, cit., p. 791.

133 Por todos: MICHAELS, R.: “The Functional Method”, cit., pp. 372-375; también MARINI, G., “Diritto e politica”, cit., p. 65; PLATSAS A.: “The Funcional”, cit., pp. 10 y 15.

134 FRANKENBERG, aunque puja hacia la neutralidad del *tertium comparationis* neutral (p. 432) constata que esta sería engañosa (“misleading”): FRANKENBERG, G.: “Critical Comparisons”, cit., p. 415.

objetiva – puesto que no quiere focalizarse sólo en los elementos comunes sino tomando en consideración también las diferencias - viene contaminada por una subjetividad intrínseca.

## VII. FORMANTE Y TRASPLANTE, FAMILIAS Y EL ESTUDIO DE LOS HIJOS DE LOS STEPPARENTS.

Se ha visto que un estudio de compatibilidad es un factor proclive al análisis comparado, por ello, siguiendo la connotación metafórica que catácteriza al Derecho comparado, se estimó conveniente desde inicio siglo XX “calificar las legislaciones (o las costumbres) de los diferentes pueblos, enumerándolos en una serie de familias o grupos, cada uno de los cuales representa un ordenamiento jurídico originario<sup>135</sup> privilegiando una comparación entre sistemas homogéneos; entre manzanas y manzanas.

Sin embargo, la conformación legislativa, política y económica ha cambiado desde aquel entonces y, por ello, la realidad debe hacer replantearse algunos aspectos. El cambio de las estructuras políticas de algunos países socialistas<sup>136</sup> o el flujo de la economía y la globalización han producido una implosión de esta tipología de familias del derecho<sup>137</sup> y su progresiva reestructuración en una óptica menguante<sup>138</sup>.

Por ello, si bien se ha dado una inicial expansión clasificatoria respecto a la original planteada<sup>139</sup>, posteriormente se ha asistido al fenómeno contrario y de

---

135 Primordial aquí es ESMEIN, A.: “Le droit comparé et l’enseignement du droit. Rapport présenté”, en A.A.VV.: *Congrès international de droit comparé, tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès-verbaux des séances et documents*, vol. I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1905, p. 451.

136 También sujeta a revisión crítica es la clasificación de DAVID que considera, al igual de la de ZWEIFERT y KÖTZ, los sistemas socialistas. DAVID esencialmente se refiere a la familias romano-germánica, derechos socialistas, *common law* y la relativa a derecho religiosos o tradicionales, en ese sentido comprende derecho musulmán, indio, Chino, japonés, Africano y de Madagascar: DAVID, R.: *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 1964; DAVID, R.: *Les grands systèmes de droit contemporains* (mise a jour par C. JAUFFRET-SPINOSI et M. GORE, 12<sup>e</sup> ed, Dalloz, Paris, 2015. Lo mismo en relación con las tres tradiciones legales evidenciada por: civil law MERRYMAN (America Latina y Europa, *Common Law* y el derecho relativo a países socialistas: MERRYMAN, J. H.: *Sistemas legales en América Latina y Europa: tradición y modernidad*, Fondo de Cultura Económica, Mexico, 1989, p. 15 y ss.

137 Para una panorámica sobre algunas de las familias: v.gr. vid. AJANI, Gm.: *Sistemas jurídicos comparados: lecciones y materiales*, versión ampliada por ANDERSON, M., ARROYO I AMAYUELAS, E., PASA, B. (de Sistemi giuridici comparati: Lezioni e materiali, Giappichelli, Torino, 2006), Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2011 p. 29 y ss.

138 Incluso ha habido una clasificación en base a las razas: derechos de los arios, semitas, mongoles y bárbaros (africanos y melanesios): SAUSER-HALL G.: *Fonction et méthode du droit comparé*, Imp. A. Kündig, Genève, 1913.

139 Inicialmente se consideraba que la existencia de cuatro grupos (latino, germánico, anglosajón y eslavo): ESMEIN, A.: “Le droit comparé”, cit., p. 451.

una categorización basada en ocho<sup>140</sup> familias, se ha pasado a siete<sup>141</sup> y así de paso reestructurándose<sup>142</sup>. Hasta hay quien<sup>143</sup> se ha preguntado si debiese realizarse un réquiem a la clasificación de las familias, que, sin embargo, ha conducido más bien a un cambio de criterios clasificatorios.

Por ello, algunos criterios ceden el paso a otros, obsérvándose que debe valorarse cuál de estas tres reglas prevalece en cada país: rule of professional law, rule of political law o la rule of traditional law<sup>144</sup>. Esta nueva clasificación no sólo sirve para abandonar la criticada visión eurocentrística<sup>145</sup> sino también para abandonar el criterio estático de la clasificación. Por ello, siendo conciente que cada país puede caracterizarse por más de uno de estos factores (o reglas), tendrá que ubicarse en la categoría en que este resulta prevalente<sup>146</sup>. Aunque se aprecia un dinamismo que puja a una mayor circulación de modelos, se ha constatado<sup>147</sup> que desde un perfil didáctico se seguirá apuntando a la construcción de familias legales, aunque a esto debería añadirse un estudio de las genealogías ya que la circulación de modelos se mueve desde premisas diferentes.

La realidad permite constatar una difuminación de los deslindes de los sistemas que produce una mayor borrosidad clasificatoria; así nuevamente el Derecho Comparado hace propio un término de otra disciplina, el concepto fuzzy<sup>148</sup> –

140 1) familia Romanista, 2) familia germánica, 3) familia escandinava, 4) familia de derecho consuetudinario, 5) familia socialista, 6) familia oriental, 7) familia islámica, 8) familia hindú: ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H.: *Introducción*, cit., p. 71 y ss. La primer edición alemana de la obra es de 1969-1971.

141 Francés, alemana, escandinava, inglesa, rusa, islámica, indú: ARMINJON, P., NOLDE, B., WOLFF, M.: *Traité de Droit Comparé*, tomo I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950, p. 49 y ss.

142 Tradición jurídica occidental y su tendencial contraposición con el *Common Law*, Derecho de los países islámicos, Derecho indiano, Derecho del Asia oriental, y aquello del Africa subsahariana: GAMBARO, A., SACCO, R.: *Sistemi Giuridici Comparati*, 4ª ed., Utet Giuridica, Wolters Kluwers, Milano, 2018.

Sobre una evolución o tentativos de clasificación en familias más ampliamente vid. CONSTANTINESCO, L.J.: *Traité*, cit., tomo III, p. 80 y ss.

