



Estudio de derecho comparado

Pedro Fernández de Córdova Álvarez

■

Estudio de derecho comparado

Pedro Fernández de Córdoba Álvarez



Estudios de derecho comparado

© Autor:

Pedro Fernández de Córdoba Alvarez

© Universidad Católica de Cuenca

© Editorial Universitaria Católica de Cuenca

Segunda edición: noviembre de 2025

ISBN: 978-9942-27-329-1

e-ISBN: 978-9942-27-330-7

Editora: Dra. Nube Rodas Ochoa

Edición y corrección: Msc. Pablo Salazar Luna

Diseño y maquetación: Dis. Vicente Condo Zhimnay

Diseño de portada: Dis. Vicente Condo Zhimnay

Impreso por Editorial Universitaria Católica (EDUNICA)

Dirección: Tomás Ordóñez 6-41 y Presidente Córdova

Teléfono: 2830135

E-mail: edunica@ucacue.edu.ec

Queda prohibida la reproducción total o parcial de la obra
sin permiso por escrito de la Universidad Católica de Cuenca,
quien se reserva los derechos para la segunda edición.

Cuenca-Ecuador

■

Presentación

El continuo ejercicio de una cátedra, llevado con vocación y responsabilidad, no obstante las limitaciones que en él puedan manifestarse, permite arribar, al profesor que lo ejercita, a una de las siempre anheladas metas, la de consignar sus estudios, meditaciones, lecturas y experiencias, en un texto que pueda servir de guía para enrumbar mejor el aprendizaje de la asignatura, por parte de los estudiantes.

Por algo más de dos décadas he tenido a mi cargo la materia de Derecho Comparado en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca, la cual he dictado también en la Universidad Católica de Cuenca y en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, en Quito. Este hecho, unido a la favorable y alentadora receptividad que he tenido la fortuna de recibir de parte de mis discípulos, así como al generoso interés manifestado por el señor decano de la Facultad, el doctor Pablo Estrella Vintimilla, para propiciar su publicación, me ha hecho pensar que estoy en condiciones de entregar este aporte, dirigido especialmente a mis alumnos presentes y futuros.

Para llevar adelante la realización, tanto de la cátedra como de este trabajo, ha habido, desde luego, una sostenida investigación, además de la preparación previa, obtenida con esfuerzo y hasta con sacrificios de distinta índole, en la “Facultad Internacional para la enseñanza de Derecho Comparado” con sede en la ciudad francesa de Estrasburgo, centro al cual concurren, en calidad de instructores, los más calificados maestros, jueces, administradores, tratadistas y estudiosos de diversas nacionalidades y de las más variadas ramas, es decir, personalidades ligadas al mundo del Derecho en todas sus áreas y expresiones, lo cual ha dado a dicho centro de estudios el singular rango que ostenta. Mis labores de maestro en esta disciplina han estado, por lo mismo, me place decirlo, influenciadas por las orientaciones de carácter académico que este centro de estudios infunde a sus participantes.

La entrega de la presente obra, que estimo como un fruto obligado de mis labores de maestro, la hago con la serena convicción de que contiene un trabajo sencillo, carente de pretensiones, pero serio; de fácil acceso a su contenido, aunque demande una iniciación previa en las nociones principales del derecho (de ahí la razón de su ubicación en el pénum correspondiente al último año de la Facultad); practicado con el esmero que proporciona la satisfacción de hacer algo que a uno le agrada, aun cuando no se alcance la perfección anhelada.

Conforme se expone en el capítulo pertinente, la labor comparatista puede ser practicada de multifacética manera y está en condiciones de enfocar asuntos de distinta proyección, alcance, profundidad y dimensión, según sea el interés y las posibilidades de quien la realiza.

a intención de estos *Apuntes de Derecho Comparado* es establecer un cuadro general de lo que a esta asignatura concierne. Están divididos en dos partes claramente diferenciadas. La primera, de carácter teórico-doctrinario, alude a los principios básicos que la rigen y, por ello, contiene capítulos referentes al concepto, objeto, finalidad y factores que, bajo diversas perspectivas, permiten captar las amplias connotaciones que su denominación abarca. La segunda, de orden práctico, apunta a destacar los aspectos constitutivos que, siendo comunes a un determinado número de derechos nacionales, posibilitan su encasillamiento dentro de grupos más o menos amplios que permiten, a su vez, atendiendo a ciertos criterios generalmente aceptados, englobar de la manera más completa posible la inmensa gama de normas jurídicas esparsas por el mundo, vigentes en los países que lo integran. No se examinan aquí sus detalles ni sus características particulares, pues no habría tiempo ni espacio para consignarlos en un año lectivo y en unos apuntes como los presentes, sino que se presentan de un modo absolutamente referencial, a través de los caracteres generales y comunes que muestran al estar agrupados en las “familias jurídicas” a las cuales se adscriben.

El establecimiento y la catalogación de las denominadas *familias jurídicas* obedecen a criterios y esquemas propuestos y acogidos por los comparatistas, con el propósito de aglutinar los derechos nacionales en grupos más o menos homogéneos, en función de su origen formal más directo, al que me he permitido identificar como el “punto de partida” de cada familia o sistema; de la “técnica” de la que se ha echado mano para su configuración y permanencia; así como de la “ideología” que las inspira y orienta en la determinación de los derechos y deberes que a sus súbditos fija cada Estado a través de sus normas jurídicas. Es un enfoque que se ha difundido tan ampliamente

que no importa la adscripción a tal o cual escuela o grupo de estudiosos dedicados al quehacer comparatista, pues todos lo aceptan y fundamentan en él sus respectivos trabajos. De ahí que, precisamente, se hable de uno de los más grandes logros del Derecho Comparado en los últimos tiempos: la reducción del incontable número de derechos vigentes en el mundo a solo cuatro grandes grupos o *familias*.

Basado en estas apreciaciones y en las experiencias acumuladas, he considerado, desde el inicio mismo de mis labores docentes en esta rama, que resulta mucho más provechoso para un estudiante de Jurisprudencia que se le entregue una visión global de su contenido, antes que dirigir los esfuerzos a establecer comparaciones puntuales de lo que determinados derechos disponen sobre tal o cual materia, asunto o institución específicos, los cuales se consideran más bien como temas propicios para la elaboración de tesis, seminarios o trabajos de investigación concretos, y no como parte integrante del programa a desarrollarse a lo largo de un curso regular. Durante este, lo que se busca es mostrar el o los caminos que puede recorrer un estudiante en sus investigaciones, pero no recorrerlos todos indiscriminadamente, ni siquiera intentarlo, por la sencilla razón de que, de antemano, sabemos que eso es imposible.

No quiero, ni por asomo, decir con lo que acabo de manifestar que se pueda o se deba considerar los trabajos y enfoques de esta índole como secundarios y, por lo mismo, carentes de importancia o significación. Por el contrario, estimo que son dignos de preocupación y empeño por parte de cualquier estudioso, a sabiendas de que su aporte será siempre valioso para un mejor conocimiento del Derecho *in genere* y para extraer conclusiones que tiendan a mejorar la legislación concreta de un país —el Ecuador, en nuestro caso—, lo cual constituye, precisamente, una de las aspiraciones más elevadas del Derecho Comparado.

En el tratamiento dado a cada una de las *familias* estudiadas se ha tomado como base uno de sus *sistemas* y, dentro de él, generalmente aquel derecho nacional que le dio origen, permitió su consolidación y apareció, entre todos, como paradigma o ejemplo de esa clase de derechos, por contener los aspectos más característicos del grupo en cuestión: el Derecho romano en la familia romanista, el inglés entre los que pertenecen a la familia de la *Common Law* y el árabe dentro de los derechos islámicos, a los cuales, efectivamente, se ha acudido para explicar el fundamento, el alcance y la orientación global del grupo. En la familia socialista, dado que el Derecho soviético, que la originó, ha dejado de existir como conjunto de normas vigentes, se ha debido recurrir al chino que, por lo demás,

es el único de esa familia que permanece vivo. Solo en la familia romanista, por ser aquella a la que pertenece nuestro derecho, se hace una alusión específica, y con algún detalle, a cada uno de los tres sistemas que la integran.

Como parte de ese tratamiento, aplicado de manera general a todas las *familias* examinadas, se halla un esquema constante de seis puntos, en función de los cuales se lleva a cabo el estudio del derecho que a cada una de ellas representa. Ello permite que el examen practicado sea el mismo para todas, posibilitándose así, aun sin proponérselo, la comparación automática respecto de sus orígenes, bases de sustentación, formas y contenidos ideológicos, límites de aplicación efectiva, por una parte, y de la influencia que han proyectado, por otra.

Se ha puesto un énfasis especial en lo que a la historia de cada pueblo estudiado concierne, por ser ese pueblo el generador de un derecho que ha logrado trascender, dando lugar a la integración de una familia o de un sistema; y, sobre todo, porque, como bien se sabe, el derecho que crea una sociedad cualquiera no es algo que brota sin motivo ni por generación espontánea. Muy por el contrario, las normas jurídicas son, en su mayor parte, el fruto de lo que cada pueblo ha ido gestando y desarrollando a lo largo de los tiempos, a través de sus aciertos y errores, de sus éxitos y tropiezos, de su forma tradicional de ver la vida o de sus ansias de cambio.

Por todo lo expresado, pienso también, siguiendo el ejemplo de varios tratadistas, que la referencia histórica es indispensable para identificar, del modo más completo posible, la realidad de cada conglomerado humano que ha gestado una determinada manifestación jurídica y, consecuentemente, desentrañar la razón de ser de su derecho. Este no siempre está integrado solo por leyes que nacen, rigen un tiempo y desaparecen, a tenor de lo que los legisladores de turno establezcan, sino también por las costumbres o modos de vida arraigados en cada sociedad, que se han ido formando a través de sus realizaciones más importantes en el curso de su devenir histórico.

Aspiro a que se cumplan los cometidos que han servido de orientación a este trabajo y que logre su objetivo de guiar al estudiante en la búsqueda de nuevos y más amplios horizontes, tanto en el interior de la universidad como fuera de ella.

El autor.

Índice

Presentación	5
PRIMERA PARTE	
Aspectos generales en torno al derecho comparado.....	13
CAPÍTULO I	
Nociones preliminares.....	15
Sección I	
El Derecho Comparado y la simplificación.....	15
La simplificación como tendencia y aspiración humanas	15
El derecho como agente de simplificación de la conducta humana.....	18
El derecho comparado como agente simplificador de las legislaciones..	19
Sección II	
El concepto del derecho comparado	23
Primera corriente	23
Segunda corriente	24
Tercera corriente	25
Cuarta corriente	25
Distinciones entre derecho comparado, derecho internacional y derecho extranjero.....	26
Sección III	
Antecedentes y consolidación del derecho comparado	28
CAPÍTULO II	
Objeto y finalidad del derecho comparado	33
Sección I	
El objeto del derecho comparado.....	33
La ambigüedad del término derecho.....	36
La ambigüedad del término “comparado”	40

Sección II	
La finalidad del derecho comparado.....	41
La tesis negativa.....	43
La tesis afirmativa.....	44
Las funciones del derecho comparado	47
CAPÍTULO III	
Factores que atañen al derecho comparado	49
Sección I	
Factores que hacen posible la aplicación del método	
comparativo al estudio del Derecho.....	50
Breves referencias al método	50
Sección II	
Factores que posibilitan la unificación del derecho	
en el mundo.....	54
Factores endógenos.....	55
Factores exógenos	57
Sección III	
Factores que obstaculizan la unificación del derecho	
en el mundo.....	60
Factores religiosos.....	61
Factores psicológicos.....	64
Factores geográficos	67
SEGUNDA PARTE	
Las grandes “familias jurídicas” del mundo actual.....	71
Introducción	73
CAPÍTULO I	
La familia romanista.....	77
Algo sobre la historia de Roma y su derecho	77
Sistemas que integran la familia romanista.....	81
Sección I	
El sistema francés.....	81
Referencia histórica.....	81
Punto de partida.....	84
Técnica	85
Ideología	86
Área de aplicación	87

Área de influencia.....	87
Europa	88
América	89
Asia	90
Africa	91

Sección II

El sistema germano	93
Referencia histórica.....	93
Punto de partida.....	96
Técnica	97
Ideología	97
Ámbito de aplicación.....	98
Ámbito de influencia	99

Sección III

El sistema escandinavo	100
Consideraciones sobre su denominación	100
Referencia histórica.....	101
Influencia germana	104
Influencia francesa	105
Influencia soviética	107
Punto de partida.....	109
Técnica	109
Ideología	110
Ámbito de aplicación.....	111
Ámbito de influencia	111
El Ombudsman.....	111

CAPÍTULO II

La familia de la “Common Law” **115**

Referencia preliminar.....	115
Las diversas acepciones del término “Common Law”	116
Referencia histórica.....	116
Punto de Partida.....	122
Técnica	123
La organización judicial inglesa	124
El ejercicio de la abogacía dentro de la Common Law	127
Ideología	128
Ámbito de aplicación	128
Ámbito de influencia	129
América.....	129
Asia	130

África.....	131
Oceanía	131
CAPÍTULO III	
La familia socialista	133
Sección I	
Consideraciones preliminares	133
Sección II	
El sistema chino.....	135
Aclaración indispensable	135
Referencia histórica.....	135
División Administrativa	138
Aspectos Políticos.....	139
Aspecto jurídico.....	142
La administración de justicia.....	143
Punto de partida.....	144
Técnica	145
Ideología	146
Ámbito de aplicación.....	147
Ámbito de influencia	147
CAPÍTULO IV	
La familia islámica.....	149
Sección I	
Aspectos generales sobre su integración.....	149
Sección II	
El derecho árabe.....	150
Referencia histórica.....	150
Mahoma	151
Los Califas	153
Punto de partida.....	155
Técnica	157
Ideología	160
Área de aplicación	162
Área de influencia	162
Referencias bibliográficas	165



Primera parte

■ **Aspectos generales
en torno al derecho
comparado**

CAPÍTULO I

Nociones preliminares

Sección I El Derecho Comparado y la simplificación

La simplificación como tendencia y aspiración humanas

Arribar a una meta y lograr un objetivo, previsto o no, implica la existencia de un proceso que conduce a la consolidación de aquello que, en virtud del esfuerzo y del trabajo, o de la simple acción de las leyes naturales, debía realizarse. Tender, aspirar a algo, sugiere la actitud de iniciar, con o sin voluntad y con o sin interés, el camino que ha de recorrerse en cualquier realización. Sin embargo, son expresiones que no tienen idéntica significación, pues en la *tendencia* encontramos una connotación fatalista que, en cambio, ni por asomo se presenta en la *aspiración*. Esta es la sencilla razón que nos ha llevado a utilizar ambos términos cuando queremos referirnos, como vamos a hacerlo ahora, a un punto de llegada en ese trajinar constante del ser humano hacia el conocimiento. Se trata de la simplificación —si se quiere, de la unificación— de esa permanente búsqueda de un denominador común que abarque, sin reparos, un número cada vez mayor de seres.

Es, ciertamente, algo que llama la atención dentro del desarrollo de la humanidad el que podamos encontrar en él, a manera de constante, una natural tendencia y una clara aspiración hacia la necesidad de simplificarlo todo, de

remontarse a una verdad que sea única y valedera para todos los órdenes y todos los temas. Simplificación que implica una reducción, una concentración de aquello que se encuentra disperso en el universo, que se presenta como heterogéneo, pero que, gracias a la observación —unas veces espontánea, otras premeditada—, permite descubrir relaciones y parentescos entre los diversos objetos, lo cual posibilita, cuando menos, intentar su homogenización y unificación.

Esta aspiración o tendencia humana hacia la simplificación, que se ha registrado desde siempre, ha concretado su mejor expresión tanto en la *filosofía*, como en la *religión* y en la *ciencia*.

Si recordamos, en efecto, cuál ha sido, es y será el papel de la filosofía, habremos de coincidir en afirmar que su vocación es aquella que apunta a la simplificación, a la necesidad racional de concentrar todo, o al menos la mayor parte de los seres que existen en el mundo, dentro de un concepto que funcione como denominador común y que, por tanto, los unifique. La búsqueda del *arjé* del universo, emprendida por los primeros filósofos, así como la averiguación de la “verdad radical” en la que se empeñan los pensadores de nuestro tiempo, no son sino ejemplos irrefutables del afán perenne del hombre por simplificar y unificar las verdades, los conceptos y las cosas. La filosofía, por lo tanto, nace y permanece fiel a su objetivo de determinar el primer principio y la última causa de las cosas, como algo que le es esencial.

En el amplio campo, y por lo mismo difícil de delimitar, de la religión, encontramos igualmente un persistente empeño de arribar a una raíz común, a una unidad que dé sentido, razón de ser y trayectoria clara a una creencia o a un conjunto de ellas. Generalmente, el sentimiento religioso, connatural al ser humano, se ha manifestado en todos los pueblos con un marcado politeísmo que lo caracteriza en sus inicios. El simple hecho de atribuir cualidades sobrenaturales a aquellos objetos cuyo comportamiento no puede explicarse de modo directo e inmediato no constituye, por supuesto, una expresión de religiosidad en el pleno sentido del término; pero la determinación de tótems y de tabúes, que representan ancestros y prohibiciones, respectivamente, implica ya una actitud personal de reverencia hacia lo que se estima su origen o hacia lo que se considera inaccesible, ubicándonos así frente a una concepción religiosa.

Sin embargo, a medida que la razón humana evoluciona y que las ideas, los sentimientos y las pasiones mismas se ordenan y encasillan, el hombre, el

grupo y la humanidad encauzan su interés y su devoción hacia un ser que simbolice la más alta expresión de la fe y, al mismo tiempo, sintetice el más elevado poder. Las religiones que, a lo largo de la historia, han perdurado y se han consagrado como genuina representación del sentir de un pueblo —alcanzando con ello la denominación, precisamente, de *grandes religiones*— han exhibido y exhiben una reducción llevada a límites singulares: como el caso de la trilogía propuesta por el brahmanismo o el monoteísmo absoluto establecido por el judaísmo, el cristianismo o el islam. En todas estas religiones, y también en el budismo, no solo hay una simplificación, una unificación de la divinidad, sino que, al ser ella el alfa y el omega de cuanto existe en el mundo, provoca también, como consecuencia lógica, una simplificación en lo que al universo respecta, pues todo, absolutamente todo, se explicará a partir de esa divinidad.

Tornando la mirada hacia el ámbito de las ciencias, encontramos, querámoslo o no, la presencia igualmente notoria de un vivo deseo de simplificar, de reducir los conocimientos y las verdades obtenidas sobre las cosas y el hombre a ciertas nociones y principios básicos que ofrezcan una especie de condensación. No por pereza ni por un fatuo impulso de observarlos, mostrarlos y explicarlos en conjunto para evitar entrar en detalles, sino, paradójicamente, por haberlos analizado, estudiado y examinado hasta la saciedad, hallando que los objetos y fenómenos tienen entre sí vinculaciones y posibilidades de integración, aunque, en apariencia inicial y hasta accidental, se presenten como distintos o incluso antagónicos.

El hecho de que, dentro de las ciencias naturales, se hable desde muy antiguo de la existencia de tres reinos —el mineral, el vegetal y el animal—, o de que en la actualidad se establezca, en ese mismo campo, la presencia de solo dos mundos —el orgánico y el inorgánico— son muestras claras de la existencia incontrovertible de ese sentido de simplificación que parece ser connatural a la razón humana.

Es, quizás, en el área de la química donde se encuentra un ejemplo más claro de ese afán simplificador de las ciencias, aunque no exista una reducción extrema que conduzca a la unidad. Desde Mendeléiev hasta la actualidad, con la elaboración de la tabla periódica de los elementos que componen el mundo y su fijación en solo 114, se ha producido una reducción considerable de aquella multiplicidad prácticamente incontable de seres u objetos materiales existentes en el universo. Hay algo más aún: aquella proposición que representa el clímax del espíritu simplificador y que afirma que el mundo se

origina a partir de una simple molécula de hidrógeno o de nitrógeno, según el científico o la corriente que la sostenga.

A la luz de estas consideraciones, parece pues innegable que la simplificación, el afán de síntesis, y la búsqueda de un denominador común para los objetos existentes en el mundo, con miras al establecimiento de un parentesco que los ligue y relacione, constituye en efecto una tendencia y una aspiración que el hombre ha tenido desde siempre, y que no la pierde aún ni, probablemente, la perderá en el futuro.

El derecho como agente de simplificación de la conducta humana

La vida humana, de por sí compleja y variada, tanto la que realiza el hombre en calidad de individuo como la que lleva a cabo en función de su pertenencia a un grupo, ofrece siempre la posibilidad de que la personalidad humana —es decir, la individualidad de cada quien— se exteriorice en un acto distinto de lo establecido como comportamiento normal y general de los integrantes de una comunidad. Cada persona es, qué duda cabe, un universo aparte, un mundo interior rico en matices e intenciones, que la hace aparecer como distinta de su prójimo, a pesar de la igualdad esencial existente entre ellos.

Varían, además, las *circunstancias* en las cuales el quehacer de cada instante, para toda persona, se ve acompañado de un rasgo inconfundible e irrepetible. De ahí que, aun en el desarrollo habitual de la vida de un individuo, encontramos variaciones que, a veces, desconciertan, pero que en ningún caso significan alteración psíquica ni, por supuesto, falta de consistencia de la personalidad. Todo lo aquí expuesto quiere decir, tan solo, que resulta incontrovertible aquello que Heráclito, ya en el siglo VI a. C., expresó con su célebre sentencia: “Nadie se baña dos veces en el mismo río”, porque ni la persona ni el río permanecen inmutables.

En el caso de las actuaciones colectivas, la complejidad es aún mayor: se amplía, se hace más notoria. Eso nos lleva a pensar, entonces, que en el mundo social existe una variedad muy considerable de posibilidades de actuación, variedad que depende de la pluralidad de caracteres, pensamientos, ambiciones e intereses que mueven la voluntad humana y la deciden a la acción.

En resumen, lo que objetivamente encontramos respecto del comportamiento del hombre aislado, o del que actúa en compañía de otros, es la presencia

de una gama de formas o modalidades, a veces imposible de catalogarlas a causa de su heterogeneidad.

Sin embargo, se está en condiciones razonables de afirmar que, en situaciones de orden normal, las personas se comportan de una manera más o menos homogénea; en suma, que, puestas ciertas condiciones que podrían considerarse factibles de cumplir por la totalidad o por una mayoría de asociados, la respuesta, en cuanto manifestación de conducta, es similar. De estas formas de comportamiento más o menos homogéneas a las que se ha aludido, se busca y se escoge una que sea considerada como la mejor, la más conveniente y adecuada para el grupo.

Al hacerlo, se la establece como norma, como regla que debe ser seguida y respetada por todos. Para otorgarle un carácter obligatorio, de ejecución forzosa, se la convierte en jurídica. De esa manera queda establecido el derecho y, automáticamente, esta forma de comportamiento escogida se transfigura en una especie de molde dentro del cual es menester que se vacíen las conductas de todos y cada uno de los asociados, a fin de obtener un modo de actuar uniforme que garantice la armonía dentro de la sociedad.

Así pues, el derecho, en cualquier sociedad y en cualquier época, se ha presentado siempre como un agente de simplificación de la conducta humana. El mero hecho de obligar a todos a transitar por el mismo camino, “el camino recto”, que pretende representar —fundamentado en su propia noción etimológica—, demuestra que su papel simplificador de la conducta no es solo un enunciado, sino una efectiva realidad. De una pluralidad de opciones respecto del actuar humano, el derecho selecciona una sola, por considerarla la más adecuada, la más justa, la más correcta, la más generalizada o, en fin, la que mejor se acomoda al criterio del creador de la norma, que puede ser el legislador, como en el caso de la ley; la propia colectividad, si nos referimos a la costumbre; o el juez, si se trata de la regla jurisprudencial.

El derecho comparado como agente simplificador de las legislaciones

Se ha podido constatar, a lo largo de la historia, que la forma de conducirse de los pueblos que han desarrollado su existencia sobre la faz de la Tierra es distinta según el lugar y la época. Varias razones y circunstancias han determinado que así sea. Si las formas de actuación humana son diferentes,

es lógico concluir que las regulaciones que de ellas derivan habrán de ser también diferentes.

Conocemos, por otra parte, que la vigencia de una norma jurídica, en lo que al espacio concierne, está siempre en función de la soberanía que sobre ese territorio se ejerza. El ejercicio de la soberanía corre parejo con la manifestación del poder de un Estado, por lo que, consecuentemente, podemos afirmar que a cada Estado corresponde un derecho que, para efectos de mejor identificación, podríamos llamar *legislación*, aunque en estricto sentido conceptual no sea del todo correcto, pues el término *legislación* abarca, en principio, solo lo que corresponde a la ley.

Sin embargo, con el único propósito de disponer de una palabra que, reemplazando al vocablo *derecho*, sirva para designar todo el conjunto de normas jurídicas de un Estado, nos tomamos la libertad de darle este significado genérico, usándolo, un tanto arbitrariamente, como sinónimo de *derecho*. Ello evita que se emplee la tautológica y, por tanto, poco significativa expresión: “el derecho comparado es un agente simplificador del derecho”. Además, en los tiempos actuales, dada la creciente expansión del derecho escrito en el mundo, como resultado, precisamente, de una labor legislativa, quizás pueda justificarse esta aventurada sinonimia. Hecha esta aclaración necesaria, diremos que hay tantas legislaciones en el mundo como Estados lo conforman. Las diferencias que, por evidentes motivos, se hacen presentes entre los países y sus respectivas normas jurídicas provocan un distanciamiento que, en ocasiones, se acentúa hasta aparecer como irreconciliables y antagónicas, debido a su ideología o de su técnica.

No obstante este antagonismo y esa aparente imposibilidad de conciliar dos o más tipos de legislación, es posible confrontarlos y compararlos, tal como hacemos con cualesquiera objetos que, aunque a primera vista se presenten como totalmente diferentes, sabemos por experiencia que, al hacerlo, habremos de encontrar ciertas conexiones y semejanzas que nos permitan remontarnos hasta posibles orígenes comunes o buscarles ex profeso esos ancestros, con el propósito de proceder a una reducción que haga más inteligibles todos los asuntos a los que se refieren.

Cuando hacemos la confrontación, que no es necesariamente siempre consciente, establecemos también, a veces sin quererlo, semejanzas y diferencias entre los objetos comparados. De la misma manera, determinaremos la presencia de ventajas e inconvenientes que, según el uso o la circunstancia,

puedan ostentar. Es necesario enfatizar que no es la razón la que, exclusivamente —ni siquiera con frecuencia—, percibe estos aspectos; ellos son más bien establecidos por vía emotiva o afectiva, lo cual, desde el punto de vista científico, no sería aceptable. Pero, objetivamente hablando, allí están y no es posible prescindir de ellos en su integridad.