143 Si bien es óptimamente crítico: HUSA, J.: "Classification of Legal Families Today: Is It Time for a Memorial Hymn?", *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2004, vol. 56, núm. 1, p. 11 y ss, en particular p. 31. Esta problemática se relaciona también a la expansión o no de los sistemas mixtos: vid. ÖRÜCÜ, E.: "What Is a Mixed Legal System: Exclusion or Expansion The Boundaries of Unity: Mixed Systems in Action", *Journal of Comparative Law*, 1998, vol. 3, núm. 1, p. 34 y ss.

144 La capacidad de los abogados en tener más o menos tecnicismo o valorar si los marcos filosóficos políticos y económicos son los mismos en los países de referencias eran, por ejemplo, criterios utilizados por David para la clasificación en familias, así como destaca: TUNC, A.: "R. David, Les grands systèmes de droit contemporains (droit comparé)", *Revue internationale de Droit Comparé*, 1965, vol. 17, núm. 1, p. 255.

145 De allí el título: MATTEI, U.: "Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici", en AA.VV., *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1984, p. 775-797, versión previa a la que luego se publicará en el *American Journal of Comparative Law*, vid. nota siguiente.

146 MATTEI, U.: "Three patterns of law: taxonomy and change in the world's legal systems", *American Journal of Comparative Law*, 1997, vol. 45, núm. 3, p. 5 y ss. EN la p. 44 el autor hace un mapa sistematizado en relación con algunos ordenamientos.

147 SOMMA, A.: "Global Legal History, Legal Systemology, and the Genealogy", *American Journal of Comparative Law*, 2019, vol. 66, núm. 4, p. 751 y ss.

148 Sobre el punto vid. BALDIN, S.: "Riflessioni sull'uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà", *Revista General de Derecho Público Comparado*, 2012, vol. 10, pp. 1 y ss.

borroso – relativo a la teoría matemática de los sistemas<sup>149</sup>. Lo que al fin y al cabo se hace no es otra cosa que potenciar una de las importantes premisas de quien fue uno de los primeros propulsores de este sistema clasificatorio<sup>150</sup>, tomándose conciencia que no hay compartimentos estancos ya que más de una familia puede ser influenciada por mismos factores.

A esta borrosidad, debe añadirse la presencia de sistemas mixtos<sup>151</sup> o híbridos<sup>152</sup> que necesariamente presuponen una clasificación previa en familias<sup>153</sup>.

Si bien las interacciones suelen normalmente centrarse en los sistemas de civil law y common law<sup>154</sup>, el panorama es mucho más amplio y complicado y podría ser una revolución copernicana<sup>155</sup> el desentrañar la totalidad de los sistemas mixtos.

La intrafusión entre mecanismos, instituciones o instrumentos jurídicos no sólo de common law y civil law<sup>156</sup>, sino entre mismos sistemas de civil o common law<sup>157</sup>, abre las puertas al comparatista para un análisis que es más hondo. La visión de los sistemas mixtos – obra más bien de macro comparación - abre paso a otra

149 Cuyo creador es ZADEH: *vid.* ZADEH, L. A.: “Fuzzy sets”, *Information and Control*, 1965, vol. 8, núm. 3, p. 338 y ss., complementado por ZADEH, L. A.: “Probability measures of fuzzy events”, *Journal of Mathematical Analysis and Applications*, 1968, núm. 23, p. 421 y ss. Sobre el punto se remite v.gr. a LAMEDA MONTERO, C. y TORRES CRUZ E.: “Lotfi Zadeh: el genio creador de la lógica borrosa”, *Publicaciones en Ciencias y Tecnología*, 2018, vol. 12, núm. 2, p. 127 y ss.

150 Así que ya afirmaba que como premisa de su clasificación que el Derecho romano y canónico podían ser común a más de uno de los grupos: ESMEIN, A.: “Le droit comparé”, *cit.*, p. 451.

151 Véase su primordial identificación terminológica en las expresiones de SMITH, Th.: “The Common Law Cuckoo: Problems of a ‘Mixed’ Legal System with Special Reference to Restrictive Interpretations in the Scots Law of Obligations”, *Butterworths Sud African Law Review*, 1956, núm. 1, p. 147 y ss; SMITH, Th.: “The Preservation of the Civilian Tradition in ‘Mixed Jurisdictions’”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 1966, vol. 35, núm. 2, pp. 263 y ss.

152 En este sentido “esta categoría incluye entidades políticas donde dos o más sistemas se aplican de forma acumulativa o interactiva, pero también entidades donde hay una yuxtaposición de sistemas como resultado de campos de aplicación más o menos claramente definidos”; PALMER V., “Two Rival Theories of Mixed Legal Systems”, *Electronic Journal of Comparative Law*, may 2008, vol. 12, núm. 1, p. 24.

153 Así, por ejemplo, se proporcionan diez categorizaciones de estos sistemas, dependiendo de cómo interaccionen entre sí *civil law*, *common law*, derecho musulmán y derecho consuetudinario: MARIANI N. y FUENTES, G.: *World Legal Systems. Les systèmes juridiques dans le monde*, Wilson & Lafleur, Montréal, 2000, p. 16 y 17 reproducida también por PALMER V., “Two Rival Theories”, *cit.*, pp. 24-28. *Vid.* también PALMER V.: *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*, 2ª. Cambridge University Press, Cambridge, 2012. Para otra clasificación *vid.* ÖRÜCÜ, E., “What Is”, *cit.*, pp. 51 y 52.

154 *Vid.* TETLEY, W.: “Mixed jurisdictions: common law vs civil law (codified and uncoded)”, *Louisiana Law Review*, 2000, vol. 60, núm. 3, p. 678-738. Sobre las interacciones de *common law* y *civil law* en Sud Africa y Escocia de referencia obligada: ZIMMERMANN, R. and VISSER, D.: *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, Clarendon Press, 1997; ZIMMERMANN, R. and VISSER, D., and REID K.: *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective: Property and Obligations in Scotland and South Africa*, Oxford University Press, Oxford, 2005; ZIMMERMANN, R. and REID K.: *History of Private Law in Scotland*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

155 Ésta es la expresión utilizada por PALMER V., “Two Rival Theories”, *cit.*, p. 23.

156 Sobre el punto v.gr. *vid.* GORDLEY, J.: “Common Law e Civil Law: una distinzione che sta scomparando”, en AA.VV.: *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla.*, vol. 1, Milano, Giuffrè, 1984, p. 559 y ss; VAA: *Due Iceberg a confronto: le Derive di Common law e Civil Law*, Giuffrè, Milano, 2009.

157 Para la interacción entre los dos sistemas en el contexto del *Commonwealth*: AMOS M., “The Common Law and the Civil Law in the British Commonwealth of Nations” en *Harvard Law Review*, 1937, vol. 50, n. 8, p. 1273.

tarea - la micro comparativa – que es íntimamente relacionada con la primera<sup>158</sup>. Es en este contexto y con estas premisas que el análisis mediante el formante y el trasplante asumen un rol fundamental aún más si se considera que alrededor del 60%<sup>159</sup> de los sistemas pueden considerarse mixtos.

Es así que - más en detalle de ulteriores panoramas borrosos - puede constatar la creación y presencia actual de verdaderas stepfamilies o familias jurídicas recompuestas incluso a nivel micro. Estas generan hijos que son productos jurídicos que necesariamente se han nutrido de culturas jurídicas distintas y que, aunque, tengan características o sesgos de los progenitores jurídicos, tienen o tendrán su propia autonomía que viene a consolidarse con el paso del tiempo.

Esos hijos de padrastrós jurídicos pueden detectarse y analizarse apropiadamente mediante el trasplante y el formante. Ambos son factores claves para poder entender su conformación mediante un recorrido adecuado.

Así que la borrosidad de las macro familias, incluso en los sistemas que no son mixtos, conduce a una micro óptica de familias recompuestas que pueden generar fenómenos o aspectos jurídicos que sólo una adecuada metodología puede desentrañar para comprender su funcionamiento. Jurídicamente el adagio *talis pater, tal filius*<sup>160</sup> viene en este contexto a disgregarse debiéndose asumir una visión y análisis comparado que, en un aspecto continuamente dinámico, se caracteriza por un sin número de padrastrós, madrastas y hermanastros aun más a nivel de microcomparación y en virtud de los fenómenos de reformas codificadoras ya no estancadas necesariamente a los patrones clásicos. Así podría decirse que, si el trasplante estudia jurídicamente el hijo adoptivo, u adoptando/adoptado por otro núcleo jurídico, en una especie de visión paterna o vertical, en línea recta; el formante lo analiza en relación con sus hermanastros, en una óptica horizontal, en línea colateral<sup>161</sup>.

---

158 Así se ha afirmado que “la microcomparación requiere la macro comparación”: ZENO-ZENCOVICH, V.: *Comparative Legal Systems*, cit., cit., p. 161.

159 Como observado en MARIANI N. y FUENTES, G.: *World Legal Systems*, cit., p. 35.

160 De elementos formantes relativos a una especie de parentesco jurídico ya habla CONSTANTINESCO, L.J.: *Traité*, cit., tomo III, pp. 389 y ss., en particular p. 403 y ss.

161 Otras veces se ha hablado de circulación horizontal o vertical de formantes jurisprudenciales, en una diferente acepción, entendiéndose como circulación vertical la entre órganos judiciales supranacionales y órganos judiciales estatales (y también dentro de ellos, si los Estados son federales o regionales) y como comparación horizontal aquella entre órganos judiciales supranacionales, estatales o descentralizados: así tomando como referentes el derecho nacional, internacional y europeo: PEGORARO, L.: “Derecho Nacional, Derecho Internacional, Derecho Europeo: La circulación horizontal y vertical entre formantes”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2013, núm. 17, p. 257-286.

En un sentido esencialmente análogo, se habla de comparación horizontal como aquella entre “sistemas jurídicas que se encuentran en in mismo nivel” – asocia a más viene a la comparación entre ordenamientos, familias o instituciones- y vertical como aquella que tiene en consideración de fenómenos de carácter global y transnacional: SCARCIGLIA, R.: *Metodi*, cit., p. 85.



Puesto que el dinamismo del Derecho produce una circulación de modelos que generan influencias, incluso recíprocas, o imitaciones<sup>162</sup>, el formante y el trasplante asumen en este sentido un importante rol estructural al tener justamente en consideración las posibles diversidades o evoluciones que una norma o una institución puede sufrir. Una comparación que no tuviera en consideración estos fenómenos, quedándose a una visión estática, sería patológica. El análisis basado sobre el formante y el trasplante se mueve de la constatación que la comparación puede realizarse no necesariamente entre dos manzanas, o a sabiendas que, hay varias categorías o especies de manzanas o incluso que lo que puede parecer una manzana, en realidad no lo es, ya que la compatibilidad u homogeneidad pueden ser dos conceptos relativos. (*vid. supra* VI).

### VIII. TRASPLANTE Y FORMANTE COMO CONSOLIDACIÓN Y PROFUNDIZACIÓN DE UNA VISIÓN DEL DERECHO COMPARADO.

El mérito de Sacco y Watson es indudable en haber consolidado e influenciado la profundización - incluso con verdaderas escuelas<sup>163</sup> - de algunos conceptos que eran presentes ya anteriormente en el tejido jurídico si bien de forma embrionaria.

Como, en el ámbito del Derecho Comparado y del funcionalismo, hay una asociación entre Rabel y Zweigert; si quisiera utilizarse una proporción, podría decirse que Sacco está a Pound como Watson está a Bentham.

Por un lado; el embrión del trasplante se encuentra así ya en el siglo XIX en la obra de Bentham<sup>164</sup>. El trasplante, en su acepción de recepción legislativa, ya venía analizado vehementemente desde el congreso de París de 1900, hablándose críticamente de un método de transposition<sup>165</sup> y su importancia queda patente

162 Así Sacco: "el derecho no es estático. Sus soluciones circulan, se difunden, generan imitaciones": SACCO, R.: "Elogio a la uniformidad del Derecho, elogio a la diversidad en el Derecho", *Anuario de Derecho Civil*, 2008, tomo LXI, fasc. 2, p. 450.

163 Piénsese a la verdadera escuela creada por Rodolfo Sacco y cuyo botón puede verse en la "Tesi di Trento", aquel "Manifiesto" de la comparación jurídica, del cual uno de los propulsores fue Sacco y su escuela y que identifica los rasgos caracterizadores de la comparación jurídica, creado durante el Convegno de 1987 de la Associazione Italiana di Diritto Comparato y complementado en el año 2001: sobre el punto v.gr. AJANI, Gm., FRANCAVILLA, D., PASA, B., *Diritto Comparato. Lezioni e Materiali*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 5 y ss ; GAMBARO, A., MONATERI, P.G. y SACCO, R., "Comparazione giuridica", cit., p. 52 y ss; MONATERI, P. G.: "Comparazione, critica civilistica. Diritto e latenza normativa a dieci anni dalle Tesi di Trento", *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1998, núm. 16, p. 453 y ss.