Volviendo a referirnos de modo concreto al derecho, habremos de decir que, a pesar de las diferencias que existen entre sus variadas manifestaciones, incluso de las oposiciones que puedan encontrarse entre las normas imperativas en dos o más regiones, es también incuestionable que esas reglas jurídicas tienen algo en común, y no solo en el orden formal ni en el objetivo primordial que persigue todo derecho, sino también en el contenido y en el modo de buscar solución a los problemas sobre los que versa. Precisamente, valiéndose de ese elemento común presente en las normas jurídicas que han regido y rigen en el mundo, es que el derecho comparado procura su simplificación.

Al hacer la confrontación de las normas —que, en definitiva, no son sino soluciones a los problemas sociales—, quizás también de modo inconsciente, establecemos lo adecuado o lo inadecuado de ellas; el acierto o desacuerdo con que fueron creadas o aplicadas; la justicia o injusticia que entrañan; las ventajas o los inconvenientes que de su presencia se hayan derivado, etc. Y aunque tales consideraciones no sean fruto exclusivo de la actividad intelectual, como ya se ha señalado, la persona que las formula se siente enriquecida por esa experiencia y busca, instintivamente, el mejoramiento y la superación, escogiendo, de acuerdo con su criterio, lo que aprecia como más conveniente o simplemente bueno. Esto, automáticamente, implica una simplificación, porque lo que se considera inconveniente o malo será descartado, prevaleciendo, en consecuencia, una única solución estimada como la mejor.

En nuestra época, más que en ninguna otra hasta ahora, la interrelación entre individuos de distinta nacionalidad se fortifica y amplía cada vez con más fuerza. Hay, sin duda, un sentido cosmopolita que cada día se ahonda más en los seres humanos, haciendo que importe cada vez menos dónde, cómo o con quiénes vivamos. Este sentimiento de que la humanidad es una gran familia da la pauta para pensar en la necesidad de que unas mismas normas nos cobijen por igual a todos sus integrantes. El derecho comparado aspira a ello, no como un simple enunciado ni como una lírica pretensión, sino como una realidad grande y palpable. La existencia de un solo derecho para el mundo es su finalidad más alta y, aunque por el momento no esté en condiciones de

alcanzarla, el derecho comparado sigue siendo el instrumento más idóneo para intentarlo.

Su aptitud para lograr la simplificación jurídica en ámbitos regionales, e incluso mundiales, ha sido ya comprobada. Por ello se ha dicho reiteradamente que el mayor logro obtenido hasta ahora en este campo de la simplificación es la reducción del incontable número de legislaciones nacionales existentes en el mundo actual a solo seis familias: la romanista, la de la *Common Law*, la socialista, la hindú, la china y la islámica, que serán materia fundamental de nuestro estudio en esta asignatura.

Sección II

El concepto del Derecho Comparado

Aunque la inquietud por comparar reglas de conducta parece tan antigua como las relaciones intergrupales, los antecedentes expuestos en las páginas anteriores muestran que, en efecto, el derecho comparado es una disciplina nueva, lo cual sirve, si no para justificar, al menos para explicar por qué no existe todavía, en el mundo de los comparatistas, una noción uniforme sobre lo que se entiende por derecho comparado, disciplina que, por así decirlo, se encuentra de moda en los círculos intelectuales, particularmente vinculados, por supuesto, al ámbito jurídico.

Esta es, quizás, la razón por la cual la mayoría de los tratadistas dedicados a este quehacer comparatista han esbozado un concepto de acuerdo con su criterio, su enfoque, su noción sobre el derecho en general e incluso con su sentir político y social. Como resultado de esta febril inquietud, existen innumerables ensayos de conceptuación que, antes que mostrar verdadero interés por precisar su significado, revelan más bien, según el decir de maestros de esta asignatura, una falta de consistencia y una penuria propias de las disciplinas nuevas.

La falta, pues, de una definición unánimemente aceptada, o al menos mayoritariamente compartida, nos sitúa frente a una pluralidad de nociones que, en principio, antes que orientar, desconciertan, por lo variadas y disímiles.

A pesar de esta multiplicidad de enfoques y perspectivas desde las cuales se mira al derecho comparado, y dejándonos llevar por ese mismo espíritu simplificador al que hemos reiteradamente aludido, podremos concretar en unas pocas corrientes o vertientes —como también suele designárselas— esa variedad de conceptos y definiciones. Generalmente se habla de tres modalidades, aunque suele aludirse también a una cuarta, que oportunamente enjuiciaremos. A continuación, se hará referencia a dichas corrientes y a sus objeciones, aunque sin entrar en mayores detalles.

Primera corriente

Se considera al derecho comparado como la “ciencia que se ocupa de la confrontación de derechos, con miras a establecer una sola legislación en el mundo”. Dejando a un lado la última parte de esta definición, en la que se alude clara-

mente a la finalidad más alta del derecho comparado —cual es la unificación del derecho en el mundo, aspecto de por sí controvertido y generador de una de las más enconadas querellas sostenidas en este campo, conforme lo trataremos en el capítulo correspondiente—, concentremos nuestra atención en su primera referencia, cuando manifiesta que se trata de una ciencia.

La simple alusión a una pretendida científicidad del derecho comparado hace crecer las críticas y reparos a esta forma de definirlo, porque bien sabemos que incluso el carácter de científica atribuido a la jurisprudencia ha sido seriamente cuestionado por innegables valores de la filosofía del derecho, como en el caso específico de Hermann von Kirchmann, cuyas objeciones a la posibilidad de que el derecho sea considerado como objeto de una ciencia jurídica son contundentes.

En consecuencia, se afirma —con mucha propiedad— que, si ni siquiera el derecho en general ha merecido una aceptación mayoritaria en su pretendido rango de ciencia, con mayor razón una simple rama de él, que ni siquiera se halla bien consolidada y cuya naturaleza es más bien de orden especulativo.

Segunda corriente

Se establece, a su vez, que el derecho comparado “es una disciplina que se ocupa de la confrontación de diversos derechos que se encuentran vigentes en el mundo”.

Si bien esta alusión a lo que se entiende por derecho comparado es mucho más aceptada que la versión anterior, existen también, no obstante, puntos de crítica que la debilitan y la tornan ineficaz. Dos son los aspectos que han merecido observaciones que descartan la posibilidad de considerar esta noción como valedera: uno referente al término diversos y otro relativo a la palabra vigentes. Ambos se presentan como restrictivos, como elementos que, al circunscribir posibilidades para el pleno desenvolvimiento del derecho comparado, lo vuelven incompleto.

El primer aspecto, que se concentra en la consideración de confrontar “diversos derechos”, ha sido objetado porque deja de lado la posibilidad de que también puedan compararse los derechos semejantes o parecidos. Queda, además, la observación —que no puede pasar desapercibida— de que, por simple lógica, para poder determinar la diferencia o la semejanza de algo, en este caso de dos o más derechos confrontados, es menester, ante todo, realizar la comparación.

El término vigentes, a su vez, resulta igualmente limitativo, pues excluye de la confrontación a todos los llamados derechos históricos, esto es, a las legislaciones que han dejado de ser normas imperativas, así como a aquellas ya estructuradas que aún no han sido promulgadas o que, habiéndolo sido, cuentan con un plazo para entrar en vigor; en otras palabras, el derecho futuro.

Como puede advertirse, las objeciones planteadas son razonables y, por ello, también este tipo de definición ha sido cuestionada.

Tercera corriente

Procurando evitar críticas y comentarios, se ha planteado una tercera posibilidad que busca la aprobación, sino de todos, al menos de la mayoría de los comparatistas. Esta sostiene, sencillamente: “El derecho comparado es la disciplina que se ocupa de la confrontación de derechos”.

Naturalmente, esta definición, precisamente por su carácter escueto, no da motivo para mayores críticas; no obstante, se la observa y acusa de ser demasiado general, vaga y, por tanto, inexpresiva. Para otros, en cambio, su amplitud constituye su cualidad sobresaliente, en virtud de que gracias a ella es posible llevar adelante todo tipo de confrontación, sin importar de qué clase de derechos se trate, pues en principio cabe pensar que el derecho comparado ha de englobar en su acción y en su tarea de relación todo aquello que se identifica con una norma de carácter jurídico.

Por todas estas razones, y a pesar de los reparos formulados y de las reservas que puedan hacerse, esta resulta ser la noción conceptual más aceptada.

Cuarta corriente

Se estima al derecho comparado como la simple “aplicación del método comparativo al estudio del derecho”.

Ya habíamos advertido que esta forma de definir al derecho comparado, apreciada por algunos como una cuarta vertiente, es fuertemente objetada por otros, que la consideran —con una visión, a nuestro juicio, demasiado académica y formal— peyorativa y, en cierto modo, denigrante para la condición de una disciplina del rango que ostenta y a la que incluso se le ha querido atribuir la calidad de ciencia. Pero, aparte de este reparo un tanto emocional, es cierto que esta definición lo que hace es confundir el derecho

comparado, entendido como rama independiente del estudio jurídico, con el método, concebido a su vez como un simple procedimiento de que se vale el derecho para su análisis.

Dicha confusión resulta a todas luces incorrecta, porque un método, por muy valioso y decisivo que aparezca en una investigación, no deja de ser un instrumento, un auxiliar de ella, cuya naturaleza difiere de la que corresponde a la disciplina que se sirve de él, como de una herramienta de trabajo entre las varias de que se puede disponer para cumplir un determinado cometido.

En todo caso, algunos comparatistas consideran que esta es una definición del derecho comparado, por lo que hemos estimado una obligación dejarla consignada dentro de este punto de nuestro estudio, aclarando que estamos en plena libertad de aceptar cualquiera de los conceptos expuestos, si logran convencernos, o incluso de intentar la elaboración de uno propio, nacido de nuestra apreciación personal.

Distinciones entre derecho comparado, derecho internacional y derecho extranjero

Por desgracia, con alguna frecuencia, incluso entre tratadistas de esta asignatura, se ha encontrado una lamentable confusión —o al menos una falta de precisión— respecto del contenido y alcance de estos tres términos que representan diversas fases del derecho. Conviene, por lo tanto, determinar el significado de cada una de estas denominaciones, a fin de no incurrir en el mismo yerro que criticamos y poder así distinguirlas de la forma más clara posible.

Podemos decir que sabemos ya lo que es el derecho comparado, gracias a las distintas maneras de conceptualizarlo que hemos citado, así como a las observaciones que sobre ellas se han formulado. A manera de conclusión de tales intentos, y extrayendo lo más aceptado por un número considerable de estudiosos, podemos entenderlo como “un quehacer de carácter especulativo, que se ocupa de la confrontación de derechos”.

El derecho internacional, a su vez, lo entendemos como el conjunto de reglas que rigen las relaciones de los Estados entre sí; de las entidades públicas o privadas de un Estado con las de otro; o, en fin, de los particulares miembros de un Estado con otro Estado, con entidades públicas o privadas de otro Estado, o con particulares de distinta nacionalidad. También regula las si-

tuciones, derechos y deberes de una persona que se encuentra en territorio ajeno al de su país. Recordemos aquí el criterio según el cual, siempre que el Estado —por sí o a través de una entidad que lo represente— sea parte de una relación, estaremos frente al derecho internacional público, que también se ocupa de estudiar los organismos internacionales, como la ONU o la OEA, por ejemplo. Si, por el contrario, el Estado está ausente de la relación y esta se da exclusivamente entre particulares o entre entidades no oficiales, se trata del derecho internacional privado, que además busca solucionar el conflicto derivado de la concurrencia de varias leyes que pretenden tener la fuerza suficiente para resolver el asunto en cuestión.

El derecho extranjero, finalmente, aunque es mencionado con relativa frecuencia, no ha merecido una definición expresa, tal vez por la aparente simplicidad de la tarea, pues cualquiera puede identificar lo extranjero con lo ajeno; o quizás, justamente, por la imprecisión en la que se podría incurrir. En cualquier caso, se impone su categoría de noción aparte y diferente de las dos anteriores. Guiados por esa diferenciación que se manifiesta a simple vista, podemos decir —sin pretensión de definirlo— que el derecho extranjero puede entenderse como el “conjunto de normas que rigen o han regido en un país ajeno a aquel del cual es nacional la persona que hace la consideración”. Así, por ejemplo, si es un ecuatoriano el que habla de derecho o derechos extranjeros, lo hará refiriéndose a las legislaciones que rigen en los demás países o regiones del mundo.

Una vez que hemos procurado esta delimitación y esbozado su contenido y alcances, podemos decir que estamos en condiciones de, cuando menos, insinuar las diferencias que entre ellos existen y así saber a qué atenernos en el futuro, cuando nos hallemos manejando tales conceptos.

La primera gran diferencia que se impone es la que nos muestra que, mientras el derecho internacional y el derecho extranjero se presentan como conjuntos de reglas de carácter positivo, que están o han estado vigentes en diversas regiones del globo, el derecho comparado aparece más bien como una disciplina de carácter especulativo y, por tanto, teórico, que no manda, ni prohíbe ni permite nada; que, en el mejor de los casos, lo que hace es aconsejar o pronunciarse sobre la conveniencia o no de aplicar tal o cual regla para una mejor solución de los problemas planteados dentro de una sociedad.

Una segunda diferencia notoria es la que muestra al derecho extranjero como esencialmente nacional, pues su denominación se halla vinculada —como

hemos visto— a un país distinto de aquel al que pertenece el individuo que alude a él. Por consiguiente, se trata de un derecho fundamentalmente territorial. El derecho internacional y el derecho comparado, por el contrario, por su propia naturaleza y vocación, son esencialmente extraterritoriales, en el sentido de que rebasan, en su aplicación y en su estudio, respectivamente, las fronteras nacionales de un territorio estatal, ya que al menos dos Estados estarán involucrados en la relación o en la referencia que se establezca.

Sección III Antecedentes y consolidación del derecho comparado

Si bien la variedad de reglas jurídicas existentes en el orbe ha constituido, desde siempre, un fenómeno constante —acrescentado por la proliferación de soberanías estatales, que son las que determinan la presencia de legislaciones independientes—, el interés por ocuparse sistemáticamente de tal diversidad, que incluso se observa al interior de un mismo país, apenas cuenta con algo más de un siglo de existencia, pues solo a partir de 1869 se han hecho esfuerzos directos y continuados en torno a este fenómeno. No obstante, es menester reconocer que, a lo largo de la historia, aunque de manera esporádica, se produjeron ciertos intentos de comparación jurídica.

Tal es el caso de Heródoto, el “padre de la historia”, quien, luego de deambular por casi todo el mundo conocido de su época, relató sus experiencias a propios y extraños, destacando, de modo “comparativo”, las costumbres y leyes “bárbaras” cuya existencia y vigencia había logrado constatar; o el de Aristóteles, que realizó un amplio estudio comparativo sobre las legislaciones imperantes en su tiempo dentro del complejo mundo heleno de las ciudades-Estado.

Paralela a la expansión del dominio romano se fue implantando su derecho, no tanto por imposición, sino porque, en una casi obligada “comparación” entre las bien elaboradas reglas que llevaban los dominadores y las normas vernáculas vigentes en los territorios ocupados, aquellas terminaban por trasplantarse con el beneplácito de los dominados, que las acogían por considerarlas más racionalmente concebidas. Así, el derecho romano llegó a regir en todo el ámbito del Imperio.

Aparte de esta acción espontánea —y a la vez interesada por el provecho directo que de ese acogimiento se obtenía—, vale citar como un singular y va-

lioso ejemplo de labor comparatista la misión encomendada a los célebres *decenviros*, cuando, en un afán de perfeccionar el derecho vigente, se designó a diez varones sabios para que viajaran a Grecia a estudiar, en su propio medio, las leyes que gobernantes como Solón, Licurgo, Clístenes y Pericles habían creado para regir a sus pueblos. De esa labor habría de surgir la célebre *Ley de las Doce Tablas*, en cuyo texto, sabio y orientador, se resumía la conducta adecuada que debían seguir todos los súbditos de Roma.

Sin embargo, las invasiones bárbaras que pusieron fin al régimen político romano intentaron destruir también todo lo que representaba la cultura latina. El derecho, parte sustancial de ella, sufrió el más directo embate y se sumió de inmediato en un letargo, apenas interrumpido esporádicamente por mínimas evocaciones presentes en algunos ordenamientos jurídicos elaborados por los nuevos dominadores germanos en jurisdicciones limitadas, como la de los visigodos en España o la de los ostrogodos en Italia. La unidad establecida por Roma se había disuelto.

Las invasiones normandas de los siglos IX y X, que dieron lugar al régimen feudal, contribuyeron a la atomización del derecho en toda Europa. Cuando en el año 1066 los normandos franceses, conducidos por Guillermo el Conquistador, establecieron su dominio en Inglaterra, se inició allí una forma particular de crear e impulsar el derecho a través de los tribunales creados por la Corona. Sin embargo, tanto en el continente como en las islas británicas, las normas jurídicas fueron, en consecuencia, el fruto de una actividad más empírica que racional, elaboradas por prácticos antes que por profesionales, lo que determinó que no hubiera hacia ese derecho una inclinación ni un interés investigativo.

En la llamada Baja Edad Media, concretamente en el siglo XIII, se consolidan las universidades y, con ellas, lo que será su patrimonio permanente: la preparación y el estudio corporativo, sistematizado y responsable, orientado a rescatar, producir y difundir cultura. En el campo del derecho, sin embargo, los nuevos centros de investigación y enseñanza no prestaron atención a las formas jurídicas localistas que regían dentro de fronteras aún no bien delimitadas.

Fue más bien el derecho elaborado por la Iglesia el que atrajo la atención de maestros y doctrinarios, quienes vieron en él un cuerpo de leyes generales y homogéneas, dotado de una perfección notable para la época, capaz incluso de servir como modelo a otras normas. De ahí que se lo denominara *canónico*.

co, pues reproducía, con el natural sello cristiano, los principios, la estructura y, en gran medida, el contenido del derecho romano. Este redescubrimiento produjo un cambio profundo: el interés de las nacientes universidades se volcó hacia dicho ordenamiento, sobre todo en Bolonia.

A partir de entonces, diversas escuelas y corrientes jurídicas —la de los glósadores, en el siglo XII; la de los posglosadores, en los siglos XIII y XIV; el Humanismo; el Renacimiento; los juristas holandeses y franceses de los siglos XVII y XVIII; los iusnaturalistas de la escuela racionalista— culminaron en los *pandectistas* alemanes de los siglos XVIII y XIX, transformando el derecho romano en derecho civil. Este pasó a enseñarse en todas las universidades y a recogerse en manuales destinados a estudiantes e investigadores, aunque no se practicaba. Ello evidenciaba la coexistencia de dos tipos de derecho: uno de carácter teórico, que planteaba un “deber ser” basado en el viejo derecho romano ya no vigente; y otro, integrado por normas que, dictadas conforme a cada soberanía, constituyan el derecho efectivo, pero que no despertaba interés entre los eruditos.

Estos fijaron su atención en las reglas que, aunque no aplicadas, mostraban un carácter de validez universal y, por lo tanto, resultaban uniformes, incapaces de suscitar comparación alguna, pues no había con qué confrontarlas. En cambio, la variedad ofrecida por las normas vigentes, si bien podía prestarse para ser comparada, no llamaba la atención, y cuando generó cierto interés, se redujo a una simple enumeración de diferencias.

Esta postura de los estudiosos llegó al extremo de ignorar incluso las codificaciones del derecho privado que habían sido consideradas de gran significación, como la danesa de 1683, la noruega de 1687, la sueca de 1734 o la prusiana de 1791. En cambio, cuando en la Francia de Napoleón aparecieron los Códigos de 1804 y 1810, se produjo un vuelco total del interés profesional, desplazando incluso al derecho civil, que desapareció de los programas universitarios.

Tiempo después, a fines del siglo XIX, la codificación alemana; la suiza, a comienzos del XX; y la italiana hacia 1942, provocaron una situación similar a la generada por la acción legislativa de Napoleón. Estas iniciativas despertaron un particular entusiasmo por los códigos nacionales, cuyo conocimiento, exposición y sistematización absorbieron la atención de juristas, filósofos, jueces y maestros. La posibilidad de realizar comparaciones surgía únicamente cuando entre dos o más derechos se reconocía una relación de parentesco derivada de la influencia que uno de ellos había ejercido sobre

otro u otros. Esta fue la razón por la cual el derecho francés se estudió en Italia, España, los Países Bajos, Iberoamérica y en todos aquellos Estados que tomaron como modelo la legislación establecida por el Emperador.

Se habla, así, de la presencia de dos períodos perfectamente identificados: el primero, el del *derecho civil*, sintetizado en el texto del *Corpus Iuris Civilis*; y el segundo, el de los *códigos*, que, si bien se sustentaban en principios comunes, concretaban las normas en especificaciones y particularidades de carácter nacional. Ambos “textos” constituyeron el objeto principal de estudio de los juristas; pero dicho estudio se circunscribía, fundamentalmente, a una labor interpretativa, ya que se consideraban completos, esto es, capaces de aportar solución a cualquier problema que pudiera presentarse, siempre y cuando, desde luego, se realizara su correcta interpretación.

Resulta fácil colegir que, en un clima semejante, toda posibilidad de comparación jurídica resultaba extraña, insospechada, incluso para los abogados, es decir, para los prácticos del derecho, que solo lo han visto —y todavía lo ven— como una regla de imposición inexorable que modela el comportamiento humano o, en el mejor de los casos, como una solución, si no del todo acertada, al menos digna de ser respetada en lo que ha determinado tipo de conflictos concierne y que, por ello, ha de ser necesariamente seguida, incluso mediante el empleo de la fuerza.

Ventajosamente, para el progreso del derecho, los abogados no son los únicos que se interesan por él. Están también los filósofos, los sociólogos, los teólogos y, por supuesto, aquellos estudiosos que vuelcan su inquietud preponderante hacia el derecho como objeto de análisis científico: los juristas. Conviene aclarar que, a pesar de la confusión que suele hacerse entre *abogado* y *jurista*, no solo son dos palabras diferentes, sino dos conceptos distintos. Ambos se relacionan por el común objeto de estudio —el derecho—, pero difieren claramente en el modo y propósito de enfocarlo: mientras para el primero lo primordial es el sentido práctico de la norma que manda, prohíbe o permite, sin discusión ni posibilidad de elusión; para el segundo, además de ese carácter imperativo, cuenta su interés por conocer el porqué de la norma, su origen, su evolución, los mecanismos formales que le dan consistencia, su estructura, el rol que desempeña dentro del grupo al que rige y, sobre todo, los valores en los que se basa y procura preservar.

Nos hemos permitido la anterior digresión para precisar que han sido, principalmente, los filósofos y los juristas quienes iniciaron la inquietud compa-

ratista del derecho, y hasta podría decirse que fueron ellos quienes la llevaron a la práctica y la justificaron, del mismo modo que lo hicieron con la propia filosofía del derecho, cuya presencia explican precisamente desde ese doble enfoque. Esta inquietud se ha generalizado en la actualidad y bien puede afirmarse que ahora la labor comparatista en el campo jurídico atrae a todos los estudiosos que, de un modo u otro, están vinculados con las ciencias sociales.

Decíamos al inicio de esta sección que solo a partir de 1869 se han hecho esfuerzos directos y continuados en el campo de la comparación jurídica. En efecto, la fundación de la *Société de Législation Comparée*, llevada a cabo en Francia en el citado año, marcó el inicio del trabajo concreto del derecho comparado, robustecido más tarde por la creación, en ese mismo país, del *Comité de Législation Comparée*, dentro del Ministerio de Justicia, en 1876. En 1898 se fundó en Inglaterra la *English Society of Comparative Legislation*, en respuesta a la creciente inquietud entre los juristas respecto de la necesidad de conocer las legislaciones de otros Estados. El fin perseguido era totalmente pragmático: aprovechar criterios y experiencias de otros países para impulsar la creación de normas jurídicas propias, en consonancia con el espíritu predominante de la época, que buscaba el remozamiento de las legislaciones nacionales.

En el ánimo de los eruditos de fines del siglo XIX, atraídos por la novedad del derecho comparado, latía una optimista creencia en la posibilidad de la unificación jurídica patrocinada por los internacionalistas. Pronto esa idea y la aspiración de conseguir la simplificación del derecho fueron asumidas por los comparatistas como algo propio. Fue, precisamente, este ideal de unificación jurídica el que inspiró, en buena medida, el gran *Congreso International de Derecho Comparado*, celebrado en París en 1900, al que concurrieron especialistas del mundo entero y que quedó en la memoria “como el más alto exponente de lo que nostálgicamente se llama *la belle époque du droit comparé*”, según palabras de Max Rheinstein en su ensayo “Derecho comparado y sistemas jurídicos”, publicado en la *Enciclopedia de Ciencias Sociales*.

Hoy puede afirmarse, sin temor a caer en la exageración ni en la sobrevaloración del cometido de esta asignatura, que el derecho comparado se encuentra ya consolidado; que los frutos de su acción se aprecian en diferentes áreas; y que la inquietud despertada abarca cada vez con más amplitud a personas, normas y territorios.

CAPÍTULO II

Objeto y finalidad del derecho comparado

■ Sección I El objeto del derecho comparado

Se ha dicho que, debido a la dificultad de establecer con propiedad el concepto del derecho comparado, no estamos en condiciones de precisar, a su vez, su objeto. Quizás, sin embargo, podríamos —o incluso deberíamos— sostener que el problema es el inverso: no ha sido posible establecer, hasta ahora, una definición única o mayoritariamente aceptada porque no se ha determinado con precisión su objeto.

Comoquiera que sea, lo cierto es que, en el ámbito de la especulación —al que se han remitido también, en buena parte, las inquietudes del derecho comparado—, se han vertido con profusión opiniones y criterios sobre su objeto. Tomados en conjunto, estos muestran más que un atisbo de soluciones, un panorama complejo y variado que, en cierta medida, desconcierta. Con el único propósito de exemplificar lo que acabamos de señalar, citaremos algunos de estos enunciados que, por otra parte, nos permitirán enfatizar la creciente importancia y difusión que esta disciplina va adquiriendo. Pues, si bien es verdad que un excesivo número de definiciones y referencias a su objeto entraña una falta de madurez por parte de una disciplina, no lo es menos

que una abundancia de criterios e inquietudes implica también interés y una innegable relevancia.

La cita que a continuación nos permitiremos hacer, ayuda, igualmente, a resaltar la vitalidad que ostenta el Derecho Comparado en nuestros días. Nombres famosos, ligados a las más significativas conquistas y a los más versados estudios en el campo genérico del Derecho, pertenecientes a las más variadas nacionalidades y dueños de un nombre que ha trascendido las fronteras de sus respectivos países, son los que a continuación aludiremos:

René David (francés) manifiesta que: “El objeto del derecho comparado es el derecho extranjero, para conocer la forma cómo ha sido concebido y cómo se lo aplica”.

Antonio Hernández Gil (español), considera que el objeto del derecho comparado “está constituido por los derechos diferentes examinados con criterio comparativo, a fin de conocer cómo ellos se manifiestan y buscar el modo de armonizarlos”.

Enrique Martínez Paz (mexicano), dice: “El objeto del derecho comparado es el derecho”.

Naojiro Sujiyama (japonés), con minucioso detalle, clasifica las posibilidades del objeto del Derecho Comparado, de la siguiente manera:

- Primera clasificación: En función de las ramas jurídicas a las que puede aplicarse: Todas las ramas, indistintamente; Sólo las ramas que pueden estudiarse de idéntica manera.
- Segunda clasificación: En función de sistemas y tendencias de las legislaciones: las similares; las diferentes.
- Tercera clasificación: En función de los derechos extranjeros: En conjunto (el derecho de un país cualquiera, íntegramente considerado); en materias determinadas (Derecho Civil, o Penal, o Laboral).
- Cuarta clasificación: En función de las relaciones jurídicas: solo internas; internas y externas.

N.C. Gutteridge (inglés), habla de que el derecho comparado, “es el estudio, por el método comparativo, de los preceptos o de las reglas de Derecho de dos o varios sistemas, sobre una materia dada”.

Frantisek Weyr (checo), estima que el objeto del derecho comparado es “el contenido concreto de los diversos sistemas jurídicos que nos permiten delimitar los derechos y deberes tipos y comprobar las diferencias existentes entre los diferentes Derechos y lo que les es particular”.

Intencionalmente nos abstendremos de hacer críticas o comentarios sobre las opiniones que hemos transcrita, las mismas que recogen lo más generalizado del pensar a este respecto, a fin de que cada lector saque sus propias conclusiones. Vale la pena, sin embargo, que reparemos en cuando menos tres aspectos de interés:

1. Que, de modo general, los autores que hemos mencionado, al fijar el objeto del derecho comparado, esbozan, paralelamente, un concepto del mismo;
2. Que la mayoría de ellos hace referencia a sólo el derecho legislativo, limitando con ello, considerablemente, el avance y las posibilidades de confrontación, porque se ven ladeados el jurisprudencial y el consuetudinario; y,
3. Que, desde luego, sin llegar a confundirlos, pero también en un buen número, los juristas que se refieren al objeto mencionan al mismo tiempo la finalidad del derecho comparado.

Aquel enfoque amplio y genérico propuesto por el mexicano Enrique Martínez Paz, de considerar que el objeto del derecho comparado es el derecho, así, a secas, sin adjetivos que lo limiten, parece ser el más adecuado y el que mayor acogida ha tenido, sin que lo dicho signifique que carezca por completo de objeciones. No obstante, es innegable que, precisamente por la amplitud que ofrece, otorga la posibilidad de satisfacer a los más exigentes espíritus.

De todos modos, si reflexionamos en la mayor objeción que se hace a este criterio —consistente en señalar que el término *derecho* es equívoco y, por consiguiente, no permite la imprescindible precisión—, habremos de coincidir en que, en efecto, así es. La palabra castellana *derecho*, proveniente del

latín *directus*, ofrece un buen número de acepciones, como sucede, quizás, con la mayoría de las palabras de todos los idiomas. Consecuentemente, respecto de la materia que nos ocupa, tendríamos que reparar en que también el derecho comparado, integrado en su propia denominación por el término en cuestión, ofrece tantos matices y posibilidades de llevarse a cabo que merecería, igualmente, una adecuada aclaración.

René Rodière, uno de los más célebres comparatistas de nuestros días, sostiene que, al tratar de fijar el objeto del derecho comparado, ha encontrado la presencia de dos notorias “paradojas” —como él las llama—: una relativa al término “derecho” y otra referida al término “comparado”. Si lográsemos precisar y delimitar su contenido, estaríamos, al mismo tiempo, estableciendo el alcance propio de su objeto.

La ambigüedad del término derecho

Es verdad establecida por la lógica, antes que por la lingüística, que la inmensa mayoría de las palabras que componen un idioma se presentan como dotadas de una doble, triple o incluso más significaciones. Pero, por supuesto, existen unas que ofrecen mayor equivocidad que otras, y bien podemos decir que, en castellano, la palabra *derecho* es una de ellas, porque presenta diversos ángulos desde los cuales puede mirarse, requiriendo, por lo mismo, acudir al contexto en que aparece para captar correctamente su significado circunstancial.

- En sentido objetivo, el término *derecho* significa norma o conjunto de normas. En sentido subjetivo, en cambio, designa una prerrogativa o facultad.
- Si lo utilizamos para referirnos al derecho civil, mercantil o penal, estamos hablando de ramas o áreas concretas del mundo jurídico.
- Cuando mencionamos el derecho antiguo, medieval o contemporáneo, le atribuimos un significado temporal o histórico.
- A veces se lo identifica con la ley, y en otras ocasiones se emplea para designar todo el ordenamiento jurídico vigente en un país.
- También se lo utiliza como sinónimo de impuesto, cuando decimos, por ejemplo, “derecho de aduana” o “derecho de matrícula”.

Si trasladamos al derecho comparado toda esta gama de posibilidades de entender el término *derecho*, ya podemos imaginarnos las dificultades que de ello se derivan, más aún si a todo eso sumamos las inquietudes propias de los comparatistas, que reparan también en el hecho de que no todos los pueblos, ni siquiera todos los juristas, coinciden en determinar qué debemos entender por derecho.

La “paradoja” a la que alude Rodière radica precisamente en el hecho de que, cuando se habla de derecho, no todos entendemos lo mismo, a pesar de que podamos estar refiriéndonos, exclusivamente, al campo o área de lo jurídico. Para algunos —y no por capricho—, el derecho se restringe únicamente a las normas legales vigentes en un momento dado, es decir, se lo confunde con la ley. En ciertos casos aparece, además, otra limitación o, cuando menos, una variación en su comprensión, pues para unos debe ser la norma vigente ahora, mientras que para otros también puede constituir derecho, a efectos de la comparación, una regla que estuvo vigente en el pasado, aunque hoy se haya convertido únicamente en un precepto de carácter histórico.

No obstante lo anotado, existe un consenso mayoritario en cuanto a que el término *derecho* abarca un campo más amplio, puesto que dentro de su alcance se incluyen, además de la ley, las normas de carácter consuetudinario y aquellas que proceden de la jurisprudencia o de cualesquiera otras fuentes debidamente reconocidas en cada sistema o familia jurídica.

Hay quienes consideran que el término *derecho* resulta tan extenso que cubre íntegramente todas las posibilidades de las reglas que, por alguna razón, caen dentro del ámbito de lo jurídico: las actualmente vigentes, las que rieron en un tiempo pretérito e incluso aquellas que tienen la expectativa de llegar a serlo, ya sea porque se encuentran dictadas y aprobadas por la o las instancias correspondientes pero aún no han entrado en vigencia, al contemplarse un plazo para ello; ya sea porque en una sociedad surgen situaciones que reclaman con urgencia un tratamiento jurídico.

Abundando algo más en este campo, podríamos atrevernos a afirmar que hasta ciertos hechos y fenómenos capaces de generar o dar lugar a un derecho futuro estarían involucrados en esta noción. Es lo que, dentro de la filosofía del derecho, se ha dado en llamar lo *juridicable*, es decir, aquello que por el momento no constituye el contenido formal de una norma, pero que está en condiciones de llegar a serlo.

Este concepto de lo *juridicable*, que ha tenido amplia acogida entre los juristas de nuestros días, establece que son los fenómenos sociales humanos y las realizaciones de los grupos los que, por su propia naturaleza, están destinados a servir de fundamento para el establecimiento de reglas de conducta. Son, pues, hechos o fenómenos que, por sí mismos, por el valor que encierran y por el impacto que producen en la vida social, parecen reclamar que el derecho los tome en cuenta, dando lugar, tarde o temprano, a la presencia de ciertas reglas de carácter jurídico.

A manera de conclusión, podemos decir que, enfocado el vocablo *derecho* desde una acepción con un carácter de temporalidad, estamos en condiciones de hablar de un derecho presente o vigente, de uno pasado o histórico y de uno futuro o en proceso de consolidación. Desde un punto de vista espacial o geográfico, entendemos que tiene el mismo rango y la misma disposición para ser identificado como derecho todo ordenamiento jurídico, ya sea de aquí o de allá, de dentro o de fuera de un Estado, hallándose también, en consecuencia, en la posibilidad de ser tomado en cuenta para la confrontación.

En efecto, se puede comparar tanto un derecho nacional con uno o varios extranjeros, como entre diversos derechos extranjeros; pero también, indiscutiblemente, entre reglas de un mismo derecho interno, pues nadie podrá negarnos la atribución de poner frente a frente dos o más disposiciones, instituciones o incluso términos pertenecientes a una sola legislación.

Si todo lo anteriormente consignado cuenta, como en efecto lo tiene, con visos de realidad, surge el siguiente interrogante: ¿cómo es posible hablar de un objeto preciso y concreto respecto del derecho comparado?

La posición más acogida por los juristas, y en particular por los comparatistas, es la de tomar el término *derecho* en su sentido más amplio y generoso, que permita, por lo tanto, involucrar dentro de él todas las posibles referencias que pueda abarcar, aunque ello suponga incurrir en una incontable proliferación de posibilidades.

Finalmente, nos parece interesante mencionar, en este punto referente a la ambigüedad del término *derecho*, un enfoque especial que nos propone el tratadista japonés Noda, cuando alude a la posibilidad de entenderlo bajo un doble criterio: uno optimista y otro pesimista.

El criterio optimista: Es el que prima en Occidente, señala Noda, donde de un modo prácticamente unánime se considera al derecho como el mejor medio, como el instrumento más adecuado y eficiente para solucionar los conflictos que se presentan dentro de la sociedad. Es, asimismo, en este hemisferio donde se estima al derecho como el camino más idóneo para el establecimiento de relaciones firmes y seguras entre el Estado y los individuos, así como entre los individuos entre sí. Todo esto se explica en razón de que la llamada civilización occidental se ha habituado a organizar su vida en común y a dirimir sus controversias al amparo de una norma jurídica. Quizás esta actitud se deba al prestigio ganado por el Derecho Romano y, posteriormente, por el Derecho Canónico, que sucesivamente intervinieron con acierto, allanando el camino hacia una plena captación del derecho como marco adecuado de las relaciones sociales.

El criterio pesimista: Según Noda, esta es la visión que predomina en Oriente, donde el derecho desempeña más bien un papel supletorio, pues solo ha de ser empleado cuando los conflictos y diferencias entre los individuos no han podido resolverse mediante otras normas, como las del trato social o las de carácter moral. El propio Japón constituye un ejemplo ilustrativo: su sociedad ha procurado y procura todavía en la actualidad solventar los asuntos y problemas de índole personal mediante reglas de cortesía, consideradas absolutamente prioritarias y, por ende, de mayor jerarquía que las jurídicas.

La proverbial delicadeza del japonés encuentra su explicación y su razón de ser en esta ancestral forma de comportamiento. El honor, la dignidad, el respeto, la tolerancia y la tradición son, entre otros, los móviles que impulsan al ser humano en general a conducirse de una u otra manera y que, en el caso particular del oriental, lo sujetan a formas de actuar irrenunciables. El derecho, por lo tanto, ocupa un lugar secundario, al que se recurre únicamente como último recurso, casi como demostración de que todo el ordenamiento social y los principios que lo sustentan se han quebrado o descompuesto sin remedio.

Podríamos aventurarnos a sostener que, en el fondo, no se trata propiamente de un criterio pesimista acerca del Derecho, pues si se lo concibe como la instancia a la que puede recurrirse cuando todos los demás medios han fracasado, se le está reconociendo, en realidad, un rango especial y singular. Lo que existe, a nuestro juicio, es más bien una distinta actitud de confianza o de desconfianza hacia el Derecho como instrumento idóneo para la solución de los conflictos.

La ambigüedad del término “comparado”

Más que una ambigüedad o equivocidad en sentido estricto, lo que se advierte en torno al término “comparado” es una cierta dubitación respecto de la forma o modo en que debe practicarse la confrontación jurídica. En efecto, si bien parece claro que lo que ha de compararse es el Derecho en su acepción más amplia, queda pendiente precisar cómo ha de realizarse tal operación: ¿de manera indiscriminada, reuniendo sin criterio todo lo que se presenta bajo un ropaje jurídico, o, por el contrario, mediante una clasificación sistemática del material a confrontar, atendiendo a áreas, enfoques, tiempos de vigencia u otros criterios?

La respuesta a esta pregunta resulta crucial, pues de ella depende la posibilidad de dar sentido, rigor y utilidad científica a la labor comparatista. No se trata de acumular datos normativos, sino de organizarlos, depurarlos y disponerlos de tal manera que permitan responder con acierto a los múltiples interrogantes que plantea la comparación.

En este contexto, diversos tratadistas han señalado que la confrontación jurídica puede realizarse, al menos en su forma primaria, de dos maneras: vertical y horizontal. La primera supone el análisis de instituciones, normas o sistemas en el transcurso del tiempo, es decir, a través de su evolución histórica; la segunda, en cambio, se orienta a la comparación sincrónica de instituciones jurídicas pertenecientes a distintos ordenamientos vigentes en un mismo momento.

El primero, llamado indistintamente *vertical, histórico o temporal*, que toma como criterio definidor a las diversas etapas por las que ha atravesado determinado tipo de Derechos, en su recorrido a través de los períodos de su aplicación, enmarcados a su vez, en las épocas o edades por las que el mundo mismo, en su devenir constante, ha transitado. Así podemos hablar de un Derecho Antiguo, Medieval, Moderno o Contemporáneo, en función de los períodos de la Historia general. Así podemos hablar, igualmente, de un Derecho Preincaico, Precolonial, Colonial, Gran Colombino o Republicano, si con el mismo criterio temporal nos referimos a la historia concreta de nuestro país. Siguiendo esta directriz, la comparación tendría que hacerse tomando al Derecho de un país o de una región, en sus distintas épocas.

El segundo, denominado *horizontal, geográfico o espacial*, establece como principio de base, que hay que referirse, en la confrontación, a los derechos

que han regido o están rigiendo en un tiempo determinado, pero en territorios diferentes. Lo que aquí cuenta, es la expansión de las sociedades sobre la superficie del planeta, para conocer y relacionar a las Legislaciones que en cada pueblo existen o han existido, dentro de un mismo período. En función de este criterio podríamos comparar los derechos vigentes en varios países, el momento actual, o podríamos referirnos al Derecho que imperó en los estados medievales, por ejemplo.

Es indudable que estas dos posibilidades de llevar a cabo la comparación de derechos pueden relacionarse, vincularse entre sí y, en consecuencia, mezclarse, dando como fruto una tercera aptitud de confrontación, que vendría a llamarse oblicua, tangencial o mixta, y en la que se combinarían indiscriminadamente el tiempo y el espacio, o lo que para el efecto es lo mismo, la historia y la geografía; es decir, podríamos comparar las legislaciones de diferentes pueblos y de distintas épocas, lo que, bajo los lineamientos de las dos posiciones mencionadas anteriormente, no habría sido posible realizar. Con esta nueva perspectiva, más amplia y, por supuesto, más real, bien se podría entonces comparar, por ejemplo, las normas jurídicas del Imperio romano con las del carolingio, con las de las *Siete Partidas*, con la legislación india y con nuestro Código Civil.

De este modo, la posibilidad de confrontación de derechos se ve ampliamente acrecentada y, consecuentemente, también el objeto del derecho comparado. Con esto estaríamos en condiciones de afirmar, al mismo tiempo, que, ciertamente, el objeto del derecho comparado viene a ser el derecho *in generis*, es decir, el derecho en su más amplia y generosa acepción.

Sección II La finalidad del derecho comparado

Al hablar, en el capítulo anterior, sobre el derecho comparado considerado como agente simplificador de las legislaciones, aludimos necesariamente a su finalidad más alta: provocar la reducción o simplificación de los derechos hasta lograr la presencia de uno solo en el mundo. Desde el mismo momento de la aparición del derecho comparado se consideró que no debía tenérselo como una simple inquietud ilustrativa o como un medio para saciar afanes enciclopedistas, sino como un instrumento eficaz que permitiera arribar a un propósito claro y considerado como singularmente positivo.

Tratadistas como Saleilles, Lambert y Lévy-Ullmann, que se cuentan entre los iniciadores de la inquietud comparatista del derecho, le otorgan una finalidad clara y específica: “encontrar un medio práctico de mejorar el derecho existente”.

Pero es a raíz de este pronunciamiento cuando se plantea el problema al inquirir si el derecho comparado debe perseguir únicamente ese fin práctico o si, más bien, debe preocuparse de descubrir los principios jurídicos universales de la humanidad. En esencia, se manifiestan dos tendencias fundamentales:

- La primera, universalista y teórica, busca establecer arquetipos para la creación de un derecho universal, común a todos los seres humanos.
- La segunda, restringida y práctica, tiende a su vez a la unificación legislativa, al mejor conocimiento del derecho nacional, a la comparación de las legislaciones, buscando antecedentes y deduciendo consecuencias que procuren aglutinarlas en sistemas o grupos jurídicos homogéneos.

De la misma manera que, respecto del objeto, citamos algunos criterios de consagrados tratadistas, nos permitimos a continuación transcribir, igualmente sin comentarios, ciertas referencias a la finalidad del derecho comparado.

Martínez Paz designa como fin teórico: “llegar a conocer el derecho vigente, haciendo un inventario paralelo de las disposiciones de los códigos y leyes, y fundar por la comparación un derecho común válido para todos los pueblos de una cultura determinada”.

René David se expresa de manera ambigua al señalar: “Los juristas pueden emplear el derecho comparado para los fines más diversos...”; aunque se muestra algo más concreto cuando afirma que “este método (el ‘derecho comparado’) persigue una buena comprensión internacional del derecho”.

H. C. Gutteridge asigna al derecho comparado un fin eminentemente práctico bajo una triple modalidad: primero, como factor de relación entre los pueblos; segundo, por su utilidad para la reforma legislativa; y tercero, como medio para alcanzar una adecuada educación jurídica.

Naojiro Sujiyana dice al respecto: “para poder concebir la razón de ser del derecho comparado, es preciso admitir que la aproximación sistemática de los derechos, mediante el derecho comparado, constituye al menos uno de los fines y uno de los elementos esenciales de este”.

Hoy bien puede afirmarse que, superados los primeros inconvenientes producidos por la especie de desorientación que trajo la novedad de un derecho comparado en formación, se habla de modo general de la necesidad de establecer para él una meta más alta, más significativa.

Este propósito, esta finalidad, se ha fijado en la unificación de los derechos en el mundo; es decir, en la reducción de esa multiplicidad que actualmente existe por el hecho evidente de que cada país, e incluso a veces cada región de un país ostenta un derecho diferente, una legislación particularizada que muestra al globo terrestre convertido en una especie de gran mosaico. Intentar una reducción, procurar una unificación de esas regulaciones resulta ser una tarea que, para unos, es factible, mientras que para otros no pasa de ser una utopía; de lo cual se sigue que podemos hablar de dos tesis: una afirmativa y otra negativa.

La tesis negativa

Quienes consideran que la finalidad del derecho comparado es una utopía argumentan que en el mundo actual no solo existe una tendencia marcada hacia la diversificación, sino que es evidente la presencia de esta; continuamente aparecen ramificaciones en todos los órdenes de la actividad religiosa, política y filosófica, ofreciendo, en consecuencia, una incontable variación en los fundamentos mismos del derecho, cuyos ingredientes o factores inciden en la diferenciación que existe entre los hombres.

Las normas jurídicas, en efecto, para su integración obedecen a principios morales, culturales, sociales y económicos. Además, al presentarse estos con diferencias sustanciales dentro del mundo contemporáneo, es obvio entender que, necesariamente, también las normas jurídicas, en consonancia con esas bases de sustentación diferentes, habrán de ser distintas unas de otras.

Se sostiene asimismo que, si bien es cierto que el hombre es igual por naturaleza en cuanto a su esencia, también lo es que le es inmanente una desigualdad que atañe tanto a los caracteres físicos como a los psíquicos que integran la personalidad humana, tipificando la individualidad de cada ser. De allí

que se afirme, precisamente, que cada ser humano es un universo aparte, al que no se lo puede encasillar dentro de un mismo molde ni apreciarlo con idéntica medida.

Se señala, además, que siendo el derecho uno de los instrumentos para el cumplimiento de los fines del Estado, debe estar en consonancia con las características propias de la población y del territorio que integran ese Estado, e incluso con las del gobierno que detenta el poder, los cuales, lógicamente, son diferentes en cada país.

Se dice, en fin, que, por las circunstancias que fueren, lo objetivo y palpable en el momento actual es una asombrosa variedad en todos los órdenes, que ofrece la imagen de un mundo carente de unidad y cohesión. Enfrentamientos de toda índole, querellas y antagonismos, incluso dentro de aquellos grupos o sociedades que, en principio, deberían guardar una unidad total, constituyen el testimonio cotidiano de diferencias que existen naturalmente o han sido creadas por artificio, ahondando el distanciamiento entre los hombres y los pueblos, y enfatizando, en consecuencia, la necesidad de contar con legislaciones distintas y particularizadas.

Por lo tanto, la pretendida unidad jurídica que busca establecer el derecho comparado para todos los seres humanos no pasa de ser una simple aspiración, un ideal que, por lo mismo, nunca podría ser alcanzado.

La tesis afirmativa

Quienes, por el contrario, participan del otro criterio y consideran que la unificación del derecho es perfectamente factible, a pesar de las heterogeneidades que ofrece el mundo contemporáneo, exponen dos tipos de argumentos: unos de carácter teórico y otros de orden práctico.

Los primeros aluden a la igualdad esencial del hombre, establecida y reconocida al margen del tiempo y de la geografía, puesto que en toda época y en cualquier lugar el ser humano, precisamente por poseer esos caracteres esenciales comunes, ostenta iguales aspiraciones, inquietudes y necesidades básicas en torno a las cuales gira todo el proceso de realización de su vida. Si esto es así, ¿por qué no hablar entonces de una legislación universal a la que se encuentren sometidos todos los seres humanos? La mejor respuesta a este interrogante es, sin duda, la existencia comprobada y reconocida del derecho

natural, actualmente otra vez en auge, aunque se lo pretenda encubrir con otros nombres, como el de derechos humanos, tan en boga en nuestros días.

También se hace referencia a otro hecho evidente: la gran capacidad del hombre para adaptarse al medio y a las circunstancias. Aquella afirmación de que “el hombre es animal de costumbres” resulta plenamente comprobada cuando vemos a diario a una persona aislada o a un grupo que, abandonando su tierra, su entorno material, psíquico y espiritual, arriba a otros lares donde cambian las costumbres y los modos de vida, y que, por necesidad de integrarse a otras comunidades, aunque sea transitoriamente y por su voluntad o en contra de ella, ha de someterse a las reglas de conducta establecidas por esa sociedad. Lo cierto es que, aunque en principio esas normas les parezcan raras, extrañas o incluso absurdas, terminarán acatándolas y, acaso, hasta acomodándose y congraciándose con ellas una vez superado el desconcierto inicial.

Los argumentos de tipo práctico, a través de los cuales se pretende robustecer los razonamientos y puntos de vista teóricos de esta tesis —que hemos llamado afirmativa— no solo abundan en ejemplos, sino que procuran confirmar los enunciados formulados al respecto, aludiendo a realidades plenamente constatables que desempeñan un papel muy importante en el mundo contemporáneo. Desde el punto de vista de nuestra asignatura, muestran, además, la posibilidad indiscutible de esta unificación jurídica perseguida y, ojalá algún día, plenamente plasmada por el derecho comparado.

La continua presencia de “integraciones” que en diversas áreas espirituales o geográficas se han dado y se mantienen en el mundo actual, al menos como un esperanzador recuerdo, ha originado la existencia de un derecho común a los pueblos involucrados, especialmente en ciertas ramas. Únicamente a manera de ejemplo, y con la sola intención de ilustrar lo que acabamos de afirmar, nos permitimos anotar los siguientes casos:

- La existencia de la *Commonwealth*, que, de acuerdo con el Estatuto de Westminster de 1931, es una libre asociación de Estados soberanos que, si bien carece de constitución escrita, forma, sin embargo, una comunidad de intereses, de ideales y, por supuesto, de regulaciones jurídicas, a pesar de su diversidad geográfica, racial y cultural.

El Pacto Subregional Andino, actualmente integrado por cinco países del área, en cuyos territorios rigen como ley común —cuando menos teóricamente, para la industria y el comercio— las decisiones del Acuerdo de Cartagena, revisadas, enmendadas y complementadas por otras resoluciones y por legislaciones internas derivadas del compromiso.

- En Centroamérica se logró, hace algunos años, una real —aunque pasajera— unificación legislativa en aspectos concernientes a la educación, las finanzas, la diplomacia y los correos. Incluso se habló de llegar a la unidad monetaria. Desgraciadamente, injerencias de orden político echaron por tierra tales aspiraciones y los logros que se habían alcanzado.
- La vigencia del Código Sánchez de Bustamante en quince países del orbe es, igualmente, una muestra de la posibilidad de unificación legislativa.
- La robusta presencia de la Comunidad Europea en Occidente, a la que paulatinamente van accediendo más países y que hace converger sus intereses de toda índole hacia una clara identificación económica, cultural, jurídica y administrativa, ha provocado una verdadera unificación legislativa con la presencia, incluso, de un Parlamento y de una Corte de Justicia especial, llamada a conocer casos de los ciudadanos de cualquiera de sus Estados integrantes. Este es, quizás, el mejor ejemplo de integración, porque hasta las barreras del idioma han sido superadas con éxito.
- Cuando Gamal Abdel Nasser derrocó al rey Faruq de Egipto y creó en 1958 la RAU (República Árabe Unida), iniciando su política de panarabismo, dio lugar a una unificación robustecida por el sentimiento religioso del islam.
- En el área del derecho mercantil hallamos prácticamente una legislación de vigencia universal cuando nos referimos a los títulos ejecutivos, como el cheque, la letra de cambio y el pagaré a la orden.
- Otro logro en materia de unificación lo encontramos, por fin, respecto del derecho aéreo y del marítimo, que, por sus propias naturalezas, exigen consonancia en su contenido y ejecución en todo el mundo.

Todo lo anteriormente dicho nos servirá de pauta para que podamos, con libertad, pronunciarnos afirmativa o negativamente respecto de si esta alta finalidad del derecho comparado —la unificación de derechos en el mundo— es, en verdad, factible o se trata solo de un ideal inalcanzable.