164 Interesantísimo el estudio de HUXLEY, A.: "Bentham on Legal Transplants", *Journal of Comparative Law*, 2007, 2, p. 177 y ss. Para el autor esta asociación se basaría sobre el contenido de la obra *Of the Influence of Time and Place in Matters of Legislation (Time and Place)* publicada en 1802 y cuyo primo borrador es de 1782. Su primer capítulo efectivamente se titulaba "Principles to be Followed in Transplanting Laws".

165 Efectivamente ESMÉIN utiliza esta expresión para rechazarla desde el punto de vista metodológico: "el derecho comparado se utiliza de forma eficaz para identificar y aclarar la naturaleza jurídica de las instituciones (y aquí la enseñanza debe dar un buen ejemplo), no debemos utilizar lo que se puede llamar el método de transposición": ESMÉIN, A.: "Le droit comparé", cit., p. 452.

incluso anteriormente sin desde la creación de la Société de législation comparée fundada en 1869<sup>166</sup>.

El estudio de la incorporación normativa tiene sus exponentes en varios países, piénsese por ejemplo al estudio sobre la recepción del derecho francés<sup>167</sup> en otros ordenamientos o de aquello alemán<sup>168</sup> y la temática se ha desarrollado constantemente en los años, teniendo sus bases anteriormente a la obra de Watson<sup>169</sup>. Esto no quita que la verdadera consolidación se deba a las consideraciones de Watson quien ha tenido el importante mérito de influenciar a los comparatistas posteriores con un verdadero estilo metodológico. Así la teoría se ha ido perfeccionando, asociándola al análisis económico<sup>170</sup> o generando visiones en partes contrapuestas<sup>171</sup> incluso sobre la finalidad comparativa; afirmándose que ésta no sólo puede centrarse en un método educativo o de estudio sino en un método que contribuye a la reforma legislativa<sup>172</sup>.

Por otro lado, pueden observarse claras similitudes entre el concepto de formante (anteriormente ya llamado "componente"<sup>173</sup>) y aquello relativo a la diferenciación law in action, en contraposición con la law in the books, predispuesto por Pound puesto que se observa que el Derecho en su predisposición teórica viene claramente a diferenciarse de su aplicación práctica<sup>174</sup>. Ahora bien también esto debe introducirse en un fenómeno más amplio que mueve sus

166 Se remite a su página web: <https://www.legiscompare.fr/web/?lang=fr>.

167 V.gr. ARMINJON, P., NOLDE, B., WOLFF, M.: *Traité de Droit Comparé*, cit., tomo I, p. 136 y ss.

168 V.gr. ARMINJON, P., NOLDE, B., WOLFF, M.: *Traité de Droit Comparé*, cit., tomo II, p. 189 y ss.

169 Como destaca GRAZIADEI el Congreso de la *Académie internationale de droit comparé* de 1970 se dedicó a la "recepción global del derecho extranjero". Se remite al autor para un análisis más detallado de otros encuentros temáticos anteriores y posteriores a el escrito de WATSON: GRAZIADEI, M.: "Transplant and Receptions", cit., p. 443 y ss.

170 En este sentido WATSON considera las observaciones realizadas por MATTEI, U.: "Efficiency in Legal transplant. An essay in comparative Law and Economics", *International Review of Law and economics*, vol. 14, núm. 1, 1994, p. 3 y ss. Vid. WATSON, A.: "Aspects of reception", pp. 335 y ss. En definitiva un sistema basado en los trasplantes rebaja los costes de información e investigación. Ejemplificativa es la afirmación por la cual: "sería un despilfarro reinventar en cada país el televisor o la rueda, siendo mucho más eficiente emular la invención ajena": MATTEI, U. y MONATERI, P.: *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padova, 1997, p. 118.

171 Así se destaca que alguna vez el trasplante puede generar "irritaciones": vid. TEUBNER, G.: "Legal Irritations: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences", *Modern Law Review*, 1998, vol. 61, núm. 1, p. 11 y ss.

172 Así KAHN-FREUD afirmaba que "mi preocupación no es con el derecho comparado como herramienta de investigación o como herramienta de educación, sino con el derecho comparado como herramienta de reforma legal": KAHN-FREUD, O.: "Uses y misuses", cit., p. 1. Sobre el análisis del debate entre KAHN-FREUD y WATSON, que sin embargo se observa que puede dar lugar a posiciones conciliables entre sí se reenvía STEIN E.: "Uses, Misuses-And Nonuses of Comparative Law", *Northwest University Law Review*, 1977, vol. 72, núm. 2, p. 199 y ss; Ahora bien se observa también que WATSON era historiador en contraposición con la visión más bien sociológica de KAHN-FREUD: CHODOSH H.: "Comparing Comparisons", cit., p. 1074 y ss.

173 Se utiliza esta expresión en SACCO, R.: "Le buts et les méthodes de la comparaison du droit", en AA.VV.: *Rapport nationaux italiens au IX Congrès Inter-national de Droit Comparé* (ed. ASSOCIAZIONE ITALIANA DI DIRITTO COMPARATO), Giuffrè, Milano, 1974, pp. 113 y ss; SACCO, R. y ROSSI, P.: *Introduzione*, cit., p. 57.

174 POUND, R.: "Law in Books and law in Action", *American Law Review*, 1910, vol. 44, núm. 12, p. 12 y ss. Sobre el punto vid. por ejemplo HALPERIN, J.-L., "Law in books and law in action: The Problem of Legal Change", *Maine Law Review*, 2011, vol. 64, núm. 1, p. 45-76.

premisas desde el Congreso de París puesto que desde este momento se viene progresivamente a otorgar menos importancia al estudio exegético<sup>175</sup> abogándose a un rol más preponderante de la interpretación doctrinal. En ese sentido el rol de la interpretación doctrinal – y por lo tanto mutatis mutandis de lo que definiría Sacco como formante doctrinal - se eleva a punto de referencia y brillantemente se observa como “la invención del derecho comparado moderno a principios del siglo XX se convirtió así en un instrumento para la toma del poder doctrinal<sup>176</sup>”. Este pasaje clave se cristaliza también con la importancia del jurista comparatista en sí, cuya expresión máxima se encuentra en la creación, en 1924, de la Académie internationale de droit comparé (International academy of comparative Law)<sup>177</sup>. Por ello puede verse como dos de las instituciones comparatistas más prestigiosas esconden en sí reflejos indirectos de la importancia de determinados aspectos metodológicos. Las anteriores visiones y estudios no quitan méritos a la teoría de los formantes ya gracias a Sacco viene a tomarse conciencia de que varios elementos, no sólo legislativos, sino doctrinales y jurisprudenciales deben necesariamente tomarse en consideración y ver cómo estas variables juegan entre sí tanto a nivel nacional como con respecto a otros ordenamientos o instituciones.