Las funciones del derecho comparado

Para algunos comparatistas, finalidad y función se presentan como términos sinónimos. Preferimos usarlos bajo un enfoque semántico diferente, que nos haga ver la finalidad como un propósito último, como un objetivo que implica la culminación de una tarea, y la función como la tarea misma, como el trabajo que nos permite arribar a una meta o finalidad prevista. Así mirado el asunto, podemos hablar, con René Rodière, de la existencia de dos funciones propias del derecho comparado: una documentaria y otra normativa.

La función documentaria

Consiste en una necesaria, más aún, imprescindible preparación o captación de conocimientos sobre los derechos que van a ser materia de una confrontación. Quien pretenda comparar dos o más cosas, cualesquiera que estas sean, requiere, como paso previo, conocer aquello que va a comparar. En el caso de dos o más legislaciones, es menester que primero sepamos qué dicen, cómo operan; en suma, que sepamos de qué se trata.

Se ha dicho que esta función resulta ser una simple banalidad, una erudición hasta cierto punto insustancial, demostrando con ello lo absurda que resulta la crítica gratuita, porque ni siquiera estamos en capacidad de pensar en la posibilidad de comparar algo que no conocemos. ¿Cómo podríamos averiguar semejanzas o diferencias entre dos o más objetos —dos o más legislaciones, en este caso— si no sabemos previamente en qué consisten?

En consecuencia, esta labor o función, que hace que el comparatista primero se “documente” o conozca aquello que va a comparar, no puede ser un trabajo vano ni de simple enciclopedismo, sino el obligado punto de partida para una labor seria y efectiva.

La función normativa

Sabemos que el derecho comparado no es un derecho positivo y, por consiguiente, no constituye un conjunto de normas. ¿Cómo, entonces, hablar de

una función normativa del derecho comparado, si este no manda, no prohíbe ni permite nada?

Podría, en efecto, parecer un contrasentido, pero en la realidad no lo es. Aunque el derecho comparado no sea un conjunto de reglas, estudia, sin embargo, las existentes y hasta las futuras, con el propósito de determinar su eficacia y de tender a la unificación, “aconsejando” cuál es la más conveniente o cuál sería la más apropiada para una circunstancia determinada. Esta función normativa debe entenderse, entonces, desde un punto de vista de orientación y no de mandato; ha de estimarse como un criterio de selección y no de imposición.

Las formas de actuar humanas son regidas de distinto modo en el mundo, y es lógico suponer que habrá unas mejores y otras peores. La labor del derecho comparado consiste en presentar un examen exhaustivo y con conocimiento de causa sobre esas soluciones o reglas, y en posibilitar una elección que, sin lugar a duda, va produciendo intercambios y trasplantes jurídicos que conllevan la simplificación o la unificación de las legislaciones.

CAPÍTULO III

Factores que atañen al derecho comparados

Consideramos oportuno y procedente manifestar, a manera de introducción, que con este encabezado se quiere y se aspira a englobar, del modo más armónico posible, en este capítulo, lo referente a tres distintas áreas capaces de suscitar por sí solas, el interés y el material suficientes para que a cada una de ellas se la dedicara un estudio aparte.

Sin embargo, en función del espíritu de simplificación al que hemos invocado desde el inicio de este trabajo y habiendo encontrado ideas y términos que nos den pie para proceder a una amalgama más o menos homogénea de estos asuntos, intentaremos concretarlos en esta sola referencia, no obstante el necesario tratamiento propio que les daremos, haciéndolos constar en secciones separadas, que son las siguientes:

- **Sección I:** Factores que posibilitan la aplicación del método comparativo al estudio del Derecho.
- **Sección II:** Factores que posibilitan la unificación del Derecho en el mundo.
- **Sección III:** Factores que obstaculizan la unificación del Derecho en el mundo.

Como bien puede apreciarse por sus denominaciones, se trata de temas diferentes, incluso antagónicos, como el caso de los dos últimos. Sin embargo, al poder ser aludidos, todos tres, con el mismo término “factores”, que hace de denominador común, hallamos la posibilidad de asociarlos y referirnos a ellos dentro de un sólo capítulo.

■ Sección I

Factores que hacen posible la aplicación del método comparativo al estudio del Derecho

Breves referencias al método

Sabemos que, por su propia definición etimológica, *método* significa “camino que conduce a un fin”. Se dice también que, enfocado desde otra posible raíz semántica, significa “persecución”, es decir, aquello que va o nos lleva tras algo. En ambos casos, el método debe entenderse como un procedimiento que sigue la mente, el espíritu humano, para alcanzar un propósito. En el campo de la investigación general, podríamos afirmar, entonces, que, gracias al método, estamos en condiciones de avanzar en pos de la verdad.

Igualmente, sabemos que existen dos métodos básicos: el deductivo, que nos lleva desde verdades de tipo general a otras de tipo particular, y el inductivo, que, por el contrario, va de lo particular a lo general. Dentro de la inducción, como subespecies de ella, encontramos el método genético y el comparativo, que fundamentan su labor investigativa en el examen de las cosas concretas, en el aporte que brinda la experiencia, para luego, merced a la razón, proyectarse en un conocimiento general y relacional.

El método comparativo es, en consecuencia, un proceso inductivo que requiere, para llegar a enunciados de orden general, del examen exhaustivo y adecuado de elementos individualizados; en el caso de nuestro estudio, de derechos pertenecientes a áreas concretas. Sería un despropósito pretender que el derecho comparado pueda extraer enunciados y conclusiones sobre semejanzas y diferencias, sobre eficacia o ineficacia de ciertas normas, si no las conoce primero, si no las analiza y examina con la minuciosidad requerida. Esta necesidad de poner una legislación frente a otra, de lograr que las cualidades y detalles de cada una sean apreciados y confrontados, resulta ser el rasgo esencial del derecho comparado. De ahí que, conforme lo hemos

señalado, una de las corrientes que trata sobre el concepto de esta disciplina la considere, simplemente, como “el método comparativo aplicado al estudio del derecho”.

Hemos aludido, con cierta insistencia, a la finalidad máxima del derecho comparado, consistente en la unificación de legislaciones en el mundo, a la cual solo podremos llegar cuando, confrontadas las normas, procuremos que se acentúen las semejanzas que entre ellas existen, al mismo tiempo que se desvanezcan las diferencias. De ahí que resulte fundamental el hecho de que un estudio comparativo aspire, sobre todo, a establecer y resaltar todo aquello que de común tengan las reglas comparadas. Confrontar dos o más legislaciones con el propósito exclusivo de buscar y encontrar diferencias no solo no encaja en la naturaleza misma del derecho comparado, sino que reniega, en general, de ese espíritu de simplificación inherente al ser humano.

La aplicación del método comparativo al estudio del derecho, con propósitos encaminados a lograr su unificación, puede llevarse a cabo gracias a la presencia de dos factores decisivos en esa búsqueda y anhelo de integración y concordancia. Ellos son:

- a) Las uniformidades naturales.
- b) La comunicación histórica.

Las uniformidades naturales

Llamadas también “paralelismos culturales” por algunos autores, especialmente sociólogos, son ciertas manifestaciones de conducta y de sus regulaciones que se presentan en forma idéntica en pueblos que nunca tuvieron contacto alguno, al menos históricamente comprobado, y que más bien desarrollaron sus respectivas vidas alejados tanto espacial como temporalmente. Las propias denominaciones escogidas para designar este fenómeno resultan lo suficientemente claras y explícitas como para eximirnos de más largas explicaciones al respecto.

Hay numerosos ejemplos capaces de ilustrar plenamente esta especie de coincidencia en cuanto a la concepción de la vida y sus regulaciones, que se ha dado en diversos pueblos carentes de contacto o conexión. Citaremos, en primer lugar, el hecho de encontrar instituciones como la *genka* griega, la *gens* romana, el *sin* chino, el *clan* iroqués, el *calpulli* azteca y el *ayllu* andino, que, siendo una de las primitivas formas de agrupación social —consistente

en la familia ampliada por diversas razones y modos—, se manifiestan casi como una repetición necesaria en todos los pueblos, sin importar su ubicación ni su grado de civilización.

Otro ejemplo, quizás más claro y conocido, es el que nos muestra la identidad de concepción y de regulaciones que, sobre el gobierno y la sucesión dinástica, tenían egipcios e incas. Las épocas y áreas geográficas en que florecieron estas dos culturas son totalmente diferentes; sin embargo, ambas partían del criterio teocrático de considerar al faraón y al inca, respectivamente, como dioses vivientes, como encarnación misma de la divinidad. Por consiguiente, con el propósito de no contaminar su sangre y con miras a preservar la pureza del linaje, sus matrimonios o uniones, llamados a perpetuar la dinastía a través de herederos y sucesores, debían realizarse con mujeres de la propia casa, ligadas, por lo tanto, por lazos de parentesco consanguíneo que, mientras más cercanos eran, mejor se consideraban. De ahí que, de preferencia, el faraón y el inca contrajeran matrimonio con sus propias hermanas.

En suma, estas uniformidades naturales o paralelismos culturales, a los que nos hemos referido, sirven, sin duda, como bases de sustentación para que pueda llevarse adelante la aplicación del método comparativo al estudio del derecho, pues, al partir no solo de semejanzas, sino de verdaderas identidades, es posible alcanzar y relacionar, con miras a la mencionada simplificación, tanto el aspecto formal de las normas como, sobre todo, los criterios y principios en los que se sustentan. El hecho mismo de iniciar la investigación contando con la certeza de que, siendo la naturaleza humana la misma a través del tiempo y de la geografía, se dispone de la seguridad necesaria para avanzar en el esfuerzo compaginador primero y luego unificador que caracteriza al derecho comparado.

La comunicación histórica

Representa la fase contraria del factor señalado anteriormente, porque, mientras allí se establecía el condicionamiento de que no existiera —comprobada por la historia— conexión alguna entre un pueblo y otro, aquí se exige que esos contactos e interrelaciones de unas gentes con otras constituyan una realidad histórica plenamente establecida, que muestre las mutuas repercusiones de ese conocimiento y trato.

Cuando personas pertenecientes a dos o más pueblos se conocen, comienza, tras el recelo y la resistencia iniciales, un intercambio de inquietudes,

sentimientos, ideas, modos de ser, formas de vida y, además, de los objetos materiales que forman parte del comercio. Ese intercambio va situando a tales personas y a sus comunidades respectivas primero en un plano de comprensión, luego en uno de cooperación y finalmente en uno de verdadera integración, acabando por hacer comunes las necesidades, las preocupaciones y las soluciones encontradas para ellas.

El derecho es, por supuesto, una medida que busca dar soluciones a los problemas y conflictos que se presentan en una sociedad; es un instrumento de organización de un grupo y es, además, fruto de la actividad cultural. Por lo tanto, es susceptible de ser intercambiado, de ser trasplantado de una sociedad a otra y, consecuentemente, puede echar raíces, aclimatarse y prosperar normalmente para dar frutos o, por el contrario, perecer al encontrar que la nueva tierra no le ha sido propicia. Generalmente, por ser comunes las necesidades de los hombres, la o las maneras de enfrentarlas se vuelven también colectivas, y aquella norma que, por diversas circunstancias, se presenta como la más atinada resulta ser la que mayor respaldo y popularidad consigue. Pronto será, sin duda, la más imitada, la mejor observada y la más difundida, dando así una idea de unidad espiritual que es, por supuesto, conatural a la especie humana.

Lo dicho nos invita a reflexionar sobre la necesidad, casi inconsciente, de efectuar una comparación continua de lo que cada pueblo tiene y muestra como propio, también en este campo de la legislación —sea ella escrita o consuetudinaria—, para concluir cuál es la norma más acertada, más justa o adecuada y, en consecuencia, la más digna de ser seguida.

La historia está llena de ejemplos de estos contactos que, procurando el conocimiento mutuo, propician a su vez la selección de formas de vida y la elección de las reglas que han de controlarlas: el caso ya citado del envío de los *decemviro*s desde Roma a Grecia para que seleccionaran lo más significativo y necesario de las regulaciones establecidas por Solón, Licurgo, Clístenes, Pericles y otros tantos caudillos-legisladores de esas tierras, a fin de integrar un cuerpo de leyes homogéneo, lo que en verdad se consiguió con la promulgación de la famosa *Ley de las Doce Tablas*, de la que tan orgullosos estuvieron siempre los romanos.

El trasplante del derecho español a sus colonias de América, en su versión original o a través de las célebres regulaciones de las *Leyes de Indias*. La implantación del derecho inglés en la India o en Australia, con un vigor y una

pujanza tales que hasta hoy permanecen adscritos a la familia de la *common law*. La difusión del Código Napoleónico por casi todo el mundo occidental, en un afán de sus gobernantes de ponerse a tono con las exigencias políticas, sociales y técnico-jurídicas de esa época. En nuestros días, una corriente incontenible de interrelaciones de toda índole y entre todos los países ha dado lugar a un natural conocimiento e intercambio de opiniones, criterios, principios y hasta de reglas mismas, lo cual no hace sino confirmar la presencia permanente de este factor que provoca y estimula la confrontación del derecho en todos los niveles.

Sección II

Factores que posibilitan la unificación del derecho en el mundo

Llevar a cabo una tarea que propicie la confrontación, no de manera exclusivamente formal y teórica, sino con el propósito de obtener conclusiones que permitan, a su vez, arribar a logros o realizaciones más elevados — como la unificación de derechos vigentes en el mundo— constituye un esfuerzo que requiere no solo de la capacidad del investigador, sino también de las circunstancias que rodean esa labor. El éxito que podamos obtener como recompensa de tal esfuerzo depende, sin lugar a dudas, tanto de la persona que lo realiza como de la oportunidad con que se ejecute dentro de su medio y de su quehacer cotidiano. Sin embargo, junto a esos ingredientes, es menester contar con la presencia de ciertos factores que, indiscutiblemente, inciden de una manera u otra en el trabajo, sea cual fuere su contenido y finalidad.

En lo que concierne al estudio comparativo del derecho, existen factores que, siendo ajenos a la capacidad y al empeño del comparatista, y extraños también a las circunstancias en las que se realiza el trabajo, concurren para facilitarlo o entorpecerlo en su objetivo de propiciar la unificación del derecho en el mundo.

Los factores que favorecen la confrontación, haciéndola más efectiva, expedita y provechosa en función de ese objetivo, suelen clasificarse en dos grandes categorías: *endógenos* y *exógenos*.

Factores endógenos

Son aquellos que se dan dentro del propio conglomerado humano que se procura estudiar, como algo exclusivo y perteneciente a su patrimonio cultural e histórico, y que le permite, en consecuencia, ostentar su genuina personalidad, su fisonomía particular, que le proporciona individualidad y lo hace aparecer como un ente aparte, distinto.

Dentro de esos factores endógenos está el hecho de que, por naturaleza y por una innata curiosidad, el hombre y las sociedades miran con mayor atención lo que está fuera de su entorno más cercano, quizás precisamente porque se trata de algo que no está cotidianamente a su alcance y no forma, por tanto, parte de su “circunstancia” habitual. Generalmente, lo que ya nos pertenece, lo que hemos usado como propio, aquello que “está a mano”, va agotando el atractivo inicial que nos hizo esforzarnos para conseguirlo, como si hubiera perdido el encanto que nos produjo el deseo de poseerlo. Lo nuevo, en cambio, ejerce, por contraste, una especie de deslumbramiento que nos atrae y provoca un casi inconsciente afán de verlo y admirarlo, aunque terminemos por no conocerlo plenamente.

No siempre esta atención que ponemos en las cosas ajena implica que reconocemos en ellas una superioridad o una ventaja respecto de las nuestras, aunque resulta frecuente encontrar personas para quienes todo lo que viene de fuera es mejor, más valioso que aquello que constituye la fuente de su auténtica realización cultural. Por contraste, asimismo, existen individuos que niegan abiertamente —a veces incluso la consistencia objetiva de lo ajeno—, encerrados en la orgullosa convicción de que solo lo propio, lo que de alguna manera cae dentro del ámbito de su patrimonio, es lo que contiene valores de cualquier índole.

Lo que hemos dicho de las personas, de los individuos, puede extenderse a los grupos humanos, a los pueblos. De acuerdo con lo que hemos señalado en torno a este nuevo enfoque de la psicología, se advierte la existencia de sociedades que se vuelcan con entusiasmo hacia lo extraño, lo imitan, lo asimilan, lo copian; en suma, lo hacen suyo y permiten, con esa apertura de ánimo, la generalización de un uso, de una moda, de una forma de ser, de una expresión, de un comportamiento, de una ley.

Habrá también, por supuesto, pueblos impermeables a ese tipo de rendición o acomodo a los modos de vida que no les pertenecen; sociedades que buscan conservar su propia identidad —unas conscientemente y otras inconscientemente—, que unas veces por timidez y otras por vanidad cierran toda puerta a la posibilidad de que algo extraño pase a convertirse en forma propia de vida y de actuación. En este segundo caso, no habrá difusión, casi ni conocimiento real de lo que proviene de fuera y, por lo tanto, tampoco habrá asimilación ni generalización. En cambio, en el primer caso, todos los aspectos mencionados se dan con tal magnitud, constancia y fuerza que posibilitan el afincamiento de esas cosas nuevas, las cuales, poco a poco, dejan de ser extrañas para incorporarse al patrimonio social y acaban por identificarse plenamente con él.

Dado que estamos hablando de los “factores que posibilitan la unificación del derecho”, resulta obvio que nuestro interés se centre en aquellos que, haciendo propicia la intercomunicación humana, arrojan como saldo favorable un intercambio de modos de vida, dentro de los cuales se encuentran las reglas de conducta que, siendo seguidas y respetadas por una comunidad, se acoplan a las realidades sociales de otra y la sirven con igual o parecida eficacia, ejerciendo, a la corta o a la larga, un poder de convicción tan fuerte que acaba por imponerse, determinando la implantación de ese derecho extraño. Tal implantación, desde luego, no implica necesariamente que deba manifestarse solo a través del convencimiento —que supone un cabal entendimiento de lo que acontece—, sino que deja también a salvo la posibilidad de que se produzca por obra y gracia de situaciones inconscientes o incluso no queridas por la comunidad.

El constante ir y venir de los hombres sobre la superficie del planeta, desde su aparición en él, ha sido el factor determinante para el intercambio de productos, ideas e inquietudes. Diversos tipos de interés han entrado en juego a lo largo de milenios y, en función de ellos, esos intercambios han surtido o no los efectos anhelados. El viejo refrán, que más que tal es una lección y una advertencia: “Al país que fueres, haz lo que vieres”, tiene vigencia hoy, la tuvo ayer y la tendrá mañana. Significa, entre otras cosas, que el ser humano, con su capacidad de adaptación, está en condiciones de variar su conducta habitual —a veces radicalmente— y acoplarla a otras manifestaciones de vida, aunque solo sea circunstancialmente.

Entraña también, por otra parte, un consejo respecto de nuestras conductas individuales en medio de un mundo extraño, pues nunca ha sido prudente

actuar de modo insólito, rompiendo patrones y cánones plenamente establecidos y practicados en sociedades ajenas a la nuestra. Es preciso, por lo mismo, reparar en la práctica de una imitación que, al igual que otros elementos analizados, bien puede ser ejercida conscientemente o practicada, quizás por instinto, de un modo no pensado ni querido.

Cuando un extranjero permanece entre nosotros, aunque sea pasajeramente, y a la inversa, cuando nosotros nos introducimos en una sociedad extraña, aparte de la prudencia aconsejada por el refrán, y luego del inicial impacto que desconcierta y sorprende —sobre todo si el contraste entre nuestra habitual manera de comportarnos y lo que “hacen los otros” es demasiado marcado—, se habrá de producir, querámoslo o no, consciente o inconscientemente, una confrontación de la que necesariamente han de brotar conclusiones que, luego, serán compartidas y comunicadas, y, si es posible, difundidas a través de la demostración de esas nuevas formas de vida captadas y aprehendidas, aunque no siempre lleguen a ser practicadas.

En conclusión, la curiosidad, el interés y la imitación podrían ser considerados, por todo lo que hemos venido diciendo, como los factores endógenos propios de un grupo humano determinado que posibilitan el conocimiento, propician la comparación y, sobre todo, hacen factible la unificación de comportamientos y, por ende, la simplificación del derecho en función de esa homogeneización de las conductas.

Factores exógenos

Se trata, como es natural, de factores contrarios a los anteriormente examinados. En consecuencia, si los otros —los endógenos— significaban una propiedad, un patrimonio especial de una sociedad, algo que se daba en su interior, estos —los exógenos— se caracterizan por ser ajenos, extraños al grupo, es decir, venidos desde fuera.

Lo que procede del exterior y se incardina en un medio o grupo social distinto puede hacerlo bajo dos modalidades diferentes: una, con el agrado, la aceptación o, cuando menos, la tolerancia por parte del grupo que recibe la influencia; y otra, sin contar con esa anuencia o especie de visto bueno del grupo receptor. Ambas representan un traspaso de costumbres, formas de vida y comportamientos; en el caso del derecho, constituyen un trasplante de reglas y disposiciones que, en procura de una mejor solución para problemas comunes, se repiten en diferentes lugares.

En lo referente a la primera modalidad, esto es, la del trasplante jurídico con anuencia del grupo receptor, habremos de encontrar, a su vez, dos variantes: la adopción y la adaptación.

La adopción significa que la transposición de normas se practica en forma integral, como un auténtico trasplante, consistente en llevar de un sitio a otro un vegetal y resembrarlo sin modificaciones, sin podas ni recortes. El nuevo suelo será el que, posteriormente, contribuya a cualquier tipo de cambio a través de los elementos que aporte para la constitución de la savia mantenedora de su vida y vigor. Tal es el caso del nuevo Código Civil turco, que no es sino el Código Civil suizo de 1960, puesto en vigencia por el Parlamento de Turquía en 1965 sin modificación alguna.

La adaptación, por su parte, implica que al elemento transplantado se le hagan, antes de volver a sembrarlo, algunos cambios y podas, a fin de acomodarlo lo mejor posible a la nueva circunstancia en la que se lo ubica. Dicho de otro modo, mientras en la adopción se recibe el derecho tal como es, sin beneficio de inventario, en la adaptación hay un examen previo y la aceptación se vuelve selectiva, pues, si bien una buena parte se admite sin discusión, otra se modifica hasta adecuarla a la nueva situación. Así ocurrió con los diversos códigos civiles de los países hispanoamericanos que, tomando los criterios y, en buena parte, el propio texto del Código napoleónico, elaboraron sus particulares y conocidas versiones, de acuerdo con sus necesidades y urgencias.

La segunda modalidad contempla la posibilidad de que un derecho rija simultáneamente en dos o varios territorios, pero sin contar con la aceptación de los miembros del grupo receptor, que más bien se ve cominado y obligado a acatarlo, soportando incluso el empleo de la fuerza ante su rechazo. Esta modalidad se designa con el nombre de imposición, porque implica una obligatoriedad proveniente no del aparato coercitivo interno del Estado, sino de una fuerza extraña y superior que obliga a seguir un determinado camino. Ejemplo de ello es el derecho implantado en territorios conquistados u ocupados, como la imposición de España e Inglaterra en sus colonias de América, o como ocurrió hasta hace poco con los países de Europa Oriental bajo el régimen socialista de Moscú.

Estas diversas clases de trasplante, que, como hemos visto, son producto de una intromisión —espontánea o planificada, acertada o desacertada, conve-

niente o inconveniente, pero intromisión al fin—, muestran claramente la injerencia de factores exógenos que favorecen la integración del derecho en el mundo y propician su unificación.

El derecho que se trasplanta es, de por sí, un elemento exógeno, foráneo; pero lo son también, y constituyen igualmente un factor de unificación jurídica, ciertas circunstancias que corresponden a un orden internacional basado en relaciones de tipo social, comercial, político, religioso, técnico y científico, que cada día aparecen o se intensifican, entre otras razones por la necesidad de dar a un objeto o fenómeno igual un tratamiento especial y homogéneo, por muy disímil que sea el modo de pensar de los hombres.

Así, la necesidad de aprovechar cada vez mejor el recurso natural del petróleo ha determinado, como no podía ser de otra manera, una unificación de criterios en cuanto a su obtención, explotación, refinación y comercialización; y, como resultado de ello, una consecuente unificación de normas, nacidas del consenso, de la necesaria imitación o de la obligada sumisión de quienes, en cada país o región favorecida con la presencia de este recurso natural, deben conducir su administración.

El perfeccionamiento cada vez mayor de los medios de comunicación y de transporte, que han confirmado la presencia de una verdadera vocación cosmopolita del ser humano de nuestro tiempo, es, sin duda, un factor que ha generado una interrelación que, cada día, por encima de diferencias y conflictos, hace aflorar un marcado sentimiento de solidaridad humana que posibilita, como obligada consecuencia, una unidad reflejada también en la simplificación de enfoques, criterios y, por supuesto, de reglas de conducta social. Lo que acontece al otro lado del mundo, lo sepamos de inmediato querámoslo o no, no puede dejarnos indiferentes.

La conquista del espacio, las nuevas técnicas de cultivo, la exitosa lucha contra las enfermedades, el avance constante en el campo de la computación son conquistas que traen ventajas para todos, no solo para quienes las descubren o las ponen en práctica. Por otra parte, el hambre que padecen millones de personas en la India, las sangrientas ocupaciones de territorios por tropas extranjeras, las guerras entre pueblos vecinos o entre facciones de una misma nación, los cambios en la conducción económica, política o cultural de los pueblos de cualquier parte del globo y sus correspondientes reformas jurídicas

cas no son problemas exclusivos de “esas gentes y esos lugares” son también nuestros problemas y fuente permanente de nuestras inquietudes.

Este clima de logros y angustias compartidos va propiciando que el mundo se integre, que la humanidad se sienta cada vez más consciente de su común origen y destino, tratando, en consecuencia, de igualar el paso para una marcha conjunta, armónica y solidaria. El derecho no escapa a esta inquietud ni a esta aspiración; muy por el contrario, en muchos casos sirve de punto de partida para una verdadera y eficaz simplificación de la conducta humana.

En resumen, a tenor de las consideraciones enunciadas, se puede afirmar que, a pesar de todo cuanto se manifieste o se haga en contrario, existe una evidente tendencia a la unificación jurídica y que a ella contribuyen, de modo indiscutible, tanto los factores endógenos como los exógenos, que en breves rasgos hemos procurado enunciar y determinar, sin que pretendamos, en modo alguno, haberlos agotado ni analizado a plenitud. Queda, como es lógico suponer, un amplio campo para la especulación y la ejemplificación de los mismos, tarea a la que cordialmente invitamos a todos los lectores.

Sección III Factores que obstaculizan la unificación del derecho en el mundo

Junto a los factores que posibilitan la unificación del derecho, surgen otros que, por mucho que quisiéramos que no se evidencien, no podemos soslayarlos ni restarles la importancia y la fuerza que indiscutiblemente poseen. Cumplen una tarea contraria, consistente en obstaculizar e impedir esa unificación jurídica a la que venimos aludiendo como aspiración máxima del derecho comparado. Claro está que es posible neutralizarlos o, al menos, atenuar su intensidad, aunque sea de manera pasajera; pero no basta con la simple toma de una decisión para superarlos y, menos aún, resultaría viable ignorarlos, porque, si teóricamente puede parecer factible lo uno o lo otro, en la práctica se levantan como barreras, a veces infranqueables.

Son múltiples esos factores que ejercen un papel negativo en el proceso de unificación del derecho; sin embargo, enmarcados como estamos en un afán de simplificación y de síntesis, nos será permitido reducirlos solamente a tres: *religiosos, psicológicos y geográficos*.

Factores religiosos

El sentimiento religioso de cada persona —y, en un sentido más general, de cada pueblo o sociedad— es, sin duda, el más profundamente enraizado, el que de un modo más fuerte y decisivo se halla adherido a su propio ser, hasta el punto de que resulta imposible prescindir de él cuando se trata de analizar y comprender su personalidad. El creyente, es decir, el hombre que profesa y proclama una religión —y a él hemos de aludir necesariamente cuando hablamos del sentimiento religioso—, hace, o al menos trata de hacer, de su fe el centro mismo de la vida, la guía o pauta de su acción, el punto de partida y la culminación de su existencia. Su conducta estará normada prioritariamente por ese conjunto de reglas de carácter general que se deducen de los dogmas y principios que la inspiran, y que han servido de gran matriz para la elaboración de otras normas, como las de carácter moral.

Los principios religiosos, quizá precisamente porque se hallan ligados de manera íntima al ser esencial del hombre, son los que con mayor énfasis y pasión se sostienen y defienden, a despecho de las corrientes materialistas de todos los tiempos y a pesar de la tibieza o indiferencia con que, en determinadas épocas —la nuestra entre ellas—, se ha pretendido abordar la natural inclinación del espíritu humano hacia la religión, cualquiera que sea. De un creyente se puede esperar que ceda posiciones políticas, que renuncie a ciertas categorías filosóficas, que transija con algunas actitudes éticas poco ortodoxas, que incluso claudique de principios de orden meramente social, como la cortesía o la buena educación; pero jamás que burle aquello que atañe a sus convicciones religiosas. Ciertamente, se han dado casos en los que, a causa de determinadas circunstancias, frente a alguno o algunos de sus semejantes, se las oculte de manera formal o externa, como lo hizo Pedro al negar a Cristo tres veces antes de que cantara el gallo; pero, interiormente, tal negación no se produce, porque toda creencia está ligada a la más absoluta intimidad, donde la conciencia actúa como el más estricto e insobornable juez.

Es evidente que una actitud de esta índole resulta reprochable y antirreligiosa, pues todo principio de este tipo impone también el deber de hacer coincidir lo que se piensa con lo que se practica exteriormente. En el ámbito religioso, la intimidad de la conciencia se convierte en guía y motor de toda actuación humana. Sin embargo, lo que queremos destacar es que no siempre las manifestaciones de velada o abierta negación de la religiosidad de una persona responden a una auténtica y consciente renuncia de sus principios. Por supuesto, existen también abjuraciones y conversiones reales, como la de san Pablo; pero nadie puede ocupar el sitio desde el cual calificar o determinar su autenticidad, sinceridad o plenitud, salvo el propio interesado y la divinidad que todo lo conoce.

En el ámbito de las creencias religiosas, y al margen de la intensidad con que puedan manifestarse, se da siempre un anhelo casi instintivo de superación espiritual por parte de quien las profesa, precisamente para tratar de acercarse —si no identificarse— con el ideal prescrito en la doctrina que tales creencias patrocinan. Este rasgo esencial de toda religión es el que mayor jerarquía le otorga en el plano de la normatividad y la hace aparecer, en consecuencia, como más digna de ser seguida y respetada. La esperanza de un más allá ligado a la felicidad de contemplar a Dios o de fundirse con el Brahman —en el caso del cristianismo y del brahmanismo, respectivamente—, o el temor de verse condenado a los tormentos del infierno en una vida ultraterrena como castigo por los actos cometidos en la vida terrenal, otorgan a la norma religiosa un poder superior al de cualquier otra, haciendo que sea más fielmente observada.

Fundamentada en todos estos aspectos, la adhesión que el ser humano otorga a los principios y normas de la religión se presenta como más firme y sólida, propiciando un aferramiento lógico que, en ocasiones, desemboca en un fanatismo que impide no solo la comprensión de otras creencias o posiciones, sino incluso la tolerancia elemental hacia aquello que, de algún modo, atente real o supuestamente contra tales principios. Sin embargo, no es necesario llegar al fanatismo; basta la entereza y la convicción necesarias para comprender que una cosa es la tolerancia, el respeto o la cordura, y otra muy distinta es el renunciamiento, la cobardía o la postura cómoda que consiente el atropello.

La convicción religiosa, que entraña sinceridad, buena disposición de ánimo y confianza en un Ser Supremo otorga valor, fuerza, dignidad y coraje a quien la posee. La historia está llena de ejemplos, tanto individuales como colec-

tivos, de hombres y pueblos que han preferido sacrificar bienes y valores, incluso la vida o la libertad, antes que claudicar de sus principios religiosos, situados en el más alto nivel de la jerarquización de bienes y valores.

Este no pretende ser un alegato ni una defensa de la religión en general, ni de alguna en particular, sino un breve y objetivo examen que permita comprender cuán fuerte y significativa es su práctica y cómo, en consecuencia, se erige en un serio obstáculo para la unificación del derecho en el mundo. En él conviven múltiples religiones cuyos fieles, no por fanatismo o aberración, sino por plena convicción, no permitirían que se las margine ni que se conculquen sus principios. Los casos del pueblo católico de Polonia en medio de un comunismo ateo, al que acabó resistiendo y superando, o de la igualmente católica Irlanda frente a un derecho y un sistema de inspiración anglicana, bien pueden servir como ejemplos actuales de la fuerza de una convicción religiosa.

Si toda religión se manifiesta íntimamente ligada a la esencia misma del ser humano, es lógico entender que todo el pensar, el hacer y el sentir de este han de sujetarse y moldearse bajo el cobijo de su creencia, incluso en aquellos casos y asuntos en los que, aparentemente, el principio religioso no entra en juego. La religiosidad no cubre tal o cual parcela de la vida humana: la cubre en forma integral y definitiva. Y aunque el derecho, desde la Revolución francesa hasta nuestros días, se presente como laico y halle mérito en ello, debemos entender que la laicización del derecho no significa otra cosa que dejar de estar sometido a la férula y hegemonía de la autoridad eclesiástica, pero nunca un divorcio de los principios de la religión que practica el pueblo al que se aplican las normas jurídicas.

Por el contrario, para que un cuerpo de normas jurídicas pueda ser catalogado como eficiente, como bien logrado y como merecedor de respeto efectivo, ha de recoger en su texto y consignar en sus preceptos aquello que la sociedad considera más valioso y digno de ser practicado. De ahí que siempre el sentimiento religioso de los pueblos haya constituido uno de los más consistentes ingredientes del derecho. Y no hablamos únicamente de aquel que rige en países como Arabia Saudí o Irán, donde la norma religiosa y la jurídica se hallan confundidas en las prescripciones del Corán, sino también del llamado derecho laico de los países occidentales, donde el cristianismo caló, y todavía cala, muy hondo en la conciencia de sus pueblos. Un claro ejemplo podría ser el caso de nuestra Constitución, en cuyo texto el Parlamento debió incluir nuevamente la invocación a Dios.

Congeniar en un solo derecho los mandamientos disímiles de las religiones que hoy se profesan es quizá imposible; sin embargo, es menester tener presente que, en el fondo de ellas, laten principios de un cálido humanismo que les son comunes y que bien podrían —como en alguna medida ya lo han hecho— orientar la integración de un gran cuerpo de leyes universales. No obstante, malhadadamente, el mundo, o, mejor dicho, quienes gobiernan sus parcelas geopolíticas, prefieren reparar en lo que nos separa, aun siendo secundario, y no en lo sustancial que nos une. Por ello, resulta incuestionable el aserto de que los factores religiosos impiden una real unificación del derecho; aunque debe aclararse que la responsabilidad no recae en ellos mismos, sino en las erradas formas de encarar la vida por parte de quienes confeccionan las normas jurídicas que rigen a los Estados.

En la vida diaria se presentan casos de verdadero enfrentamiento entre religión y derecho, como cuando se legisla sobre la eutanasia, el aborto o la pena de muerte. Estas instituciones no son, ni pueden ser, aceptadas por algunas religiones, entre ellas el cristianismo; en cambio, son consagradas como algo normal y necesario por ciertos preceptos jurídicos. En este conflicto de principios e intereses, ¿cuál debe prevalecer: la religión o el derecho? Para un creyente firme, no hay discusión ni dudas. Pero, en este caso, no se trata de un pronunciamiento de prevalencia, sino de comprender que, en efecto, al provocarse enfrentamientos y suscitarse divisiones de criterios y opiniones, se deduce objetivamente que las creencias religiosas pueden, en determinados momentos y casos, constituir un obstáculo para la unificación jurídica.

Factores psicológicos

En la moderna psicología se está utilizando el recurso de paragonar al individuo con el grupo, guiados por el propósito de otorgar al conjunto, en lo que a la vasta gama de elementos intelectivos, afectivos y volitivos se refiere, las cualidades, reacciones y denominaciones que, en principio, solo conciernen al individuo. Bajo tal perspectiva se habla de la personalidad no solo como esa especie de carta de presentación de un ser humano, sino también como el “modo de ser” característico de un grupo o comunidad. Resulta, entonces, frecuente escuchar que existen pueblos con tal o cual carácter o temperamento; que son inclinados al ocio o al trabajo, a la meditación o a la vida despreocupada; pueblos, en fin, en los que prepondera un sentimiento o una inclinación intelectual, de la misma manera que ocurre con una persona natural.

Se establecen así uno o varios rasgos característicos que permiten identificar a esa sociedad, rasgos que, al igual que en el individuo, no parten exclusivamente de su morfología o de su aspecto somático —que, en definitiva, resultan intrascendentes, sobre todo para la psicología—, sino de todos aquellos elementos que integran y conforman su naturaleza anímica.

Cada persona, en efecto, posee un determinado grado de inteligencia, tiene asimismo una forma particular de exteriorizar sus sentimientos y, finalmente, es dueña de una voluntad que se manifiesta en diferentes grados e intensidades. Es menester advertir, además, que tales ingredientes del psiquismo no se presentan aislados ni se dan con independencia absoluta frente a otros factores igualmente decisivos. Por el contrario, existe una marcada intercomunicación e interacción de las facultades del ser humano, que solo mediante abstracción pueden ser tratadas separadamente.

Conviene también reparar en que, por muy propias que sean de la interioridad de cada uno, las manifestaciones anímicas se patentizan merced a la presencia de estímulos que provienen del mundo exterior y que constituyen la “circunstancia” del yo que actúa. Por lo tanto, hemos de concluir que la constante manifestación de los fenómenos psicológicos no es algo simple, sino, al contrario, un proceso cargado de complejidad y nutrido de la más amplia gama de proyecciones.

Frente al objeto *derecho*, cada persona reacciona de modo diferente. Lo capta y lo estima con diversa intensidad. Su aplicación se realiza en función del impacto psicológico que produce en el sujeto, conforme lo han demostrado varios tratadistas. Piaget, por ejemplo, tomando en consideración la edad del individuo, establece un verdadero cuadro del comportamiento humano en el que la motivación psicológica desempeña un papel decisivo para el cumplimiento o incumplimiento de lo que la norma jurídica prescribe:

- *De la niñez hasta los ocho años:* el niño acata lo que el derecho manda por imitación, porque observa que los mayores se comportan de esa manera.
- *De los ocho a los dieciséis años:* observa la regla porque la concibe como una especie de juego inventado por los adultos, juego en el que estos resultan vencedores. Bajo el influjo de un temor reverencial, acepta “perder” en dicho juego, dejando para el futuro la oportunidad de desquitarse.

- *Desde los dieciséis años hasta una edad no definida:* con la madurez y la estabilidad emocional incipiente, el joven actúa siguiendo sus propios impulsos. Considera estar en plena capacidad de discernir y, por tanto, “sabe” lo que debe hacer: obedecer o no los preceptos legales. Lo más común es la segunda opción, pues a la juventud caracterizan la rebeldía, la inconformidad y la crítica a lo que se percibe como arbitrariedad de los mayores. Piaget sostiene, como otros psicólogos, que son estos motivos los que provocan la llamada delincuencia juvenil: no solo el incumplimiento de las normas, sino la oposición consciente a ellas como forma de afirmar la personalidad. Aunque esta conducta sea generalizada, existen también quienes cumplen las normas por razones diversas, de modo que la compatibilidad o incompatibilidad psicológica del joven con los adultos de su entorno determina su acatamiento o incumplimiento.
- *En la etapa de la madurez:* el ser humano, generalmente, cumple los preceptos por propia convicción. Reconoce que las reglas permiten la convivencia armónica y que, a pesar de ser algunas de ellas inconvenientes, inconsultas o incluso injustas, posibilitan, no obstante, un orden de certeza que orienta la marcha conjunta de la sociedad hacia un fin.

Todo lo dicho respecto de la edad —tomada aquí como ejemplo para demostrar las variantes en el modo en que las personas perciben el derecho— puede generalizarse y extenderse a otros aspectos. La edad no es sino una de tantas circunstancias que, como el grado de religiosidad, el nivel cultural, la intensidad de la vigilancia policial, la concordancia o discrepancia política con el régimen de turno, el sexo, la profesión, el estado civil, entre otras, colocan al individuo en una perspectiva que posibilita un modo subjetivo y particular de apreciar, captar, enjuiciar y cumplir lo que el derecho dispone.

De lo hasta aquí expresado en torno al factor psicológico, parece oportuno concluir que cada persona tomada en el campo de la individualidad y cada pueblo, como expresión de una colectividad, posee su peculiar vida anímica y vive, en el más amplio sentido, en función de esos rasgos psicológicos que lo caracterizan y lo vuelven único, irrepetible. Su actuar será, igualmente, singular y las normas que lo dirigen mostrarán un sentido propio, acaso semejante al de otros hombres u otros pueblos, pero obviamente marcado por su propio y caracterizante sello. Esto nos hace ver, claramente, que los

factores psicológicos habrán de constituirse en verdaderas vallas que, en ocasiones, no sólo obstaculizan, sino impiden la unificación de derechos en el mundo.

Factores geográficos

El Estado, ese ente jurídico-político que, mediante una abstracción, se establece como resultado de la fusión de tres elementos básicos —territorio, población y gobierno—, no solo crea el derecho, sino que también sirve de marco de aplicación al mismo. El primero de esos elementos, el territorio, es decir, el suelo que constituye escenario material para el asentamiento de la población y la actuación del gobierno está, por su propia naturaleza, adscrito, para su estudio, a la geografía. Esta es la razón por la cual dicha ciencia ha sido necesariamente llamada a intervenir, a ser tomada en cuenta para una mejor y más adecuada estructuración del derecho.

Desde hace algunos años, la geografía, que tradicionalmente venía siendo considerada como una ciencia destinada de manera casi exclusiva a describir los aspectos físicos del planeta, volcó su contenido y su enfoque hacia otras dimensiones, comenzando a mirar con creciente interés y persuasiva insistencia los otros dos elementos que componen al Estado. Así han aparecido, y día a día van consolidándose, ramas nuevas que estudian la población y el gobierno, como la geografía humana y la geografía política, respectivamente. En otras ocasiones, cuando se trata de la riqueza del suelo, de los problemas urbanos o de la integración de grupos, surgen disciplinas nuevas como la geografía económica, la geografía urbana o la geografía social. Estas, al igual que las anteriormente citadas y otras que no mencionamos en esta breve relación —más bien ejemplificativa que exhaustiva—, se ocupan en detalle de aspectos específicos que antes apenas eran aludidos en la geografía general, hoy convertida en el gran tronco del que se derivan todas. Es verdad que otras disciplinas, como la sociología, ya hacían referencia a estos puntos, aunque con directrices y propósitos distintos.

Federico Ratzel, creador de la escuela socio-geográfica, al sostener que “la geografía determina fatalmente la suerte feliz o desgraciada de un pueblo”, dio origen al llamado determinismo geográfico, concepción que implica un indebido desconocimiento de las capacidades y potencialidades del ser humano, a quien considera irremediablemente atado y sometido a su circunstancia geográfica. Como todo extremismo, esta posición peca de exagerada. Nadie puede negar, no obstante, que la geografía —ya sea en su originaria

manifestación o bajo su actual carácter de frondoso y ramificado árbol— ejerce una fuerte e innegable influencia en el comportamiento, tanto individual como colectivo, del ser humano. Consecuentemente, las normas que regulan ese comportamiento estarán necesariamente influidas también por esta disciplina.

Cada parcela del globo terrestre cuenta con una estructura particular: con recursos naturales variados o con campos estériles e improductivos; con ventajas e inconvenientes propios; con un clima, una historia y una cultura que, aun no siendo exclusivos, exhiben peculiaridades que los hacen aparecer como singulares. Estos elementos crean un ambiente original en el que actúa un grupo humano que no puede abstraerse de esa realidad, la cual no solo le sirve de circunstancia para realizarse, sino que constituye la base insoslayable de su existencia. En muy pocas ocasiones, más bien de manera excepcional, una parcela geográfica se muestra homogénea. Lo frecuente y lo normal es encontrar variaciones constantes en la orografía y la hidrografía, en el clima, la vegetación y la fauna, a veces incluso dentro del mismo territorio que conforma un Estado.

Es innegable, por ejemplo, que las condiciones climáticas de las distintas regiones del globo determinan el uso de ciertas vestimentas y que, dentro de un mismo sector, esta necesidad varía por los cambios de estación, como ocurre en Europa. Nadie puede negar tampoco que el clima, al mismo tiempo que obliga al uso de determinadas prendas, reviste también a la persona de una cierta “indumentaria espiritual”, identificable tanto con un simple estado de ánimo transitorio como con algo más permanente, como el carácter o el temperamento. En suma, el clima —en este caso— y la geografía en general son causa de un estado psicológico que, como hemos visto, influye poderosamente en la estructuración del derecho.

Pero esto no es todo. No se requiere ser especialista en ciencia o arte alguno para advertir hechos tan elementales como los que acabamos de mencionar. Basta observar para comprender que las inquietudes, las preocupaciones, los esfuerzos, las ambiciones e incluso los sueños no pueden ser los mismos en quienes habitan el desierto —donde el sol calcina y el agua es una bendición— que en quienes viven en el páramo —donde apenas se conoce el sol y el agua se considera una molestia. Un pueblo que vive en una isla adquiere un modo de ser propio, distinto al que caracteriza al hombre que habita un país mediterráneo, pues su naturaleza se estructura y se proyecta en consonancia

con aquellos quehaceres que, por fuerza, debe realizar para adaptarse al medio. El mar o las montañas, que para unos constituyen el elemento cotidiano de su vida, son para otros algo exótico, lejano, extraño o incluso peligroso. Las condiciones en que se desenvuelve un pueblo cuyo suelo es rico en minerales son, por supuesto, diferentes a las de un país con predominio agrícola. Una es la forma de vida de quienes han alcanzado un desarrollo cultural, político, económico, social y cívico; otra, muy distinta, la de aquellos pueblos que por desgracia permanecen en situación de subdesarrollo. Del mismo modo, un territorio con densidad poblacional mínima no enfrenta los mismos desafíos que una región superpoblada, urgida de frenar la natalidad indiscriminada.

Todas las diferencias que hemos enunciado —y muchas otras vinculadas igualmente con la geografía, en alguna de sus ramas o enfoques— nos obligan necesariamente a pensar en la diversidad de formas que la vida ofrece, en los disímiles comportamientos que se practican a tenor de esas condiciones y, por lo mismo, en los distintos modos de regular tales comportamientos; es decir, en las peculiares manifestaciones del derecho que se hacen presentes como consecuencia de las evidentes diferencias constatadas. Es obvio deducir que cada comunidad, en función de sus propias características y circunstancias, de sus necesidades y problemas particulares, de su configuración física, de su integración poblacional y de la forma y tendencia de su gobierno, habrá de estructurar el derecho que considere más apto para resolver sus conflictos y administrar con mayor eficacia sus recursos.

Conviene recalcar, sin embargo, que a pesar de que la geografía se presenta como un obstáculo para la unificación jurídica en el mundo, pueden aprovecharse ciertos mecanismos que atenúen su influencia. De este modo, las dificultades que opone a la simplificación pueden ser superadas y, contrariamente a lo que cabría esperar en contra de esas barreras geográficas, puede lograrse que un mismo derecho llegue a regir más allá de las fronteras del territorio que inicialmente abarca, sin reticencias ni forzamientos. No obstante estas posibilidades de superar las limitaciones que la geografía impone, lo que salta a la vista —como consecuencia de lo expresado— es que, debido a esas diferencias geográficas, existe también una notoria y paralela diversidad en lo que respecta a las normas jurídicas. En consecuencia, estamos en la obligación lógica de reconocer que la geografía constituye un factor que atenta de manera significativa contra la unificación del derecho en el mundo.



Segunda parte

■ **Las grandes “familias
jurídicas” del mundo
actual**

Introducción

Un rápido vistazo en torno nuestro nos hará caer en la cuenta de que somos, socialmente hablando, partes integrantes de unos núcleos, de unos grupos humanos que, comenzando en la familia, se remontan hasta la humanidad misma, pasando, entre otras instancias intermedias, por el propio Estado que, desde el punto de vista jurídico-político, representa, sin duda, la organización mejor lograda. Cada Estado, en función de su soberanía y de su consiguiente capacidad para regular la conducta de sus súbditos, conforme ya lo hemos manifestado, crea su propio derecho.

Esto hace que encontremos en el mundo tantos derechos como Estados existan; es decir, una multiplicidad tal que solo enumerarla implicaría una ingente tarea, y más aún si nos propusiéramos compararlos en una hipotética posibilidad de examinarlos *in integrum* bajo la perspectiva de lograr algún provecho efectivo. La sola presencia de un número tan amplio y variado de normas jurídicas probablemente ahuyente, más que aliente, los buenos deseos de realizar un estudio comparativo, antes que interesar abiertamente en el abordaje de una empresa de este tipo.

No obstante esta visión apriorística, estudiosos de diversa nacionalidad, formación y tendencia jurídicas vienen realizando eficaces labores de compara-

ción en el vasto campo del derecho, lo que ha permitido integrar algunos esquemas o programas que, enfocando las normas desde ángulos particulares, ofrecen posibilidades de referencia global.

Así se han estructurado grupos o conjuntos de normas jurídicas, dentro de los cuales predominan en el momento actual las leyes escritas; por ello, sin temor a incurrir en sustancioso yerro, podemos hablar genéricamente de “legislaciones”, conforme ya lo manifestamos en capítulos anteriores. En efecto, bajo diferentes términos que procuran representar mejor el esfuerzo de aglutinamiento hecho por los tratadistas, se reúnen varios ordenamientos que, debido a sus semejanzas y relaciones, integran “familias” y “sistemas”, como se denomina en el más usual de los lenguajes empleados por los estudiosos.

La palabra *sistemas* es la que mayor difusión ha alcanzado, a tal punto que podríamos considerarla oficializada dentro de la terminología utilizada por los tratadistas. René David, por ejemplo, designa así a los grupos que considera los más homogéneamente integrados y, por supuesto, a los que en el mundo actual han adquirido mayor significación. El título de su obra más importante sobre derecho comparado, *Los grandes sistemas de derecho contemporáneo*, es altamente revelador a este respecto. Sin embargo, él mismo utiliza también el término *familia*, con fines de mayor alcance didáctico, para identificar a aquellas más amplias y abarcadoras agrupaciones de derechos que muestran entre sí claras relaciones de parentesco.

De igual manera, Max Rheinstein, Eduard McWhiney y Harold J. Berman emplean este término al publicar sus estudios, hablándonos en plural de “Sistemas jurídicos”, “Sistemas de la *common law*”, “Sistemas de derecho codificado” y “Sistemas socialistas”, respectivamente, con lo cual dan a entender que, siendo varios los sistemas que integran un conjunto determinado, ese conjunto aparece como el más amplio, incitándonos quizá a decir —con una nada recomendable redundancia— que se trata de un “sistema de sistemas”.

Por ello, consideramos más apropiado englobar las diversas manifestaciones jurídicas dentro de los vocablos *familias* y *sistemas*, dándoles a cada uno una significación especial. Así, *familia* denominaríamos al conjunto más amplio de derechos nacidos de un tronco único y, por lo mismo, poseedores de rasgos característicos comunes en función de sus orientaciones e influencias; *sistema*, a su vez, llamaríamos al grupo de derechos que, dentro de la familia correspondiente, ha adquirido una mayor concretización de ciertos caracte-

res que le proporcionan una consistencia especial y particularizada, capaz de ostentar autonomía y personalidad propias.

El sistema vendría a ser, en relación con la familia, aquel vástago que, alcanzando mayoría de edad o poder suficiente, se emancipa y forma un núcleo aparte, generador de nueva prole, pero manteniendo los vínculos fundamentales con la matriz en la que se originó. El sistema puede dar lugar a la presencia de *subsistemas*, exactamente como ocurre en las ramificaciones que se presentan en las familias, donde la fecundidad y el medio han permitido su eficaz reproducción.

Dentro de estas familias, sistemas y subsistemas ubicaremos los derechos pertenecientes a los diversos Estados, en un afán de simplificar la expresiva y abundante gama de estos, sabiendo, desde luego, que tal ubicación obedece a una apreciación personal, guiada por antecedentes históricos, técnicas empleadas y fundamentos ideológicos que acompañan a cada expresión jurídica en el momento de establecer su identidad. Todos estos aspectos son susceptibles, como es fácil imaginar, de mutaciones que, por falta de información o por haberse producido con posterioridad a la época del enfoque, tienen la capacidad de modificar la ubicación que a los derechos nacionales se les ha dado. En todo caso, buscamos guiarnos por un claro sentido de objetividad que, cuando menos de un modo aproximado, nos muestre un panorama general del mundo jurídico actual.

Tomando en consideración las más representativas catalogaciones que hasta ahora se han hecho y, particularmente, aquellas que se han establecido como esquema de los cursos de estudio que se desarrollan ininterrumpidamente en la Facultad Internacional de Derecho Comparado, en Estrasburgo, dejaremos establecido que existen, perfectamente consolidadas, en el mundo contemporáneo, seis familias de derechos: tres que pertenecen al mundo occidental y tres al oriental.