Por ello, tanto trasplante como formante se han convertido en instrumentos metodológicos que contribuyen al desarrollo de aquella visión del Derecho comparado cuya raíces venían instauradas alrededor del inicio del siglo XX.

## IX. CONCLUSIONES.

La comparación jurídica conlleva el estudio y el manejo no sólo de fuentes internas sino extranjeras, éstas deben utilizarse según una (o más) metodologías conforme a los estándares que la disciplina del Derecho comparado impone. La vaguedad y amplitud de los conceptos utilizados (por ejemplo, el funcionalismo) muchas veces otorga márgenes de acción muy amplios que, sin embargo, no pueden hacer perder de vista el correcto hilo comparativo y metodológico.

El hecho de que la comparación jurídica incorpore instrumentos de análisis o metodologías pluridisciplinares conduce a una utilización metafórica de algunas terminologías, entre las cuales el trasplante y el formante y otras evidenciadas en este escrito. Esto muestra la complejidad de la metodología comparada que requiere un preciso recorrido aplicativo y no puede dejarse al azar.

---

175 En ese sentido se observa como tanto Lambert y Saleilles en dicha ocasión producen críticas al método exegético: JAMIN, Ch.: “Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. A propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris”, *Revue internationale de droit comparé*, octubre-diciembre 2000, vol. 52 núm. 4, p. 733.

176 JAMIN, Ch.: “Le vieux rêve”, cit., p. 733.

177 Se remite a su página web: <https://aidc-iacl.org/>

En este panorama se insertan el trasplante y formante jurídicos; hijos del Derecho Comparado y de la comparación jurídica siendo instrumentos de referencia en el estudio de la doctrina extranjera y nacional. Se caracterizan tanto para tener una correlación entre sí como por otros aspectos que los diferencian; así, por ejemplo, ambos interactúan en modo parcialmente diferente con la praesumptio similitudis y el tertium comparationis. De todos modos, ambos cumplen con misma finalidad, la de contribuir a una correcta utilización e entendimiento del Derecho nacional y extranjero. Por ello, no puede procederse a una utilización de éstos último dos sin criterio alguno, sino que debe comprenderse y utilizarse según una adecuada metodología.

## BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: "Centennial World Congress on Comparative Law organized by the International Association of Legal Science (IALS)", *Tulane Law Review*, 2001, vol. 75, núm. 4.

AA.VV.: *Estructuralismo y derecho*, Alianza, Madrid, 1973.

AJANI, Gm.: *Sistemas jurídicos comparados: lecciones y materiales*, versión ampliada por ANDERSON, M., ARROYO I AMAYUELAS, E., PASA, B. (de *Sistemi giuridici comparati: Lezioni e materiali*, Giappichelli, Torino, 2006), Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2011.

AJANI, Gm., FRANCAVILLA, D., PASA, B.: *Diritto Comparato. Lezioni e Materiali*, Giappichelli, Torino, 2018.

ALZAMORA VALDEZ, M.: "Estructuralismo y Derecho", *Derecho-PUCP*, 1974, núm. 32.

AMOS M., "The Common Law and the Civil Law in the British Commonwealth of Nations", *Harvard Law Review*, 1937, vol. 50, núm. 8.

ANCEL, M.: *Utilité et méthodes de droit comparé. Éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Ides et Calendes, Neuchâtel, 1971.

ANDALUZ VEGACENTENO, H.: "¿Más allá de Kelsen: las normas de competencia y la estructura del sistema jurídico", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 9, 2010.

ANDENAS M., FAIRGRIEVE, D.: "Intent on making mischief: seven ways of using comparative law", en AA.VV.: *Methods of Comparative Law* (ed. P.G. MONATERI), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Reino Unido, Northampton, Massachusetts, 2012.

ARMINJON, P., NOLDE, B., WOLFF, M.: *Traité de Droit Comparé*, tomo I y tomo II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950.

BALDIN, S.: "Riflessioni sull'uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà", *Revista General de Derecho Público Comparado*, 2012, vol. 10.

BERKOWITZ D., PISTOR, K., RICHARD, J. F.: "The transplant effect", *American Journal of Comparative Law*, 2003, vol. 51, núm. 1.

BUNGE, M.: La investigación científica. Su estrategia y su filosofía, Ariel, Barcelona, 1969.

CAIRNS, J. W.: "Watson, Walton, and the History of Legal Transplant", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2014, vol. 41, núm. 3.

CARBONNIER, J.: "Les structures en droit privé", en AA.VV.: *Sens et usage du terme structure dans les sciences humaines et sociales* (ed. R. BASTINDE), De Gruyter Mouton, The Hague, 1962.

CARBONNIER, J.: *Sociologie Juridique*, Quadridge, PUF, París, 1994.

CHODOSH H.: "Comparing Comparisons: In Search of Methodology", *Iowa Law Review*, 1998-1999, vol. 84, núm. 5.

CONSTANTINESCO, L. J.: *Traité de Droit Comparé*, Tome I, *Introduction au Droit Comparé*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1972.

CONSTANTINESCO, L. J.: *Traité de Droit Comparé*, Tome II, *La méthode comparative*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1974.

CONSTANTINESCO, L. J.: *Traité de Droit Comparé*, Tome III, *La science des droits comparés*, Economica, Paris, 1983.

DANNEMANN, G. "Comparative Law: study of similarities or differences?", en AA.VV.: *The Oxford Handbook of comparative Law* (ed. M. REINMANN & R. ZIMMERMANN), 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, Oxford, 2019.

DAVID, R.: "M. Ancel, Utilité et méthodes du droit comparé. Eléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits", *Revue internationale de droit comparé*, 1971, vol. 23, núm. 4.

DAVID, R.: *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 1964.

DAVID, R.: *Les grands systèmes de droit contemporains* (mise a jour par C. JAUFFRET-SPINOSI et M. GORE, 12ª ed, Dalloz, Paris, 2015.

DE LOS MOZOS, J. L.: *Metodología y Ciencia en el Derecho privado moderno*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977.