Aquello que distingue de modo categórico a estos dos grupos de derechos, establecidos en función de la geografía, es el hecho evidente de que, mientras a los primeros —es decir, a los occidentales— caracteriza un espíritu laico y, en algunos casos, incluso un atisbo antirreligioso en las normas, los segundos —esto es, los derechos orientales— se distinguen no sólo por la íntima relación existente entre normas jurídicas y normas religiosas, sino también por una efectiva confusión entre ellas, puesto que los preceptos o mandamientos que regulan el ámbito espiritual de las personas son, al mismo tiempo, las

reglas de conducta obligatorias que integran el cuerpo jurídico en el Estado correspondiente.

Las tres familias jurídicas occidentales son: la romanista o romano-germánica, la anglosajona o de la *common law* y la socialista. Las tres que, a su vez, corresponden al mundo oriental son: la hindú, la china y la islámica. De estas, sólo la islámica se mantiene viva, vigente en su pureza original y con claras manifestaciones de recuperación en el ámbito en el que otra vez se aplicara.

Las otras dos han corrido suertes diferentes, provocadas, sin embargo, por una misma causa: la influencia extranjera. La hindú conserva cierta vitalidad en algunas lejanas y tradicionales comunidades, como las del Punyab, aunque fue transformada por la fuerte influencia inglesa recibida desde la conquista iniciada en el siglo XVII; la china, en cambio, resta únicamente como un derecho histórico, al haber sido íntegramente borrada por una nueva legislación de tipo socialista.

En conclusión, en la actualidad podemos hablar de cuatro familias perfectamente caracterizadas y con una vitalidad efectiva. A ellas dedicaremos el presente estudio, siguiendo un orden cronológico de aparición en lo que respecta a los derechos occidentales y, en cuanto a los orientales, centrándonos en el derecho islámico. El análisis se organizará conforme al siguiente esquema:

- a) Referencia histórica
- b) Punto de partida
- c) Técnica
- d) Ideología
- e) Área de aplicación
- f) Área de influencia

El citado esquema nos permitirá enfocarlos del mismo modo, estableciendo para cada uno de ellos una especie de armazón o esqueleto idéntico al del otro, pero susceptible de ser revestido con el ropaje que particularmente les corresponde, a fin de poder componer, aunque en sus rasgos más generales, sus figuras o imágenes propias que nos permitan apreciar con claridad sus diferencias más notorias y trascendentales, y luego sacar las conclusiones pertinentes, como fruto de la comparación que pueda establecerse.

CAPÍTULO I

La familia romanista

Algo sobre la historia de roma y su derecho

Constituye, indiscutiblemente, el más antiguo y conocido de los grandes grupos jurídicos vigentes en la actualidad. Su raíz fundamental se encuentra, no solo en el nombre, sino también en la orientación y técnica, en el viejo Derecho Romano, que fue adquiriendo su sólida consistencia desde la época de la República. Durante este período se difundió por todo el territorio del mundo antiguo al que llegaron las huestes romanas, alcanzando su plena consolidación a lo largo del Imperio y logrando su expresión más alta y sistematizada con la obra de Justiniano, dentro del llamado Imperio Romano de Oriente, es decir, en el Imperio Bizantino.

Conviene, para una mejor comprensión de lo expuesto, y siempre con la motivación didáctica que guía estos *Apuntes* —escritos, como se ha señalado, con particular dedicación a los estudiantes de Derecho Comparado—, recordar, aunque sea de manera sucinta, los períodos en que suele dividirse la historia de Roma:

1. *Monarquía legendaria*: Comienza en el año 753 a. C., con la mítica fundación de Roma por los hermanos Rómulo y Remo. Comprende el tiempo en que gobernaron seis reyes más, además de Rómulo, y concluye en el año 509 a. C., cuando el último de estos monarcas, Tarquinio el Soberbio, fue destituido por los patricios, quienes instauraron la República.

2. *La República:* Se extiende desde el año 509 a. C. hasta la segunda mitad del siglo I a. C. Se caracteriza por un régimen en el que, si bien no se alcanzó una auténtica democracia en el pleno sentido del término —pues el dominio siguió en manos de los patricios—, se estableció un sistema jurídico con autoridades sujetas a límites temporales y obligadas a rendir cuentas por su gestión. Los cónsules, en número de dos y con un mandato anual, fueron los magistrados de mayor jerarquía.
3. *Los triunviratos:* Designan el breve período de transición entre la República y el Imperio, en el que diversas circunstancias político-administrativas desembocaron en un autoritarismo personalista que inició la etapa imperial. En este contexto, jefes militares, asociados con destacados civiles que les servían de respaldo político, ejercieron un poder casi absoluto. Son célebres los triunviratos integrados, respectivamente, por César, Pompeyo y Craso, así como por Octavio Augusto, Marco Antonio y Lépido.
4. *El Imperio:* se inicia oficialmente con Octavio Augusto en el año 27 a. C. y se prolonga hasta el 476 d. C., cuando la irrupción de los pueblos bárbaros culmina con la ocupación de Roma y, en consecuencia, con la caída del Imperio. Antes de ese desenlace, en el año 395, el emperador Teodosio lo dividió en dos: el Imperio Romano de Occidente, que mantuvo a Roma como capital y fue heredado por su hijo Honorio, y el Imperio Romano de Oriente, adjudicado a su otro hijo, Arcadio, que tuvo como capital a Constantinopla. Este último, con Justiniano ya en el siglo VI, se consolidó como el célebre Imperio Bizantino, cuya existencia se extendió a lo largo de toda la Edad Media.

No sólo el Derecho, como una de las más altas expresiones de la cultura romana, sino en general toda su civilización, sufrió con la irrupción de los pueblos bárbaros el mayor descalabro de su historia. El odio y la animadversión acumulados durante siglos tomaron su revancha natural, iniciándose una verdadera persecución y destrucción de todo cuanto, a lo largo del tiempo, se había edificado como fundamento de un orden racionalmente establecido y como expresión de un sentimiento que se había refinado en el crisol de aquellas centurias. La única institución que se mantuvo en pie y que sirvió de asilo y fortaleza a esa civilización fue la Iglesia Católica. Por ello, con absoluta razón, los historiadores sostienen que durante este lapso y, en general, a lo largo de toda la Edad Media, “la cultura se refugió en los conventos”.

Posteriormente, ya atenuadas las ínfulas antirromanas, la Iglesia emprendió en el corazón mismo de los pueblos bárbaros una singular labor de evangelización que, en el fondo, no fue sino una romanización, provocando el afloramiento de los rasgos más característicos de dicha cultura, entre ellos, el Derecho. En el año 500 apareció en Italia el Edicto de Teodosio; en el 506 la Lex Romana Wisigothorum o Breviario de Alarico, en España y Francia, como sustituto teórico del Derecho Romano; y entre 643 y 694 el Fuero Juzgo en España, que recogía reglas de origen germano-latino.

Fue, sin embargo, la extraordinaria tarea emprendida por Justiniano la que permitió que aún hoy se pueda hablar de un auténtico Derecho Romano, salvado de la vorágine que significó la derrota de Roma y el dominio desarticulado impuesto por los vencedores germanos. Guiado por el loable afán de dotar al Imperio, que él mismo había consolidado, de un ordenamiento jurídico eficaz y duradero, al que restituyó su fisonomía helénica sin privarlo de sus raíces latinas, integró una comisión de juristas y filósofos encabezados por el célebre Triboniano. A ellos encomendó la misión de compilar, codificar y crear Derecho. De este esfuerzo nació el célebre Corpus Iuris Civilis, conformado por los siguientes textos:

- a) *El Digesto o Pandectas*: Compilación de las normas del “viejo” Derecho Romano, contenidas en las más importantes decisiones tomadas por los juristas latinos clásicos. Fue promulgado el 16 de diciembre del 553, aunque empezó a regir el 30 de los mismos mes y año, luego de tres años de estudio y revisión de más de 1.600 libros. Constituye el monumento jurídico más grande de todos los tiempos y se lo considera como la base de las modernas legislaciones.
- b) *Las Instituciones o Institutata*: Especie de manual destinado a la preparación de futuros juristas, pues fue, precisamente, con ese fin, que el Emperador lo mandó confeccionar, aunque posteriormente, en el mismo año 553, recibió fuerza de Ley.
- c) *El Código*: Llamado “de Justiniano”, en honor a su patrocinador y que contiene las reglas dictadas por él. Es el Código por antonomasia y corresponde a la segunda edición, cuyo nombre propio es “*Codex iustinianus repetitae praelectionis*”, promulgado el 16 de noviembre del 534. La primera edición apareció a finales del 528 y comienzos del 529.

- d) *Las Novelas o Novellae Constitutiones* (De las Nuevas Constituciones Imperiales): Contiene las “nuevas leyes”, promulgadas por el Emperador, luego de la estructuración y vigencia del Código.

Este cuerpo de leyes, el *Corpus Iuris Civilis*, representa, por su propia naturaleza y por el reconocimiento expreso que los juristas del mundo entero le han otorgado, la base de sustentación de los derechos pertenecientes a la gran familia romanista, cuyo nombre proviene precisamente de esa relación. A lo largo de la Edad Media, especialmente en Occidente, continuó designándose bajo la genérica denominación de Derecho Romano, que logró imponerse no por la fuerza de las armas —que para aquél entonces ya no eran patrimonio de Roma—, sino por la fuerza de la convicción, pues desde sus orígenes destacó por la lógica interna que lo sustentaba y por presentarse como un derecho esencialmente racional.

Con el transcurso del tiempo, la interacción entre estas normas y las costumbres propias de cada grupo humano asentado en los territorios bajo influencia romana generó una serie de adaptaciones y transformaciones. Así, aquel Derecho Romano único fue distorsionándose en función de las particularidades locales, aunque en su núcleo permanecían vigentes los principios y conceptos fundamentales. Testimonio de ello son las diversas recopilaciones jurídicas que surgieron entre los pueblos germanos ya establecidos, como visigodos, ostrogodos, lombardos y frances, en las actuales regiones de España, Italia, Francia y Alemania.

De esta manera, el Derecho Romano fue cediendo progresivamente espacio a los derechos vernáculos. Sin embargo, ello no supuso su desaparición ni su reducción a meros vestigios, pues continuó siendo la base sobre la cual se edificaron los nuevos ordenamientos jurídicos. Incluso hoy, el viejo Derecho Romano contenido en el *Corpus Iuris Civilis* mantiene vigencia formal en Estados como la República de San Marino y el Principado de Andorra, lo que evidencia la extraordinaria perdurabilidad de su influencia.

Más allá de esta vigencia específica, en lo más profundo de la configuración de la familia romanista subsisten elementos que no pueden soslayarse, sino que, por el contrario, deben subrayarse de manera enfática.

Por un lado, las nuevas concepciones sobre la sociedad y el Derecho que, a partir de los siglos XII y XIII, se expandieron con creciente fuerza, en pro-

cura de reivindicar al Derecho como la norma más idónea para la organización de la vida social. Estas ideas desembocaron en la eclosión del Derecho romanista como un sistema renovado, consolidado en el contexto medieval. Por otro lado, resulta decisiva la acción de la Iglesia, que sobre la base del Derecho Romano desarrolló el llamado Derecho Canónico, el cual, como su propio nombre indica, se constituyó en *canon* o modelo para la estructuración de numerosos cuerpos jurídicos posteriores, consolidando aún más la impronta romanista en la tradición jurídica occidental.

Sistemas que integran la familia romanista

De conformidad con lo que hemos establecido dentro de las nociones generales —que sirven de introducción a esta segunda parte del estudio y en las cuales se han señalado lineamientos destinados a facilitar la comprensión de la terminología empleada—, podemos afirmar que existen, dentro de la familia romanista, como brotes que emergen de su tronco común, tres sistemas claramente definidos y caracterizados: *el francés, el germano y el escandinavo*. A cada uno de ellos aludiremos a continuación, siguiendo el esquema previamente propuesto.

■ Sección I El sistema francés

Referencia histórica

El actual territorio francés, al que los romanos denominaron *Galias*, estuvo ocupado en épocas remotas, como todos los territorios de Europa, no por un único grupo poblacional, sino por varios. Fue, sin embargo, en estas tierras el pueblo de los celtas el que mejor se adaptó y prácticamente las copió a través de diferentes tribus desgajadas de un tronco común, entre las cuales se encontraban los galos. Más tarde, ramas del pueblo germano, dentro de ese constante deambular que los caracterizaba, se adentraron más al oeste del Rin, donde se asentaron.

Uno de estos pueblos germanos fue precisamente el franco, que poco a poco fue ganando prestigio, poder y territorio en los fértiles campos a los que habría de entregar no sólo su afecto y su trabajo, sino también su nombre. Es-

taban dirigidos por reyes que, más que gobernantes, eran jefes guerreros que recibían respeto y sumisión en consonancia con sus hazañas y logros, pero carecían de una verdadera organización administrativa. En el siglo VIII, una prestigiosa familia, la de Heristal, se presentaba con sobradas razones y méritos como la más importante e influyente, y era la que, sin trono ni corona, gobernaba de hecho. Su poder se acrecentó cuando uno de sus célebres caudillos, Carlos Martel, comandó la histórica resistencia a la casi incontenible arremetida de los musulmanes, quienes, luego de ocupar la península ibérica, trasmontaron los Pirineos con miras a la conquista de Europa occidental.

En el año 732 tuvo lugar la célebre batalla de Poitiers, que puso coto a la expansión islámica y otorgó a Carlos Martel un lugar no sólo en la historia, sino también en la leyenda de Francia. Su nieto, también de nombre Carlos, consolidó el poder al ser ungido como rey de los francos, derrotó a los lombardos y conquistó Roma, donde, en la Navidad del año 800, fue coronado emperador, resucitando, al cabo de más de tres siglos, la institución imperial. Así se forjó el llamado Imperio carolingio, que en la práctica duró apenas lo que la vida de su creador, aunque sus sucesores continuaron como reyes de Francia hasta entrado el siglo siguiente. Carlomagno, así denominado en honor a sus grandes ejecutorias, realizó en el ámbito jurídico —que es el que aquí interesa destacar— una meritoria labor de organización administrativa y legislativa que armonizaba los principios y directrices del antiguo Derecho romano con las costumbres y preceptos del pueblo franco.

A fines del siglo X, tras la muerte del último representante de la familia carolingia, los nobles eligieron rey a Hugo Capeto, fundador de la dinastía que la Revolución de 1789 trató de abolir, aunque incluso sobrevivió a Napoleón a través de la Restauración. Con Hugo Capeto se inicia en Francia el régimen feudal.

En el siglo XIII, con Luis IX (San Luis, el de las cruzadas), el poder real de los Capetos logró afianzarse sobre el de los señores feudales, sentando las bases de una autoridad de la Corona que, tras siglos de azarosas luchas, alcanzó su consolidación con la presencia de Luis XIII en el trono, asistido por su célebre primer ministro, el cardenal Richelieu. Su hijo y sucesor, Luis XIV, instauró el absolutismo como sistema de gobierno, ejerciéndolo a través del llamado “despotismo ilustrado”, que provocó en el campo del Derecho una verdadera reorientación, pues el rey, cabeza de la nación y del Estado, era el encargado de crearlo, promulgarlo, interpretarlo, derogarlo e incluso anularlo cuando así convenía a los “altos intereses del reino”, es decir, a sí mismo, puesto que lo encarnaba íntegramente. Este absolutismo, reforzado por las

tesis —incluso de carácter teológico— difundidas con vigoroso empeño por la propia Corona, como las del obispo Bossuet, se mantuvo hasta la célebre Revolución de 1789.

Esta proclamó la monarquía constitucional como un cambio sustancial en la concepción del gobierno de Francia y determinó, en el ámbito jurídico, la radical transformación de su sentido y contenido, al apartarlo de la injerencia de la Iglesia y, consecuentemente, de la religión, dando lugar a su laicización con todas las connotaciones que ello entrañaba.

En 1792, la Convención Nacional establece la República y ordena la ejecución de Luis XVI. Tras su muerte se desencadena un período de violencia e inestabilidad conocido como la *época del Terror*, bajo el dominio del Comité de Salvación Pública, controlado por Maximilien Robespierre, cuyos excesos provocaron la reacción general que lo condujo también a morir en la guillotina. De 1795 a 1799 gobierna el Directorio, que abre el camino al poder de Napoleón, hito innegable en la historia de Francia y, por supuesto, también en la de su Derecho. A raíz del golpe de Estado del 18 de Brumario (9 de noviembre de 1799), Napoleón implanta su autoridad en Francia a través del Consulado y, posteriormente, del Imperio, hasta 1815, año en que es definitivamente derrotado por la octava coalición europea.

Cada uno de los períodos que preceden a Napoleón, que aquí hemos reseniado de manera sucinta, como si se tratara de una simple enumeración de fechas, presenta sus propias modalidades de concepción y creación del Derecho, en nombre del cual se adoptaban resoluciones y se ejecutaban acciones. No obstante, los lapsos fueron tan breves, tan rápidos e inconsistentes, y los cambios tan violentos, que terminaron por eliminar, al menos en la práctica, las normas que emanaban de cada asamblea o de cada líder ocasional. En cambio, la labor emprendida bajo el auspicio del Emperador habría de perdurar, sin importar el transcurso del tiempo ni los múltiples cambios que Francia y el mundo contemporáneo han experimentado.

Siguiendo con esta breve referencia a los episodios más característicos de la historia francesa, cabe señalar que, tras la derrota de Napoleón, se produce la restauración de los Borbones en el trono de Francia, hasta 1848, cuando se proclama la II República. En esta, Luis Napoleón Bonaparte es elegido presidente, aunque posteriormente, mediante golpe de Estado, se convierte en emperador. El II Imperio es sustituido por el gobierno de la Comuna de París, que introdujo singulares maneras de concebir la vida social y de dotarla de un

marco normativo propio, con leyes y resoluciones diferentes de las promulgadas hasta entonces. Se trató, sin embargo, de una experiencia transitoria y efímera, que no logró influir en el Derecho vigente ni proyectarse hacia el futuro.

En 1875 se proclama la III República, que debió enfrentar graves convulsiones sociales y políticas, además de soportar las dos guerras mundiales. En 1946 se instaura la IV República, dedicada principalmente a la reconstrucción del país. Finalmente, en 1958, el electorado francés aprueba las reformas constitucionales propuestas por el general Charles de Gaulle, proclamándose la V República, que se mantiene en pie hasta el presente.

Punto de partida

Cuando Napoleón asumió el poder en Francia, primero como Cónsul y luego en calidad de Emperador, emprendió una vasta tarea de organización del Estado bajo nuevos enfoques que, sin embargo, buscaban mantener vivos los grandes logros de la cultura francesa, de la cual se consideraba —al decir de algunos historiadores— el heredero indiscutido.

Por ello trató de congeniar y armonizar todo cuanto en su patria se había desarrollado desde la consolidación de la dinastía Capeto hasta el período más avanzado de la Revolución. Una clara y objetiva demostración de que su intento no fue una mera aspiración nacida de su vanidad radica en el carácter sistemático y aglutinador de lo nuevo con lo antiguo que supo imprimir a su labor legislativa. Emulando a Justiniano, creó un Derecho para su tiempo y lo proyectó hacia el futuro, sobre las sólidas bases de principios, leyes y costumbres que ancestralmente habían marcado el ánimo y el quehacer de los franceses.

Reunió bajo su patrocinio a un notable grupo de juristas, entre los que destacan Portalis y Tronchet, principales redactores del Código Civil, promulgado el 21 de marzo de 1804. El texto, no obstante, no se aprobó de manera íntegra en esa fecha, sino que fue completándose progresivamente conforme se concretaban y sancionaban sus diversos libros y títulos.

Este célebre Código, considerado uno de los grandes monumentos jurídicos de todos los tiempos, fue denominado en el momento de su entrada en vigor *Código Civil Francés*, y posteriormente recibió el nombre de *Código de Napoleón* en honor a su inspirador. Tras la derrota definitiva del Emperador, volvió a designarse con su denominación inicial; sin embargo, por decreto del 27 de marzo de 1852, durante el Segundo Imperio, se le restituyó oficialmente

el título de *Código de Napoleón*, nombre con el cual aún se identifica el texto originario, en especial para diferenciarlo del actual *Código Civil Francés*, que recoge diversas reformas introducidas a lo largo del tiempo, particularmente aquellas inspiradas en las nuevas ideas que, tras la Segunda Guerra Mundial, impulsaron los gobiernos y legisladores de la IV y V Repúblicas.

Técnica

Entendiendo la técnica, en su sentido más general, como el conjunto de procedimientos, recursos y medios de los que el hombre se vale para una mejor realización de sus acciones, y asimilando este concepto a la técnica jurídica, habremos de coincidir en que ésta se presenta como ese conjunto de procedimientos, recursos y medios de los que cada Derecho se sirve para su más eficaz manifestación como regulador de la conducta de los seres humanos que le están sometidos.

Cada procedimiento, recurso o medio es, por lo general, asimilado y aplicado de diversa manera, y aunque sea utilizado del mismo modo, arroja diferentes resultados, dando lugar a tipicidades que acaban por servir de elementos caracterizantes, útiles para identificar tanto a quien los emplea como al objeto al que se aplican. Es, precisamente, con esa pretensión que los comparatistas han echado mano de la técnica, a fin de lograr una mejor caracterización del Derecho que se estudie. Dentro de ella se suele situar, de manera preponderante, a sus fuentes, porque conociendo de dónde provienen, resulta más fácil establecer su carácter y clase; así, podemos determinar como primer elemento distintivo si se trata de un Derecho en el que predomina la base legal, la jurisprudencial o la consuetudinaria.

Debemos tener presente también que cada técnica cuenta con sus propios métodos, a los que suele llamarse *instrumentos*. En este punto hemos de coincidir con François Gény, quien sostiene que, en lo que respecta a la técnica jurídica, sus instrumentos fundamentales son el lenguaje, las clasificaciones, las construcciones y el formalismo. Asimismo, los recursos técnicos de la presunción y la ficción están presentes en las diferentes ramas de un cuerpo jurídico. Unos y otros nos servirán, en el presente estudio, para una mejor caracterización de cada familia o sistema que analicemos.

En función de tales premisas, diremos entonces, respecto de la técnica empleada por el sistema jurídico francés, que éste muestra, ante todo y como herencia del Derecho Romano, un predominio absoluto de la ley escrita sobre

cualquier otra manifestación jurídica. Por ello aparece como la primera y, por consiguiente, la más importante fuente del Derecho dentro de una jerarquía prácticamente inamovible, en la que se ubican, en orden sucesivo, la costumbre, la jurisprudencia, los principios generales del Derecho y la doctrina, como fuentes subsidiarias y dotadas de validez en función de su adscripción a la ley.

Por otra parte, el lenguaje ha sido tomado, si no en su integridad, al menos en un altísimo porcentaje, también del Derecho Romano. Ello no solo porque el francés y otras lenguas romances —como el italiano, el español, el portugués y el rumano— derivan directamente del latín, sino porque la terminología jurídica romana había calado tan hondo en todos los sectores de la población de esos Estados que, en muchos casos, el propio término latino, sin evolución ni traducción, fue implantado como la palabra apropiada para designar determinado fenómeno jurídico o institución.

Las formas de promulgar, interpretar, aplicar, enmendar o derogar una disposición legal, si bien presentan variaciones de un sitio a otro dentro del dilatado ámbito de influencia de este sistema, son fundamentalmente las mismas, y coinciden, en lo esencial, con lo que en estos campos correspondía al Derecho Romano.

Ideología

Dice el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española que ideología es el “conjunto de ideas fundamentales que caracteriza el pensamiento de una persona, colectividad o época, de un movimiento cultural, religioso o político”. De acuerdo con esta definición, hemos de entender que, cuando hablamos de ideología de una familia o de un sistema jurídico —según sea el caso, dentro del estudio que estamos realizando— nos estaremos refiriendo a los principios que informan su constitución, a las nociones que inspiran su presencia y la caracterizan.

Tomando como guía estos puntos de vista, resulta procedente señalar, como lo hacen varios comparatistas, que el sistema jurídico francés cuenta con un espíritu liberal, propiamente dicho, porque deja actuar con amplitud a la iniciativa particular y permite una más libre proyección de los intereses individuales. Tal tendencia propugna la menor intervención del poder público en las actividades privadas. Son, por lo tanto, las libertades individuales las que se protegen y precautelan de mejor manera. La persona, en su sentido natural y auténtico, aparece como el centro de la preocupación jurídica.

En el campo económico, esta ideología liberal consagra el predominio de la libre empresa y, por tanto, asigna al Estado únicamente una labor de control y de dirección. De esta función, como es obvio deducir, ha emanado una injerencia cada vez mayor, encaminada a garantizar que la libertad individual no atente contra la comunidad.

Área de aplicación

Está representada en la actualidad por dos Estados independientes: Francia y Bélgica, que al momento de la puesta en vigencia del Código de Napoleón integraban el territorio del Imperio. Sólo a partir del año 1815, por decisión del célebre Congreso de Viena y a raíz de la definitiva derrota de Napoleón en Waterloo, se creó el nuevo Reino de los Países Bajos, con los territorios que Francia se había anexado en 1795.

El nuevo Estado se consolidó, sin embargo, en 1830 con el nombre que hoy conserva: Reino de Bélgica. La desmembración no fue, por lo tanto, pacífica; pero no hubo ruptura cultural entre franceses y belgas, que continuaron guardando todo lo que tenían en común, entre otras cosas el Derecho, el cual no ha experimentado sino las naturales modificaciones, no mayores, por cierto, que las que todo Estado está llamado a introducir en su legislación si no quiere que ésta se estanque o anquilese.

Integran también el área de aplicación del Sistema Francés los departamentos de ultramar (Reunión, Guadalupe, Guayana Francesa, Martinica, San Pedro y Miquelón) y los territorios de ultramar (Mayotte, Polinesia Francesa, Nueva Caledonia, Wallis y Futuna), que, junto con la República Centroafricana, Chad, Gabón y Senegal, conforman la llamada Comunidad Francesa.

Área de influencia

Es indiscutible la influencia general que, en el campo de la cultura, ha ejercido Francia en el mundo entero. Parte muy considerable de esa cultura la constituye su Derecho, el cual, ya sea de manera directa, a través de la presencia de Francia en otros territorios, o de forma indirecta, mediante la acción de otros Estados previamente influenciados que sirvieron como intermediarios en la difusión de los principios y reglas propios de este sistema, logró consolidarse en un ámbito extendido por todo el mundo, con la única excepción de Oceanía, a donde no alcanzó su influencia.

Conviene señalar, aunque de manera sucinta y a modo de simple enunciación, los países donde la presencia del Derecho francés ha sido más significativa. Para ello, nos referiremos a cada continente.

Europa

Si bien la intervención política de Napoleón en Europa desencadenó desde el principio un repudio general —a tal punto que se conformaron nada menos que ocho coaliciones para derrotarlo definitivamente—, muchos de los logros culturales alcanzados durante su gobierno trascendieron las fronteras de Francia y sirvieron de fuente de inspiración para las acciones que en otros pueblos de ese continente se llevaron a cabo.

Fue, sobre todo, su singular tarea jurídica la que mayor repercusión alcanzó, gracias precisamente a la alta valía de su Código, que sirvió de modelo para la estructuración de legislaciones como las de España, Portugal, Holanda, Austria, Suiza (especialmente en el área correspondiente a los cantones de origen francés), Grecia, Turquía y Rumanía, hasta la ocupación de su territorio por la Unión Soviética a raíz de la Segunda Guerra Mundial.

Ya en nuestra época, la promulgación, en 1960, por parte del Parlamento suizo, de un nuevo Código Civil, bajo la clara influencia del Derecho francés, constituye una muestra de la vigencia de dicho cuerpo normativo. Es digno de mencionar, además, que este Código Civil suizo fue adoptado en su integridad por el Gobierno turco en 1965, produciéndose así, aparte de la influencia, uno de los más claros ejemplos de trasplante jurídico en tiempos recientes, bajo la modalidad de la adopción, conforme se indicó anteriormente.

Es particularmente curioso el caso de España, y por ello merece destacarse. Ningún país europeo demostró con mayor claridad su animadversión hacia Napoleón que este, por el vejamen que representó su ocupación, tras la engañosa prisión de sus reyes y la sucesiva abdicación que se vieron obligados a practicar: Carlos IV en Fernando VII, este en Napoleón y, finalmente, Napoleón en favor de su hermano José, el célebre *Pepe Botellas*, que concitó el odio y el levantamiento integral de los españoles.

Tal resistencia tuvo repercusiones tan significativas en América que acabaron por consolidar su independencia. Sin embargo, pasados los años, y pese a la plena vigencia del llamado *Derecho foral*, que da lugar a las autonomías que en ese país existen, en España se promulgó un Código Civil en 1924 que

evidencia la notoria influencia ejercida por el Código francés de 1804, con lo cual se ratifica también, de manera fehaciente, el indiscutible valor intrínseco de la obra jurídica del Emperador.

América

En nuestro continente, la influencia del Derecho francés se manifiesta por dos vías: una directa, que opera cuando, sin necesidad de intermediarios, sus normas son trasplantadas en las colonias que este país tenía y aún mantiene en América, o en aquellas regiones en las que el iluminismo y el encyclopedismo se hicieron sentir con mayor fuerza; y otra indirecta, a través de otras culturas y Estados, especialmente España y Portugal, pues ya calmados los ánimos entre las mencionadas potencias y sus excolonias, la herencia cultural que estas habían recibido las ligaba de manera más estrecha a sus antiguas metrópolis, que, a su vez, también se habían acomodado a la nueva legislación. Comenzando por el norte, podemos señalar como ámbito de influencia en América los siguientes territorios:

La provincia canadiense de Quebec, orgullosa de su ancestro francés, mantiene vivos su lengua y costumbres, resguardados con verdadero celo, al igual que su Derecho, de innegable raigambre francesa. Tal apego es tan fuerte que, basados en él, los quebequenses han sostenido una clara autonomía que incluso ha trascendido al campo político-administrativo, con afanes de llegar a una efectiva independencia.

Dentro de los Estados Unidos, en virtud de su régimen federativo que otorga, especialmente en el campo del Derecho privado, una real autonomía a cada miembro de la Unión, se advierte también una visible influencia del Derecho francés en las legislaciones de ciertos Estados sureños, principalmente Luisiana, que fue colonia francesa y donde se conserva con agrado y respeto esta herencia cultural. El Código napoleónico fue solemnemente introducido en esa región por Pointchandrait, uno de los más destacados personajes en la historia de dicho Estado, confirmándose de este modo la influencia que permanece viva hasta la actualidad.

Además de Luisiana, Estados como California, Nuevo México, Nevada, Arizona, Texas y Florida, gracias a su herencia española, mantienen todavía la impronta del Derecho francés, aunque, naturalmente, el régimen jurídico federal pertenece al de la *common law*, por lo cual podríamos decir que se presenta como un Derecho mixto.

Luego, en aras de una generalización que encuentra su justificación en la historia de la conquista y colonización de Iberoamérica, podemos afirmar que, de un modo casi uniforme, desde el río Bravo que sirve de límite entre Estados Unidos y México hasta la Tierra del Fuego, existe una presencia notoria y plenamente constatable del influjo ejercido por el Derecho francés en la legislación civil de los países de la región.

La lógica excepción la constituyen aquellos territorios que, como Belice, Jamaica, Granada, Trinidad y Tobago, Guyana y las islas Malvinas, son o fueron colonias de ultramar de los británicos. Debe excluirse también a Cuba, que pertenece a la órbita socialista. Pero el resto de Estados, que desde fuera suelen verse como parte del bloque latinoamericano, cuya independencia fue obtenida gradualmente y en sucesivas etapas, especialmente los que estuvieron sujetos al dominio español, no solo alimentaron su afán libertario con las ideas revolucionarias de los filósofos y políticos franceses, sino que, como reacción inmediata contra su antigua dominadora, consolidaron un Derecho que se remonta también a la mejor fuente francesa en ese sentido: el Código de Napoleón. Juristas como Andrés Bello, Vélez Sarsfield o Freitas, para mencionar solo a América del Sur, elaboraron sus proyectos de Código Civil teniendo como modelo precisamente al que promulgara el Emperador francés en 1804.

En el caso particular de nuestro país, vale la pena enfatizar que su Código Civil deriva de aquel anteproyecto que don Andrés Bello estructuró para su patria adoptiva, Chile, el mismo que fue considerado de manera casi integral por nuestros legisladores de 1860 e incluso, según se dice, con más fidelidad que la mostrada por los propios destinatarios chilenos.

Asia

Al igual que en América, la influencia jurídica francesa en Asia se ejerce de manera directa e indirecta. La colonización europea y la recepción de nuevas concepciones jurídicas que se entremezclaron con las ya existentes provocaron un parentesco que se extiende hasta los dos extremos del continente. Siguiendo un recorrido de occidente a oriente, pueden citarse los siguientes casos:

Los Estados del Líbano y Siria, pertenecientes al Cercano Oriente y formados a raíz de la disolución del Imperio otomano, conservaron sus vínculos con Francia. Aunque no llegaron a secularizar completamente su Derecho,

como sí ocurrió en Turquía, adoptaron principios del Derecho francés que los adscriben a este sistema. Sin embargo, dadas las tensiones sociales, políticas y religiosas que desde hace varias décadas afectan a la región, no resulta sencillo emitir un juicio definitivo sobre la vigencia plena de esa adscripción.

Un caso particular lo constituye Israel. Allí la influencia franco-otomana se vio modificada por el mandato británico, que dejó la huella de la *common law* en toda Palestina. Situación semejante se produjo en Irak y Jordania. No obstante, una vez concluido el mandato, se verificó un retorno hacia concepciones de raíz romanista, lo cual confiere a estos países un sistema jurídico de carácter mixto.

Irán, cuya codificación se inspiró inicialmente en el modelo francés, nunca descartó del todo las concepciones islámicas. Por ello se presentaba como un país de Derecho mixto. Sin embargo, a partir de 1979, con el triunfo del ayatolá Ruhollah Khomeini, se reinstauró la legislación coránica, ubicándose así nuevamente dentro de la Familia Islámica.

Afganistán, cuya legislación se orientaba hacia la tradición romanista, pasó a integrar la Familia Socialista tras la intervención soviética de 1978. En la actualidad, luego de prolongados y sangrientos enfrentamientos que dieron el triunfo a fuerzas nacionalistas, parece retornar a un régimen de influencia francesa. En cambio, mantienen todavía vínculos significativos con el Derecho francés países como Formosa, Siam y Corea del Sur.

La colonización española de Filipinas favoreció la presencia de un Derecho con marcada influencia francesa. No obstante, la ocupación estadounidense durante aproximadamente cincuenta años introdujo elementos de la *common law*, transformando también a este país en un caso de Derecho mixto. Mixta resulta igualmente la situación de Indonesia, aunque allí la combinación se produce entre un Derecho de tendencia francesa y el sustrato del Derecho islámico.

África

Una situación semejante a la de América y Asia se presenta en el continente africano, donde la colonización europea dejó una influencia definitiva en el orden jurídico.

Los Estados del norte —Egipto, Libia, Túnez, Argelia y Marruecos— vivieron en distintas épocas la influencia directa de Francia y de otras potencias europeas como Italia y España. Por esa razón, el Derecho de dichos países mantiene una vinculación con el sistema francés, aunque siempre entremezclado con los principios del Derecho musulmán. No obstante, en algunos de ellos se produjeron movimientos independentistas de carácter radical, como en Argelia en 1962 y en Libia en 1975, que provocaron un alejamiento de la influencia francesa y el paso hacia la familia socialista.

Etiopía constituía una excepción a esta regla general de poseer un Derecho europeo de corte francés, pues permaneció al margen de toda colonización. Sin embargo, en 1957 promulgó un Código Penal y en 1970 otros códigos, Civil y de Comercio, de clara inspiración francesa. A partir de 1978, con el triunfo de un movimiento apoyado por la Unión Soviética y con respaldo militar de tropas cubanas, se instauró un gobierno de tipo socialista y su Derecho pasó a integrarse en esa familia. Tras la desaparición de la Unión Soviética y, en consecuencia, de su influencia directa, Etiopía inició un proceso de revisión jurídica, cuyos resultados aún no pueden preverse con certeza.

En la llamada África negra, la colonización no solo generó influencia, sino un auténtico trasplante jurídico, ya que la estructura tribal de los pueblos originarios no había dado lugar a un sistema jurídico desarrollado. Los nuevos Estados surgidos del antiguo imperio colonial francés —como la República del Congo, Ruanda y Burundi—, así como las posesiones españolas, portuguesas y belgas, se encasillaron igualmente en la órbita del Derecho francés. Posteriormente, algunos de ellos, como Angola y Mozambique, pasaron a integrar la órbita socialista debido a la intervención soviética y cubana. Sin embargo, en la actualidad se producen cambios significativos como respuesta a la desaparición de la Unión Soviética y al debilitamiento general de la familia socialista.

Los países que forman parte de la Unión Sudafricana, colonizados inicialmente por los holandeses, recibieron también la influencia del sistema jurídico francés. A pesar del dominio inglés ejercido con posterioridad, se observa que Estados como Sudáfrica, Rodesia, Botsuana y Suazilandia cuentan hoy con un Derecho de carácter mixto.

Sección II El sistema germano

Referencia histórica

Cuando los germanos irrumpieron en la historia, lo hicieron a raíz del contacto establecido con los romanos tras las conquistas emprendidas por estos hacia el norte, una vez consolidado su dominio sobre galos, fracos y otros pueblos diseminados en el actual territorio de Francia. De los germanos nos hablan, entre otros, el propio Julio César —su conquistador—, así como historiadores como Tito Livio y Tácito. Sus referencias permiten conocer que se trataba de pueblos belicosos, organizados en tribus aún nómadas, asentadas en el centro y norte de Europa occidental. Desconocían un origen común y se hallaban en guerra constante entre sí. Carecían, por lo tanto, de una organización centralizada, y cada tribu actuaba por su cuenta, sin un patrón de comportamiento unificado, precipitándose sobre las fronteras del ya consolidado Imperio romano en “oleadas sucesivas”, según la expresión de los cronistas, y generando un permanente malestar.

Algunas de esas tribus lograron traspasar dichas fronteras y se asentaron pacíficamente dentro de territorios dominados por los romanos, como los lombardos al norte de Italia, los ostrogodos en el centro de la península, los visigodos en Iberia y los francos en Francia, asimilando la cultura de los conquistadores. Otras, sin embargo, jamás se sometieron: los alamanos, suevos, alanos y vándalos. Su constante deambular, dejando devastación y muerte a su paso, tuvo incluso repercusión en el orden semántico, pues el término *bárbaro* —que en principio significaba simplemente “extranjero”— adquirió pronto la connotación que hoy tiene de cruel, inculto, grosero o tosco.

Lo mismo sucedió con la palabra *vándalo*, que de gentilicio pasó a designar al que “comete acciones propias de gente salvaje y desalmada”, exactamente como las que este pueblo protagonizó en Francia y España, donde fundaron un territorio que les recuerda, Vandalucía, antes de desplazarse hacia África, enfrentarse con los bereberes y finalmente destruirse entre ellos.

El asedio permanente de estos pueblos belicosos solo terminó con la ocupación de Roma en el año 476 de la era cristiana y la consiguiente caída del Imperio de Occidente.

Tal fue la arremetida de los *bárbaros* germanos, movidos por un profundo odio hacia los romanos y contra todo lo que representaba su cultura, que estuvieron a punto de lograr su propósito: aniquilar, sin distinción, todo lo correspondiente a esa civilización. Tan brutales y trascendentales fueron los cambios producidos en los diversos aspectos de la vida humana, que con ellos se marca la separación entre las dos primeras etapas de la Historia: la Antigua y la Medieval.

Este embate germano mantuvo durante más de tres siglos un prolongado período de incertidumbre y desorden en la vasta región que había correspondido en Europa al antiguo Imperio romano de Occidente. Durante ese tiempo, la única institución que permaneció vigente fue, como se ha señalado, la Iglesia católica, que paulatinamente reactivó la cultura latina. A través del dominio y la influencia ejercidos por el Reino franco, se cristianizó a los germanos, quienes, ya en el siglo X, constituyeron con Otón el Grande el famoso *Sacro Imperio Romano-Germánico*. Este abarcaba la Europa central, casi dos tercios de Italia y la región oriental de la actual Francia, territorio en el que proliferaban reinos, principados y numerosos señoríos feudales.

Regulado por un complejo sistema de elección, el trono imperial fue ocupado por hombres pertenecientes a distintas casas o familias de reconocida prestancia. Más que una autoridad real y efectiva, esta dignidad otorgaba prestigio y poder moral, en función del simbolismo que representaba: ser heredero del Imperio romano, cuya tradición, pese a los embates germánicos, conservaba aún carácter y jerarquía reconocidos. Ello hizo que la dignidad imperial fuese altamente codiciada entre los grandes señores y monarcas de Europa a lo largo de su extensa duración. En ocasiones, procuraban perpetuarse no mediante una sucesión dinástica —imposible por el carácter electivo del cargo—, sino a través de la influencia ejercida para asegurar votos a sus allegados. Así ocurrió con Carlos V, quien logró que su hermano, también de la Casa de Habsburgo, fuese elegido nuevo emperador. Ejemplos semejantes se produjeron con las Casas de Sajonia, Franconia y Hohenstaufen.

En 1657, Federico Guillermo de Prusia transformó su pequeño principado en reino, otorgándole carácter de Estado moderno y sentando las bases de la futura Alemania. Posteriormente, en 1803, Napoleón Bonaparte —ya emperador de Francia y árbitro de la compleja situación europea— intervino en Alemania, donde, mediante un Decreto Imperial, hizo desaparecer 112 pequeños Estados de estructura feudal. Finalmente, en 1806, Francisco II declaró extinguido el Sacro Imperio Romano-Germánico y se proclamó em-

perador de Austria, con lo que se completó la desaparición de la antigua Alemania.

El carácter electivo de los emperadores y el prestigio inherente a su rango despertaron la ambición de príncipes y señores europeos, generaron rencillas entre ellos y degradaron el proceso electoral, que llegó a verse afectado por la compra de votos. Sin embargo, aun en lo teórico, la vinculación entre germanos y romanos determinó que la civilización romana continuara viva y aleccionadora, y que su Derecho permaneciera, de algún modo, vigente.

Resulta particularmente llamativo que el mismo pueblo germano, que tanto se empeñó en destruir la cultura romana y especialmente su obra jurídica, fuese el que más tiempo y con mayor fidelidad conservó vigente, como si fuera propio, ese viejo Derecho romano. Este dato sorprendente de la Historia General del Derecho se manifiesta en hechos concretos. Una muestra de la violenta animadversión de los bárbaros hacia el Derecho romano —símbolo de orden y autoridad— fue el acto de arrancar del Foro las planchas de bronce que contenían, grabadas en relieve, las disposiciones de la Ley de las Doce Tablas, para fundirlas con el expreso propósito de borrar su rastro.

No obstante, esa aparente contradicción entre destrucción y conservación permitió que, pese al transcurso de los siglos, al relevo de casas imperiales, a la disolución del Sacro Imperio y a la conformación del Imperio alemán, el Derecho romano mantuviera su vigencia y valor. Ni los grandes cambios políticos, sociales y económicos que transformaron Europa —los inventos y descubrimientos, el Humanismo y el Renacimiento, la Reforma luterana o las revoluciones del siglo XVIII— lograron desarraigarlo del todo. Solo a fines del siglo XIX se produjo una modificación sustancial en la concepción jurídica vigente, al darse paso a la creación de un nuevo ordenamiento.

En 1867 se erigió la Confederación Germánica del Norte bajo la dirección de Otto von Bismarck, el célebre “Canciller de Hierro”, quien sentó las bases de la Alemania moderna que, en 1871, estableció el Imperio alemán tras su triunfo en la llamada guerra franco-prusiana. Durante este período se llevó a cabo la más significativa tarea legislativa en toda la historia del pueblo germano, concentrada en la elaboración del famoso Código Civil alemán, vigente hasta nuestros días.

Las dos guerras mundiales, que tuvieron como protagonista principal al Estado alemán, enfrentado a la mayor parte de las potencias del mundo y que

en ambas le infligieron afrentosas derrotas y rendiciones, no alteraron la integración, la consistencia ni el espíritu de sus leyes civiles, que continúan inspirando al resto de las legislaciones comprendidas en este sistema.

Punto de partida

Lo constituye el aludido Código Civil alemán, conocido mundialmente por la sigla **BGB**, iniciales de la expresión germana *Bürgerliches Gesetzbuch*, literalmente traducida como “Libro de las Leyes Civiles”. Fue largamente debatido por el *Bundestag* (Parlamento), que finalmente lo promulgó en 1898 para conocimiento del pueblo alemán, aunque no para su inmediata vigencia, pues esta solo se produjo a partir del 1 de enero de 1900, conforme lo dispone el artículo 1 de la *Ley de Introducción al Código Civil alemán*.

El profesor español Castro Bravo es quien, quizás de mejor manera, ha logrado recoger el sentir generalizado de los estudiosos del Derecho respecto del Código Civil alemán, cuando afirma:

Es la creación más perfecta y brillante de la ciencia jurídica alemana. Obra científica de una época de gran madurez, en su redacción no interviene la pasión ni el entusiasmo político o reformador, sino que se caracteriza por su precisión y frialdad

A su vez, Carlos Melón Infante, autor de la que se considera la más fidedigna traducción de este Código al idioma español, manifiesta en su nota preliminar:

La alta significación del BGB descansa en tres razones: 1) Su envidiable valor formativo; 2) el constituir una formulación integral perfecta del Derecho civil desde el punto de vista técnico y sistemático; 3) el ser una obra maestra que, como tal, no es ni vieja ni nueva, porque... las obras maestras viven al margen de la acción del tiempo.

Las citas transcritas son suficientemente claras y expresivas, como para disponer de una referencia que nos haga ver la trascendencia y el valor intrínseco de este cuerpo de leyes.

Técnica

Considerado por los alemanes como una obra perfecta, tanto en el fondo como en la forma, el BGB responde a una depurada y especial técnica jurídica que le permite presentarse ante los ojos de los no alemanes como un derecho, si no perfecto, al menos bien logrado. El hecho de haberse mantenido en lo esencial tal como fue concebido y estructurado originalmente es lo que da fundamento para que se lo considere un código perfecto. Dejando de lado esta valoración, estimada con razón como fruto del orgullo de los alemanes por sus realizaciones intelectuales, debe señalarse que el BGB ha sido reconocido mundialmente como uno de los más grandes monumentos jurídicos de todos los tiempos.

En lo que a la técnica concierne, se advierte que no hace sino responder a directrices y principios heredados del viejo Derecho romano. En ambos sistemas se observa la supremacía de la ley escrita como expresión suprema del derecho, lo que determina que esta sea la primera fuente del Derecho germánico, seguida en orden por la costumbre, la jurisprudencia, los principios generales y la doctrina, tal como ocurre también en el sistema francés que le sirve de base.

Asimismo, los llamados instrumentos de la técnica jurídica, ya mencionados con anterioridad, se manifiestan plenamente en este otro vástago del Derecho romano, con la particularidad de que fueron los juristas alemanes, especialmente a partir del siglo XIX, quienes mejor y con mayor consistencia supieron explicar el derecho mediante el uso de tales instrumentos. Baste recordar a Friedrich Carl von Savigny, autor de la influyente construcción doctrinal de la “persona jurídica”.

Ideología

También en este punto se observa una clara semejanza con el derecho correspondiente al sistema francés, lo cual resulta lógico si se considera que ambos provienen del Derecho romano. Esto significa que, en el Derecho germánico, se encuentra igualmente presente un espíritu liberal que defiende la primacía de las libertades individuales y de los derechos de la persona, quien aparece, por lo mismo, como el sujeto jurídico por excelencia y, por tanto, titular de atribuciones y prerrogativas que el Estado tiene la obligación de proteger.

Tal como se indicó respecto del sistema francés, lo mismo puede afirmarse del germánico: en el ámbito económico, esta ideología liberal consagra el predominio de la libre empresa, con todas las consecuencias y repercusiones que ello implica en sus diversas manifestaciones.

Ámbito de aplicación

Cuando el B.G.B. fue elaborado y puesto en vigencia, su ámbito de aplicación correspondía íntegramente al territorio del Estado alemán; pero, a raíz de la invasión soviética, poco después de terminada la Segunda Guerra Mundial, Alemania se vio forzada a dividirse en dos Estados: por un lado, el que se conocía como República Federal Alemana, o más generalmente llamada Alemania Occidental; y, por otro, la República Democrática Alemana, mejor conocida como Alemania Oriental. La primera, como es lógico entender, se mantuvo dentro del ámbito de aplicación del B.G.B. La segunda, en cambio, pasó a ser uno de los llamados Estados “satélites” de la U.R.S.S. y, jurídicamente, por lo tanto, se adscribió al sistema soviético de la familia socialista.

Esta separación política, doctrinaria y jurídica ha terminado. Un poco antes del derrumbamiento de la U.R.S.S., los países de Europa oriental, ubicados —como se decía— tras la “cortina de hierro” y que ideológicamente dependían de ese poderoso Estado, comenzaron a sacudirse del yugo que los había mantenido atados y a declarar su respectiva independencia. El 9 de noviembre de 1989 se produjo la destrucción del Muro de Berlín, acabando con la más ignominiosa afrenta que, contra la libertad humana, se haya podido establecer. Durante todo el año 1990 se realizaron acercamientos entre los líderes de las dos Alemanias, y en 1991 se produjo la reunificación que trajo, como consecuencia de más de cuarenta años de sometimiento a regímenes opuestos, una serie de problemas en prácticamente todos los órdenes, los cuales se están tratando de resolver, pero que requieren —según se deja ver— de un proceso cuyo tiempo de duración aún no puede precisarse. Desde el punto de vista jurídico, aunque se haya producido, teóricamente, una nueva supremacía integral del B.G.B., no se puede decir que, en la práctica, tenga una vigencia total y con la misma intensidad en ambos sectores.

En todo caso, podemos concluir manifestando que, en lo referente al ámbito de aplicación del Derecho alemán, este ha vuelto a concordar con el área física que a su Estado corresponde.

Ámbito de influencia

Es, ciertamente, escaso, aunque no podría decirse que nulo, como se ha venido estableciendo por parte de algunos estudiosos, quienes consideran que el Derecho alemán no ha salido de las fronteras que al Estado alemán conciernen. La razón de ser de esta débil influencia radica, según se ha dicho, en tres fundamentos principales:

1. Porque Alemania, aunque haya tenido su experiencia como metrópoli, no fue una potencia colonizadora que trasplantara su cultura a las poblaciones conquistadas, dejando en ellas la suficiente infraestructura social y política, así como la motivación psicológica para una continuidad en el aprovechamiento de sus aportes, como en cambio, de una u otra manera, llevaron a cabo las otras potencias de Europa, cuya influencia perdura.
2. Aunque Alemania hubiera logrado incardinar en sus colonias los aspectos fundamentales de su cultura, no habría podido hacerlo con su Derecho, es decir, con el B.G.B., pues este, conforme lo hemos señalado, apenas entró en vigor en su propio territorio al iniciarse el presente siglo.
3. Finalmente, es preciso dejar en claro que el B.G.B. se crea para regir una sociedad altamente desarrollada, que cuenta, en consecuencia, con formas de vida distintas, en general, a las de otros pueblos, pero sobre todo a la de aquellos llamados subdesarrollados o en proceso de desarrollo, donde pudieran requerirse nuevos y más adelantados criterios de legislación. Tales diferencias de orden social, político, económico y cultural no han permitido, como es obvio suponer, una aproximación entre el Derecho alemán y las realidades de esos pueblos, eliminando, por lo tanto, toda posibilidad de influencia jurídica.

Por razones de índole racial y cultural, Alemania, además de influir en los llamados países escandinavos, como oportunamente lo veremos, ha sabido hacer llegar sus directrices a Estados como Suiza, particularmente en los cantones de habla alemana, hasta antes de 1960, año en que se promulgó su Código Civil. Ha tenido, y todavía tiene, injerencia su Derecho en las provincias francesas de Alsacia y Lorena, que en diferentes ocasiones han sido parte de su territorio.

Finalmente, ya en nuestros días, podemos encontrar la manifestación de una singular y significativa influencia del B.G.B., aquella que se hace presente en el Imperio del Japón, donde, aparte de las vinculaciones de tipo político existentes a raíz de la conformación del llamado “Eje” en la Segunda Guerra Mundial, se hallan además las de carácter económico y social, que han permitido un desarrollo casi paralelo de estos dos pueblos, caracterizados ambos por su espíritu laborioso, su sentido de disciplina y de orden.

■ Sección III El sistema escandinavo

Consideraciones sobre su denominación

Este tercer vástago de la Familia Romanista ofrece como primer asunto a ser dilucidado el que se refiere a su denominación, pues no existe acuerdo entre los comparatistas respecto a qué nombre le encaja mejor y cuál, de los que se han propuesto, responde de manera más acertada a su conformación.

La designación de “Escandinavos”, que encabeza esta sección, ha sido criticada y observada en el sentido de que no responde a la realidad geográfica en la que pretende basarse, pues la península Escandinava, de donde provendría, abarca solo dos Estados, quizás tres, de los cinco que conforman el bloque: Suecia y Noruega, de modo innegable, pues en ellos se divide dicha península; y Finlandia, que se encuentra en el asiento mismo del citado accidente geográfico, sirviéndole como base de sustentación, por lo que podría considerársela también como un Estado efectivamente adscrito a tal denominación. En cambio, Dinamarca e Islandia nada tienen que ver con ella.