DENTI, V.: "Diritto comparato e scienza del processo", *Rivista diritto processuale*, vol. XXXIV, 1979, id. en AA.VV.: *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica* (ed. R. SACCO), Giuffrè, Milano, 1980.

DONAHUE, Ch.: "Comparative Law before the Code Napoléon", en AA.VV.: *The Oxford Handbook of comparative Law* (ed. M. REINMANN & R. ZIMMERMANN), 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, Oxford, 2019.

DURKHEIM, E.: *The Rules of the Sociological Method*, New York, 1895, *Regole del metodo sociologico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1979.

EÖRSI G.: "Réflexions sur la méthode de la comparaison des droits dans le domaine du droit civil", *Revue internationale de droit comparé*, 1967, vol. 19, núm. 2.

EPSTEIN, L. & MARTIN A.: "Quantitative Approaches to Empirical Legal Research", en AA.VV.: *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (ed. P. Cane Peter & H. Kritzert), 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2010.

ESMEIN, A.: "Le droit comparé et l'enseignement du droit. Rapport présenté", en AA.VV.: *Congrès international de droit comparé, tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès-verbaux des séances et documents*, vol. I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1905.

FERRANTE, A.: "Entre el Derecho comparado y Derecho Extranjero. Una aproximación a la comparación jurídica", *Revista chilena de Derecho*, 2016, vol. 43, núm.2.

FONTANELLI F.: "Santi Romano and L'ordinamento giuridico: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations", *Transnational Legal Theory*, 2011, vol. 2, núm 1.

FRANKEMBERG, G.: "Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law", *Harvard International Law Journal*, 26, 1985, núm. 2.

FROSINI, V.: *La struttura del diritto*, Giuffrè, Milano, 1962.

GAMBARO, A., MONATERI, P.G. y SACCO, R.: "Comparazione giuridica", *Digesto delle discipline privatistiche-Sezione civile*, vol. 3, Utet, Torino, 1988.

GAMBARO, A., SACCO, R.: *Sistemi Giuridici Comparati*, 4ª ed., Utet Giuridica, Wolters Kluwers, Milano, 2018.

GARCÍA MIRANDA, C. Mª.: "La unidad en el concepto de Ordenamiento jurídico de Santi Romano", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1998, núm. 2.

GERBER, D.: "Sculpting the agenda of comparative law: Ernst Rabel and the Facade of Language", en AA.VV.: *Rethinking the Masters of Comparative Law* (ed. A. RILES), Hart, Oxford, 2001.

GLANERT, S.: "Method?", en AA.VV.: *Methods of Comparative Law* (ed. P.G. MONATERI), Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2012.

GLENN, H. Patrick: *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 5ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014.

GORLA, G.: "Diritto comparato e diritto straniero", *Enciclopedia Giuridica*, XI, Treccani, Milano, 1980, ad vocem.

GRAZIADEI, M.: "The Functionalist Heritage", en AA.VV.: *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (ed. P. LEGRAND and R. MUNDAY), Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

GRAZIADEI, M.: "Transplant and Receptions", en AA.VV.: *The Oxford Handbook of comparative Law* (ed. M. REINMANN & R. ZIMMERMANN), 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, Oxford, 2019.

GROSHEIDE, F.W.: "Legal borrowing and drafting international commercial contracts", en AA.VV.: *Some methodological reflections: comparability and evaluation essays on comparative law, private international law and international commercial arbitration in honor of Dimitra Kokkini-Iatridou* (ed. K. BOELE-WOELKI), Springer, Dordrecht, 1994.

HALPÉRIN, J.-L., "Law in books and law in action: The Problem of Legal Change", *Maine Law Review*, 2011, vol. 64, núm. 1.

HERNÁNDEZ SAMPIERI, R., FERNÁNDEZ COLLADO, C., BAPTISTA LUCIO, Mª del Pilar: *Metodología de la Investigación*, 6ª ed., Mc Grawhill, México, 2014.

HUSA, J.: "Classification of Legal Families Today: Is It Time for a Memorial Hymn?", *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2004, vol. 56, núm. 1.

HUSA, J.: "Comparative Law, Legal Linguistic and Methodology of Legal Doctrine", en AA.VV.: *Methodologies of Legal Research: Which Kind of Method for What Kind of Discipline* (ed. M. VAN HOECKE), Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2011.

HUSA, J.: *A new Introduction to Comparative Law*, Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 2015.



HUXLEY, A.: "Bentham on Legal Transplants", *Journal of Comparative Law*, 2007, vol. 2, 2007.

HUXLEY, A.: "Golden Yoke, Silken Text", *Yale Law Journal*, 1997, vol. 106, núm. 6.

JAMIN, Ch.: "Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. A propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris", *Revue internationale de droit comparé*, octubre-diciembre 2000, vol. 52 núm. 4.

KAHN-FREUD, O.: "Uses y misuses of comparative law", *Modern Law review*, 1974, vol. 37, núm. 1.

KAHN-FREUD, O.: "Comparative Law As An Academic Subject", *Law Quarterly Review*, 1966, vol. 82, núm. 1.

KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho* (trad. R. J. VERNENGO, de la 2ª ed. completada y ampliada de 1960), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979.

KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica, traducción de la primera edición de Reine Rechtslehre: Einleitung in Die Rechtswissenschaftliche Problematik de 1934*, presentación de Gregorio ROBLES, Trotta, Madrid, 2011.

KNAPP, V.: "Quelque problèmes méthodologiques dans la science du droit compare", *Revue roumaine des sciences sociales, Série des sciences juridiques*, 1968, núm. 12.

KRITZERT, H., "The (Nearly) Forgotten Early Empirical Legal Research", en AA.VV.: *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (ed. P. Cane Peter & H. Kritzert), 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2010.

LAMEDA MONTEROA, C. y TORRES CRUZ E.: "Lotfi Zadeh: el genio creador de la lógica borrosa", *Publicaciones en Ciencias y Tecnología*, 2018, vol.12, núm. 2.

LANGRONG, G.: "Quelques réflexions méthodologiques sur la comparaison en science juridique", *Revue Internationale de Droit comparé*, 1957, vol. 9, núm. 2.

LASSER, M.: "The question of Understanding", en AA.VV.: *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (ed. P. LEGRAND and R. MUNDAY), Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

LEGAZ Y LACAMBRA, L.: "Estructuralismo en el Derecho", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1969, vol. 13, núm. 34-36.

LEGRAND, P.: "The impossibility of "legal transplants", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, núm. 2.

LEGRAND, P.: "Beyond Method: Comparative Law As Perspective (Review at Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle de Denis-M- Philippe, Bruxelles, Bruylant, 1986)", *American Journal of Comparative Law*, 1998, vol. 46, núm. 3.

LEGRAND, P.: "Foreign Law: Understanding Understanding", *Journal of Comparative Law*, 2011, vol. 6, núm.2.

LEGRAND, P.: "What Is That, To Read Foreign Law?", *Journal of Comparative Law*, 2019, vol.14, núm. 2.

TAMAYO SALMORÁN, R.: "La teoría de J. Raz sobre los sistemas jurídicos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1981, núm. 42.

LOSANO, M.: "La teoría pura del Derecho del logicismo al irracionalismo", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 2, 1985, pp. 55-85.

LOSANO, M.: *Sistema e struttura nel diritto*, 2ª ed., tres volúmenes, Giuffrè, Milano, 2002.

MANIACI, A.: "I formanti "occulti", *Rivista critica di diritto privato*, 2017, vol. 35, núm. 1

MARIANI N. y FUENTES, G.: *World Legal Systems. Les systèmes juridiques dans le monde*, Wilson & Lafleur, Montréal, 2000.

MARINI, G.: "Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione", *Pòlemos*, 2000, núm. 1.

MATTEI, U.: "Three patterns of law: taxonomy and change in the world's legal systems", *American Journal of Comparative Law*, 1997, vol. 45, núm. 3.

MATTEI, U.: "Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici", en AA.VV.: *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1984.

MATTEI, U. y MONATERI, P.: *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padova, 1997.

MERRYMAN, J. H.: *Sistemas legales en América Latina y Europa: tradición y modernidad*, Fondo de Cultura Económica, Mexico, 1989.

MICHAELS, R.: "The Functional Method of Comparative Law", en AA.VV.: *The Oxford Handbook of comparative Law* (ed. M. REINMANN & R. ZIMMERMANN), Oxford University Press, Oxford, 2019.

MILLER, J. M.: "A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant", *American Journal of Comparative Law*, 2003, vol. 51, núm. 4.

MONATERI, P. G.: "Règles et techniques de la definition dans le Droit des Obligations et des contrats en France et en Allemagne: La synecdoque française", *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1984, vol. 36, núm. 1.

MONATERI, P. G.: *La sineddoche. Formule e regole del diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Giuffrè, Milano, 1984.

MONATERI, P. G.: "Sineddoche", *Digesto italiano, Discipline privatistiche – Sez. civ.*, 5ª ed., vol.VIII, Utet, Torino, 1998, ad vocem.

MONATERI, P. G.: "Comparazione, critica civilistica. Diritto e latenza normativa a dieci anni dalle Tesi di Trento", *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1998, núm. 16.

MONTORO BALLESTEROS A.: "Análisis estructural y conocimiento jurídico (Notas sobre la significación, las posibilidades y los límites del estructuralismo en el pensamiento jurídico)", *Anales de Derecho*, 1982, núm. 3.

MONTORO BALLESTEROS A.: "El funcionalismo en el Derecho: notas sobre N. Luhmann y G. Jackbs", *Anuario de Derecho Humanos. Nueva Época*, 2007, vol. 8, p. 365.

MORA, F.: "Estructuralismo y derecho", *Revista de Ciencias Jurídicas*, 1973, núm. 22.

ÖRÜCÜ, E., "What Is a Mixed Legal System: Exclusion or Expansion The Boundaries of Unity: Mixed Systems in Action", *Journal of Comparative Law*, 1998, vol. 3, núm. 1.

ÖRÜCÜ, E. y NELKEN D.: *Comparative Law. A Handbook*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007.

PALMER V.: "From Lerotholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology", *Global Jurist Frontiers*, 2004, vol. 4, núm. 2.

PALMER V.: "Two Rival Theories of Mixed Legal Systems", *Electronic Journal of Comparative Law*, may 2008, vol. 12, núm. 1.

PALMER V.: *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*, 2ª. Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

PARISI, F. y LUPPI, B.: "Quantitative Methods in Comparative Law", en AA.VV.: *Methods of Comparative Law* (ed. P.G. MONATERI), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Reino Unido, Northampton, Massachusetts, 2012.

PECES Y MORATE, J E.: "Estructuralismo y Derecho comparado", en AA.VV.: *Estructuralismo y derecho*, Alianza, Madrid, 1973.

PEGORARO, L.: "Derecho Nacional, Derecho Internacional, Derecho Europeo: La circulación horizontal y vertical entre formantes", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2013, núm. 17.

PEGORARO, L.: "Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho Comparado", en AA.VV.: *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos* (coord. E. FERRER MAC GREGOR y A. HERRERA GARCÍA), Tirant lo Blanch, Mexico, 2013.

PERLINGIERI, P.: "Comparazione giuridica al tempo di internet", *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2019, vol. X, p. 987-991.

PIOVANI, J. I., KRAWCZYCK, N.: "Los estudios comparativos: algunas notas históricas, epistemológicas y metodológicas", *Educação & Realidade*, 2017, vol. 42.

PLATSAS, A. M.: "The Functional and the Dysfunctional in the Comparative Method of Law: Some Critical Remarks", *Electronic Journal of Comparative Law*, 2008, vol. 12.3, en <http://www.ejcl.org/123/art123-3.pdf>.

POGGESCHI, G.: "Il rapporto fra lingua e diritto nel prisma della comparazione fra linguistica e teoria del diritto", en AA.VV.: *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico* (ed. M. BRUTTI, Alessandro SOMMA), Max Planck Institute for European legal history, Frankfurt am Main, 2018.

POLLOCK, P.: "Discurso en Acta de la sesión de 1 de agosto", en AA.VV.: *Congrès international de droit comparé, tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès-verbaux des séances et documents*, vol. I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1905.

POUND, R.: "Law in Books and law in Action", *American Law Review*, 1910, vol. 44, núm. 12.

RABEL E.: *The Conflict of Laws: A Comparative Study*, 2ª ed., vol. I, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1945.

RADBRUCH, G. "Über die Methode der Rechtsvergleichung", *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, 1905-1906, núm. 2.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario panhispánico del español jurídico*, 2020, <https://dpej.rae.es/lema/derecho-comparado>

RESTA, G., SOMMA, A., ZENO-ZENCOVICH, V.: *Comparare*. Una riflessione tra le discipline, Mimesis, Fuochi Blu, Milano, 2020.

RODILLA GONZÁLEZ, M. Á.: "¿Unidad lógica o dinámica? Coherencia y sistema jurídico en Kelsen", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 2009, núm. 32.

ROGERS, C.: "Gulliver's Troubled Travels, or the Conundrum of Comparative Law", *George Washington Law Review*, 1998, vol. 67, núm. 2.

ROMANO, S.: *L'ordinamento giuridico*, 2ª ed., Sansoni, Firenze, 1946 (para la primera edición véase también *Annali delle Università toscane* de 1917 y 1918 y contemporaneamente en un volumen publicado a Pisa en 1918).

ROMANO, S.: *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947.

SAAVEDRA VELAZCO, R.: "Sobre formantes, transplantes e irritaciones. Apuntes acerca de las teorías del cambio jurídico y la comparación jurídica", *Ius et Veritas*, 2010, núm. 40.

SACCO, R.: "Le buts et les méthodes de la comparaison du droit", en AA.VV.: *Rapport nationaux italiens au IX Congrès Inter-national de Droit Comparé* (ed. ASSOCIAZIONE ITALIANA DI DIRITTO COMPARATO), Giuffrè, Milano, 1974.

SACCO, R.: "Legal formants: A dynamic approach to comparative law" (Installment 1 of 2), *American Journal of Comparative Law*, 1991, vol. 39, núm. 1.

SACCO, R.: "Legal formants: A dynamic approach to comparative law", (Installment 2 of 2), *American Journal of Comparative Law*, 1991, vol. 39, núm. 1.

SACCO, R.: *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit* (coll. "Études juridiques comparatives", Economica, Paris, 1991.

SACCO, R.: "Elogio a la uniformidad del Derecho, elogio a la diversidad en el Derecho", *Anuario de Derecho Civil*, 2008, tomo LXI, fasc. 2.

SACCO, R. y ROSSI, P.: *Introduzione al diritto comparato*, 7ª ed., Utet, Torino, 2019.

SARTORI, G.: "La politica comparata, premesse e problema", *Rivista italiana di scienza política*, 1971, núm. 1.

SAUSER-HALL G.: *Fonction et méthode du droit comparé*, Imp. A. Kündig, Genève, 1913.

SCARCIGLIA, R.: "Strutturalismo, formanti legali e diritto pubblico comparato", *Diritto Pubblico comparato e Europeo*, 2017, núm. 3.

SCARCIGLIA, R.: *Metodi e comparazione giuridica*, 2ª ed., Cedam, Wolters Kluwer, Milano, 2018.

SCARPELLI, U.: "Metodo giuridico", *Rivista di diritto processuale*, 1971, vol. XXVI.

SCHWENZER, I.: "Development of Comparative Law in Germany, Switzerland and Austria", en AA.VV.: *The Oxford Handbook of comparative Law* (ed. M. REINMANN & R. ZIMMERMANN), 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, Oxford, 2019.

SIEMS, M.: "New Directions in Comparative Law", en AA.VV.: *The Oxford Handbook of comparative Law* (ed. M. REINMANN & R. ZIMMERMANN), 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, Oxford, 2019.

SIEMS, M.: "The Power of Comparative Law: What Types of Units Can Comparative Law Compare?", *American Journal of Comparative Law*, 2019, vol. 67, núm. 4.

SMITH, Th.: "The Common Law Cuckoo: Problems of a 'Mixed' Legal System with Special Reference to Restrictive Interpretations in the Scots Law of Obligations", *Butterworths Sud African Law Review*, 1956, núm. 1.

SMITH, Th.: "The Preservation of the Civilian Tradition in "Mixed Jurisdictions"", *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 1966, vol. 35, núm. 2.

SOMMA, A.: *Introducción al Derecho Comparado* (trad. E. Conde Naranjo), Universidad Carlos III, Madrid, 2015 (1ª ed. italiana Laterza, Bari, 2014).

SOMMA, A.: *Temi e Problemi di Diritto Comparato*, II. *Tecniche e valori della ricerca comparatistica*, Giappichelli, Torino, 2005.

SOMMA, A.: "Global Legal History, Legal Systemology, and the Genealogy", *American Journal of Comparative Law*, 2019, vol. 66, núm. 4.

STEIN E.: "Uses, Misuses-And Nonuses of Comparative Law", *Northwest University Law Review*, 1977, vol., 72, núm. 2.

TETLEY, W.: "Mixed jurisdictions: common law vs civil law (codified and uncodified)", *Louisiana Law Review*, 2000, vol. 60, núm. 3.

TEUBNER, G.: "Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences", *Modern Law Review*, 1998, vol. 61, núm. 1.

TUNC, A.: "R. David, Les grands systèmes de droit contemporains (droit comparé)", *Revue internationale de Droit Comparé*, 1965, vol. 17, núm. 1.

WATSON, A.: *Legal Transplants: an Approach to comparative Law*, 2ª ed. University of Georgia Press, Athens & London, 1993.

WATSON, A.: "Aspects of reception of law", *American Journal of Comparative Law*, 1996, vol. 44, núm. 2.

WATSON, A.: "Legal Transplants and European Private Law", *Electronic Journal of Comparative Law*, 2000, vol. 4, núm. 4 en <https://www.ejcl.org/44/art44-2.html>.

ZADEH, L. A.: "Fuzzy sets", *Information and Control*, 1965, vol. 8, núm. 3.

ZADEH, L. A.: "Probability measures of fuzzy events", *Journal of Mathematical Analysis and Applications*, 1968, núm. 23.

ZENO-ZENCOVICH, V.: *Comparative Legal Systems. A short introduction*, Roma Tre-Press, Roma, 2017.

ZIMMERMANN, R. and REID K.: *History of Private Law in Scotland*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

ZIMMERMANN, R. and VISSER, D.: *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, Clarendon Press, 1997.

ZIMMERMANN, R. and VISSER, D., and REID K.: *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective: Property and Obligations in Scotland and South Africa*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

ZWEIGERT, K.: "Des solutions identiques par des voies différentes (Quelques observations en matière de droit comparé)", *Revue internationale de droit comparé*, enero-marzo, 1966, vol. 18 núm. 1.

ZWEIGERT, K: "Méthodologie du droit comparé" en *Mélanges offerts a Jacques Maury*, vol. I (*Droit international privé et public*), Dalloz y Sirey, Paris, 1960.

ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H.: *Introducción al Derecho comparado* (trad. A. APARICIO VÁSQUEZ), Oxford University Press, Mexico, 2002 (primera edición en alemán: *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 2 tomos, Mohr, Tübingen, 1969-1971).