Se ha propuesto, luego, el nombre de “Báltico” para este sistema, en función de que el mar que así es llamado sirve de elemento de contacto a los tres países escandinavos y a Dinamarca, aunque este último no pertenezca directamente a su cuenca, e Islandia siga manteniéndose al margen de tales referencias geográficas. Además, el hecho también real de que a ese mar, considerado como “el Mediterráneo del norte”, convergen países ajenos al bloque, como Alemania, Polonia o Rusia, se presta para confusiones, razón por la cual la denominación aludida se vuelve, asimismo, inconveniente.

Queriendo solucionar el problema y salvar cualquiera objeción como las establecidas para las dos designaciones anotadas, se ha propuesto entonces la

de “Nórdico”, por cuanto todos los Estados que conforman el sistema son los más septentrionales, no solo de Europa, sino del mundo, y ello da asidero pleno a tal denominación. Además, se dice, habría una concordancia con el nombre de “Normandos” que, para designar a los pueblos provenientes del norte, se dio desde la Alta Edad Media, cuando en los siglos IX y X irrumpieron en el centro y sur de Europa, devastándola.

No obstante ser esta la más correcta y precisa denominación, la que no cuenta con objeciones, resulta ser la menos utilizada porque, paradójicamente, el uso generalizado y la costumbre internacional han determinado que sea la de “Escandinavo” la que más se emplee y la que, en cierto modo, se haya oficializado. Hay quienes opinan que esta situación se da en virtud de que los dos países escandinavos, Suecia y Noruega, han venido siendo considerados, y lo son todavía, como los más caracterizados del bloque y los que más influencia han ejercido dentro de él. Son, además, los que por mayor tiempo han mantenido unificados, bajo su dominio, a los territorios de esa región.

Referencia histórica

De Escandinavia y, en general, de los Nórdicos, así como del mar Báltico y de sus características, se tiene conocimiento desde la Antigüedad, merced a la presencia, en esos lugares, de los fenicios, caracterizados por ser los más grandes comerciantes de ese período, ocupación que ejercieron de modo preponderante en función de que fueron, al mismo tiempo, los mejores navegantes de entonces.

Tal condición les permitió acceder a lugares nunca antes explorados y, por ello mismo, considerados como el fin del mundo conocido. Hacia el Báltico los llevó la búsqueda del caracol *múrex*, que les servía para confeccionar los tintes con los cuales coloreaban las telas destinadas a los nobles y ricos ciudadanos, no solo de Fenicia, sino también de otros países, llegando, por lo mismo, a cotizarse a los más altos precios. Sus matices iban desde el rojo escarlata, pasando por el violeta, hasta llegar al púrpura, que se convirtió en el color de la nobleza, más aún de la realeza, siendo la famosa “púrpura de Tiro” la más afamada en cualquier rincón del mundo antiguo, incluyendo al Imperio romano.

La búsqueda y explotación del citado caracol permitió, pues, a los fenicios ser los descubridores del mar Báltico y de sus alrededores y, consecuentemente, los primeros en hablar y escribir sobre estas tierras y sus pobladores. A unas

y otros hicieron referencia sus crónicas, en las que la fantasía, incentivada por los elementos extraños que observaron —particularmente el clima frío y la constante niebla— intervino de modo abundante, deformando la realidad o, al menos, exagerando las diferencias que, en comparación con las cualidades del Mediterráneo, mostraban a los normandos y a su hábitat como seres y objetos llenos de rasgos inverosímiles, rodeados de mito y de leyenda.

Fueron, más bien, las expediciones llevadas a cabo por los monjes de la Edad Media, en procura de evangelizar a los pueblos de esos extraños lugares, las que provocaron la introducción de tales pueblos en la Historia, pues las huestes romanas nunca llegaron hasta allá.

Pero cuando los hombres del norte adquieren verdadero renombre y trascendencia es a raíz de sus desplazamientos hacia el sur, adonde llegan gracias a su singular técnica de navegación, que les permitió dominar los vientos a través del adecuado uso de velas, lo cual hacía posible que se desplazaran en cualquier dirección. La forma extremadamente larga y angosta que supieron dar a sus naves les posibilitó, a su vez, remontar los ríos que, desde el mar, los llevaban al interior del continente, alcanzando territorios y poblaciones que incluso hoy hacen apreciar a tales viajes como verdaderas hazañas.

Por el Sena llegaron hasta París; por el Danubio, hasta Viena; por el Guadalquivir, hasta Sevilla; por el Támesis, hasta Londres. Si al principio solo asaltaban los poblados y huían con el botín logrado, regresando a sus lugares de origen, poco a poco, atraídos por el mejor clima y movidos por su espíritu aventurero y belicoso, se fueron asentando en las tierras conquistadas, dominando a sus gentes, pero incorporándose a su forma de ser y de actuar, asimilándose a su cultura y siendo, en muchos casos, los mejores defensores y guardianes de sus costumbres, tradiciones y hasta de sus principios religiosos.

No obstante esta adscripción material y espiritual a los pueblos sometidos, su irrupción brusca, sus iniciales luchas y devastaciones, la violencia generada en particular en los centros poblados, provocó el abandono de estos por parte de la inmensa mayoría de sus habitantes, quienes comenzaron a encontrar en el campo la seguridad que las ciudades les negaban, dando lugar a lo que se ha llamado “la ruralización de la sociedad”, una de las características y motivaciones fundamentales del feudalismo.

Este régimen se instala en todas las regiones de la Europa occidental a las que, de una u otra manera, llegaron los normandos, trayendo como consecuencia, en el orden jurídico, una proliferación extraordinaria de reglas de conducta nacidas de la omnímoda voluntad del “señor” que dominaba en tal o cual territorio, pues la autoridad se confundió con la propiedad y, por ello, cada *dómine* o dueño era quien determinaba lo que habría de regir dentro de sus tierras. Fue en función de la fuerza que cada noble o señor poseía —fuerza y poder generalmente basados en la cantidad de tierras dominadas— que se estableció esa piramidal jerarquización de la autoridad, la cual culminaba en el Rey, considerado como un *primus inter pares*, es decir, “el primero entre los iguales”, característica especial del régimen feudal que dio como consecuencia la atomización del poder y la excesiva cantidad de normas.

Las conquistas hechas por los normandos y las naturales relaciones que de ellas nacieron acabaron por incorporarlos a todo lo que representaba y quedaba de la vieja cultura de occidente, en la que Roma tenía, pese a todo, la mejor parte. La Iglesia, por su lado, emprendió respecto de estos pueblos una eficaz campaña de evangelización y, con ella, también otra de romanización, cuyos resultados no habrían de verse sino ya en la Baja Edad Media, dentro de los límites geográficos que conforman el bloque escandinavo. Porque, si bien hubo una rápida asimilación por parte de los aventureros que de esas tierras procedían y que se sedentarizaron en los territorios conquistados, el resto de suecos, noruegos, daneses, finlandeses e islandeses, que se quedaron en sus lugares de origen y constituyán la mayoría, no tenían por qué cambiar ni en función de qué estímulo asimilar lo ajeno, pues las solas noticias traídas y llevadas por sus viajeros paisanos no eran suficientes para modificar lo que siglos de tradición habían edificado.

La extraordinaria labor de la Iglesia en estos campos de evangelización y romanización dio, a la larga, sus frutos, incorporando a tales pueblos no solo al cristianismo, sino también a los principios y técnicas del viejo Derecho Romano, cuya presencia se hizo cada vez más robusta. Aquellos fenómenos culturales referentes a la creación de las Universidades y a la promulgación y difusión del Derecho Canónico, llegados también a esas regiones en breve plazo, lograron esa incorporación que sentó las bases para hablar, como lo hacemos ahora, del Derecho Escandinavo como ligado a la Familia Romanista en calidad de uno de sus vástagos.

Es importante señalar, sin embargo, que además de este poderoso sustrato romanista, establecido vía la religión, desde esa misma Baja Edad Media se han hecho presentes en la región sucesivas influencias que han marcado definitivamente la consolidación de su cultura y, como parte de ella, de su Derecho. Tales influencias, en orden cronológico, son: la germana, la francesa y la soviética. Veámoslas brevemente.

Influencia germana

Es la primera en darse y, según se estima, la más fuerte de todas. Comienza, incluso, con la recepción de aquello que constituiría la base de los respectivos lenguajes hablados en los países nórdicos.

En la Alemania de los siglos XII y XIII se habían configurado dos lenguas que, si bien tenían raíces comunes, se presentaban como notoriamente diferentes y habían ganado, cada una de ellas, su propio territorio: el Alto Alemán, que se hablaba en las regiones del centro y del sur de lo que se consideraba el asiento geográfico de los germanos, es decir, efectivamente en la parte alta —físicamente hablando— de tales tierras; y el Bajo Alemán, que era la lengua de los germanos asentados en las costas del Báltico, esto es, en las tierras bajas.

Ambas contaron con períodos que marcaron su desarrollo y avance, pero fue, sobre todo, la primera de las citadas la que alcanzó mayor aliento, merced al empleo literario que de ella se hizo. Se distinguen, en ella, tres etapas bien definidas: Antiguo Alto Alemán, Medio Alto Alemán y Neo Alto Alemán, que, según los entendidos, marcan el grado de evolución de dicha lengua. Fue precisamente en el Neo Alto Alemán que se compuso el célebre poema épico *Los Nibelungos*, estimado como una de las grandes obras literarias no solo de Alemania, sino del mundo entero. Compilado en el año 1210, contiene leyendas y tradiciones de este pueblo que, por lo mismo, se volcó masivamente a esta versión, adoptando como lengua general aquella en la que el poema había sido confeccionado.

El Alto Alemán desplazó así al Bajo Alemán, que se refugió en los otros países ribereños del Báltico, dando lugar a la formación de las lenguas respectivas. Este significativo aporte de la cultura germana a la escandinava habrá de ser el primero y básico, porque, siendo la lengua el mejor medio de entablar la comunicación humana, el hecho de compartir una que se parezca —aunque no sea la misma— habría de facilitar todo tipo de relaciones e intercambios en materia cultural, sobre todo.

En efecto, así ocurrió, y Alemania se constituyó en el vehículo de transmisión, en el puente a través del cual todo lo que ocurrió en Europa, especialmente en la del sur, con los movimientos culturales del Humanismo y del Renacimiento, pasó a Escandinavia a través de Alemania. Incluso su propio movimiento religioso, el de la Reforma, halló refugio y fortaleza en tales territorios, especialmente tras el vigoroso embate de la Contrarreforma. Por ello encontramos en toda la superficie escandinava un verdadero predominio del luteranismo, el cual, qué duda cabe, ha ejercido su influencia en el Derecho, como todas las religiones lo han hecho, lo hacen y lo seguirán haciendo en el mundo entero.

Más tarde, la serie de acontecimientos históricos que se produjeron en Europa —como la Revolución Industrial, que penetró en la región escandinava de la mano de los alemanes, y, por supuesto, la participación de los países nórdicos, especialmente Suecia y Dinamarca, en ciertos acontecimientos de interés general para los europeos— habría de estar también, de alguna manera, vinculada a esa influencia germana, aunque gradualmente fue disminuyendo como consecuencia de la presencia de otras potencias de orden cultural, como la propia Francia.

Cabe, igualmente, mencionar que dentro de la composición del “punto de partida” del Derecho Escandinavo, particularmente del finlandés y del islandés, hay una notoria influencia de origen germano.

Influencia francesa

Se da, sobre todo, a partir del siglo XVII, cuando se consolida en ese país el poder real, encarnado en la persona de Luis XIV, el famoso “Rey Sol”, como gustaba de ser llamado, quien, conforme lo hemos anotado, en su calidad de gobernante representó, de mejor manera, al menos en Europa, el “absolutismo”. La célebre frase: “*L'Etat c'est moi*”, (El Estado soy yo) que los historiadores ponen en su boca, la misma que, aunque no la haya pronunciado, la practicó con empeño—lo cual resulta ser más importante—demostrando a las claras la clase de autoridad que ejerció. Con ella, no obstante, cualquier reparo que pueda hacerse, llevó a Francia a un inigualado esplendor en todos los campos, pero de manera especial en el orden artístico y cultural, a través del extraordinario movimiento conocido con el nombre de “Clasicismo”.

Francia, durante el siglo XVI, por encontrarse sumida en la sangrienta “guerra de religión” protagonizada por católicos y protestantes (hugonotes), no

desarrolló a plenitud las excelencias que el Renacimiento propició en todos los pueblos de Europa Occidental. En cambio, ya implantada la paz y gozando de ella, los franceses, pudieron dar rienda suelta a su capacidad, tenacidad y espíritu perfeccionista, haciendo de este “Clasicismo”, su propio y espectacular Renacimiento. A través de él, regaron su influencia por toda Europa y particularmente, en lo que a los países Escandinavos concierne, la presencia de la Reina Cristina en el trono de Suecia ayudó a que estas manifestaciones de la cultura francesa se difundieran, y con ellas, naturalmente, ciertos principios de su Política, de su Filosofía y de su Derecho.

En el siglo XVIII, la influencia de Francia en el mundo entero llegó a su clímax, a tal punto que incluso, los historiadores, para caracterizar mejor a dicho siglo, tenido como uno de los más grandes de la historia, hablan del “afrancesamiento”, como fenómeno común a todos los hombres de ese tiempo, lo cual se tradujo, quizás de mejor modo, en el significativo hecho de que el idioma francés reemplazara definitivamente al latín, en su calidad de lengua de la gente culta. La gran revolución de 1789, aunque despertó en las Cortes europeas un sentido de agresión y derechazo, fue también motivo de preocupación y comentarios. Más tarde, la actuación de Napoleón acabaría por concitar el ánimo contra Francia y los franceses, pero, curiosamente, no contra la obra jurídica de Napoleón.

En Suecia, para ese tiempo, el Rey Carlos XIII, viejo y sin descendencia, se decidió a escoger como su heredero y sucesor a un general francés, Jean Baptiste Bernadotte, muy amigo y fiel partidario del Emperador, en un inicio, aunque luego se distanciaron. Bernadotte aceptó la designación y en breve plazo, tras la muerte de su padre adoptivo pasó a reinar en Suecia, país por el que se entregó de lleno en su trabajo y actuación. Defendiendo los intereses de su nuevo Estado y de Europa, incluso hizo que Suecia participara en las dos últimas coaliciones que se organizaron contra Napoleón. Sin embargo, como es lógico suponer, jamás renegó de su cultura, y ya en el plano de gobernante, queriendo dotar a su reino de unas mejores leyes, encontró en el Código de 1804, la inspiración necesaria para hacerlo con éxito, con lo cual, la influencia de la labor jurídica desplegada por Napoleón se hizo también presente en Suecia, y luego en otros países del bloque Escandinavo.

Con posterioridad a tales hechos ha existido una singular relación de amistad y asistencia entre Francia y dichos países del norte, particularmente dentro de la llamada V República y bajo el gobierno del General Charles de Gaulle, lo cual ha propiciado un intercambio cultural que ha mantenido siempre vi-

vas esas relaciones y que, en el campo jurídico, se haya establecido un cierto paralelismo, especialmente en lo que a determinadas regulaciones, un poco problemáticas, se refiere, como las que miran al aborto, por ejemplo, y de manera más general todavía, en lo concerniente a la familia.

Influencia soviética

Se da en un clima especial, varios años después de proclamado el triunfo de la Revolución bolchevique, pues al inicio hubo, más bien, un sentido de repulsa, de temor y de enemistad hacia el nuevo gobierno instaurado en Rusia. Ello se debió a que, en 1918, es decir, al año siguiente de proclamada la revuelta contra el zarismo, el ejército del nuevo régimen invadió Finlandia con el propósito de anexarla a sus dominios, a pretexto de que dichos territorios habían constituido un gran ducado de los zares. Esta intromisión produjo el rechazo heroico no solo de los finlandeses, sino también de todos los escandinavos, que acabaron venciendo a los invasores y poniendo freno, cuando menos en esos linderos del norte, a la arremetida socialista.

Esta situación creó un clima de franco recelo respecto de las proclamas y, más aún, de las medidas reales de que se valían los socialistas para acrecentar su presencia en el globo, por lo que las puertas se cerraron a toda posible influencia. Sin embargo, pasada la inicial animadversión y establecidos de manera definitiva los límites no solo geográficos, sino también ideológicos entre la Unión Soviética y los países nórdicos —particularmente Finlandia—, la gran campaña propagandística sobre el “paraíso comunista”, ofrecido sobre todo a los pobres y a los trabajadores, impactó en ciertos grupos poblacionales de esos países. Entre ellos no podían faltar los intelectuales, pues se puso de moda la creencia, hábilmente explotada, de que, para ser considerado entre las gentes de pensamiento, era menester contar con el carné de la Internacional Socialista o, cuando menos, rondar sus predios.

Entonces se desató, como en el resto del mundo, una verdadera ofensiva en pro de los ideales marxistas, que acabó por enrolar a miles de simpatizantes que procuraron establecer normas guiadas por tales principios.

Fruto de esta escalada ideológica, se han dado en los distintos países del bloque gobiernos de tinte socialista que introdujeron en sus legislaciones reformas sustanciales, especialmente en el área del derecho laboral y de la seguridad social, logrando alcanzar niveles significativos en su desarrollo. Incluso se llegó a afirmar que en tales países se había instaurado, en lo jurídico, un

sistema “socialista nacionalista”, peculiar, especial y operativo, porque había logrado congeniar los antagónicos ordenamientos de carácter liberal-individualista con los de carácter social o colectivista.

Sea como fuere, lo cierto es que el derecho escandinavo se ha visto, según dicen sus doctrinarios, considerablemente influenciado por el derecho que imperó en la Unión Soviética, y que dio paso a la presencia de una nueva familia jurídica: la socialista.

Podría pensarse, a tenor de lo expuesto sobre las influencias recibidas por el sistema escandinavo, que el derecho que le corresponde es una especie de “faneca jurídica”, dada la confluencia de ingredientes tan variados y, en algunos casos, tan disímiles: sus costumbres y tradiciones vernáculas, que le sirven de primer sustrato; el derecho romano, que constituye propiamente su base de sustentación orgánica; el BGB, que, en fin de cuentas, interviene como consecuencia natural de la influencia lingüística y cultural que los germanos aportaron; el Código de Napoleón, que devino en su tiempo en un modelo para las codificaciones; y, si no las leyes mismas, al menos la ideología del derecho soviético, que consolidó cambios y orientaciones.

Se ha dicho también, con cierta lógica, que un derecho así configurado carecería de unidad, de sistematización y que, por lo mismo, no estaría en condiciones de integrar un “sistema” en el sentido estricto del término. Sin embargo, no es así. Por el contrario, existe entre las concepciones sociopolíticas de las poblaciones que conforman el bloque y las normas que las regulan una singular armonía, producto de la síntesis lograda a partir de los diversos factores que han convergido para moldear su modo de ser y las regulaciones necesarias para encauzarlo.

Las influencias recibidas no han constituido meros parches superpuestos, sin ilación ni correspondencia, sino que se han fundido en un verdadero cri-
sol: el de la apertura a todas las inquietudes y el de la asimilación de lo mejor y más conveniente para esas sociedades.

Punto de partida

El derecho escandinavo, dueño de esa naturaleza especial cuyos caracteres hemos tratado de subrayar, no está en condiciones de exhibir, como lo hacen los otros dos sistemas pertenecientes a la familia romanista, un punto de partida único, sino múltiple. Ello se debe a que constituye un bloque, es decir, una agrupación de Estados soberanos que, pese a su estrecha vinculación, han sabido mantenerse como sociedades autónomas, poseedoras de una tradición que las diferencia y que, orgullosas de sus particulares ancestros, se afirman como entidades aparte.

Así pues, como fruto de tales consideraciones, encontramos que cada uno de los cinco países que conforman este sistema cuenta con su propio derecho, el cual le sirve de basamento y le otorga su rango. Todos confluyen hacia el derecho civil y son los códigos que sus normas contienen los que constituyen el punto de partida en cada respectivo Estado. Habrá, por lo tanto, cinco raíces referenciales: diferentes en su época de concepción y puesta en vigencia; distintas en función del grado de influencia de las culturas que en esas tierras convergieron; diversas por sus alcances y proyecciones; pero similares en cuanto al derecho que les sirve de base, a su origen histórico y, en general, a las influencias comunes recibidas.

El más celebrado y ponderado, principalmente por su larga proyección histórica, es el Código Civil noruego, que data de la primera mitad del siglo XVII.

Técnica

En este aspecto, el derecho escandinavo muestra de manera más objetiva su clara y categórica inmersión dentro del esquema que corresponde a la familia romanista.

Consecuentemente, hallamos en él los rasgos que caracterizan a dicha familia: el predominio casi absoluto de la ley escrita sobre cualquiera de las otras manifestaciones del derecho y, al mismo tiempo, el reconocimiento y empleo de aquellos recursos considerados como instrumentos de la técnica jurídica, que permiten su expresión, estudio y análisis, su mejor comprensión, su descomposición sistemática y su eficaz aplicación. Se trata de los elementos que Gény identificó como el lenguaje, las clasificaciones, las construcciones y el formalismo, presentes en diversa medida en todas las manifestaciones de este derecho.

Reconocer a la ley como la más alta expresión del derecho significa, en suma, considerarla también como su primera fuente, lo cual efectivamente ocurre en el sistema escandinavo que, guardando fidelidad a su tronco romanista, reconoce el mismo número y la misma jerarquía de fuentes: ley, costumbre, jurisprudencia, principios generales del derecho y doctrina. De igual forma, la utilización de los mismos instrumentos técnicos empleados en el conjunto del derecho romanista, y que hallamos tanto en el sistema francés como en el germano, confirma que son de la misma naturaleza y condición, como hemos procurado demostrar.

Ideología

De conformidad con lo que hemos venido señalando sobre las particularidades del derecho escandinavo, parece oportuno establecer, a manera de conclusión, ciertos rasgos característicos de su ideología, atendiendo a las múltiples influencias que ha recibido a lo largo de su historia. Estas confluencias lo muestran como un derecho mixto, en el que conviven nociones y principios provenientes de tradiciones no sólo distintas, sino incluso opuestas, que sin embargo han logrado articularse en un esquema relativamente armónico.

En efecto, junto al espíritu liberal propio del derecho romano y de los sistemas que de él derivan, se advierte con especial énfasis la impronta del pensamiento socialista, recibida a través de la Unión Soviética. Esta particular combinación ha llevado a algunos doctrinarios a calificar al derecho escandinavo como un sistema singular, de carácter *sui géneris*, cuya fisonomía se asemeja a lo que denominan un “socialismo nacionalista”: una forma peculiar de socialismo, concebida y practicada exclusivamente en esos territorios, vinculada a la ideología socialista en ciertos aspectos, pero al mismo tiempo sostenida en principios liberales con notable solidez.

Tal postura, considerada real y vigente por juristas escandinavos, ha sido impugnada por estudiosos de orientación marxista, quienes sostienen que una hibridación semejante sería doctrinariamente imposible y atentaría contra la unidad y ortodoxia del pensamiento socialista, concebido en su momento como ciencia determinista e indiscutible.

Más allá de dichas disputas ideológicas, un examen detenido de la orientación del derecho escandinavo revela la persistencia de un claro espíritu liberal, tanto en el respeto y la preeminencia de las libertades individuales, como

en la organización de la vida económica, en la cual se garantiza la vigencia de la economía de mercado bajo el amparo del Estado.

A fin de reforzar la crítica a la tesis que caracteriza al derecho escandinavo como esencialmente socialista, se ha subrayado, además, un hecho innegable: de los cinco países que conforman este bloque, tres son monarquías —Suecia, Noruega y Dinamarca— que, pese a su carácter constitucional y democrático, mantienen referencias aristocratizantes. Estas se expresan en la pervivencia formal de clases sociales —nobles y plebeyos—, lo cual resulta incompatible con los postulados del socialismo.

Ámbito de aplicación

Se encuentra determinada por el área geográfica que corresponde a los cinco países que conforman el bloque, y que permanentemente, a lo largo de esta exposición los hemos venido mencionando: Suecia, Noruega, Dinamarca, Finlandia e Islandia, sin que haya, fuera de tales dominios, la más mínima proyección.

Ámbito de influencia

Casi literalmente podríamos repetir las expresiones que referentes a este acápite consignamos para el Derecho Germano, pues también el Sistema Escandinavo se encuentra carente de proyección fuera del ámbito en el cual se aplica y, curiosamente, cuando menos por dos de las razones que para aquel dejamos anotadas: La labor colonialista que permitió a las potencias de Europa verter su cultura y su Derecho a otros pueblos y en otros escenarios, fue escasísimamente practicada por los países de este bloque. Prácticamente, sólo Suecia emprendió algunas aventuras de este tipo, pero con el andar de los tiempos no quedaron ni huellas de sus colonias; y, en segundo lugar, el gran desarrollo social, económico, político, cívico y cultural que estos pueblos han alcanzado, les alejan mucho del nivel de vida de pueblos que, por falta de tradición jurídica o por simple deseo de imitar, pudieran querer acogerse a lo que dichos pueblos han creado.

Empero, por sobre las específicas y puntuales expresiones normativas, se hallan siempre los principios, las ideas, que dan lugar a la creación de instituciones y de figuras de gran proyección. Esto ha ocurrido con el derecho Escandinavo que, si bien no ha podido influenciar fuera de su ámbito de aplicación con la presencia de reglas, ha generado toda una vigorosa ins-

titución que ha encontrado asidero en el mundo entero. Se trata del *Ombudsman*.

El Ombudsman

Literalmente traducido, el término *Ombudsman* significa “el hombre que protege” o “el hombre que vigila”. Ambas funciones, la de protección y la de vigilancia, resultan plenamente compatibles e incluso complementarias, como se advierte en el desempeño de sus atribuciones en los países donde esta figura se ha consolidado. Se trata de una institución típicamente escandinava, cuya paternidad disputan Finlandia y Suecia. Según los primeros, habría surgido en su territorio; para los segundos, corresponde a Suecia, donde en 1807 se oficializó e incorporó como entidad estatal autónoma con extraordinarias facultades, capaz de imponerse incluso a las instancias administrativas y a la administración de justicia, con potestad de destituir a jueces y funcionarios cuando incurrieran en negligencia o incorrección.

En su función protectora, el *Ombudsman* actúa como garante de los ciudadanos frente al poder público, que al estar ejercido por personas, puede equivocarse, omitir sus responsabilidades o incluso abusar de ellas. En consecuencia, el respeto a los derechos individuales y colectivos constituye el núcleo de su tarea. Para cumplirla, vigila la actuación de los funcionarios y se erige como observador crítico, inspeccionando el funcionamiento de la maquinaria estatal para que esta opere con mayor eficacia y justicia.

El *Ombudsman* puede actuar de oficio o a petición de parte, aunque esta última modalidad es la más común, ya que muchos de los atropellos administrativos se producen en el ámbito de lo privado. Así ocurre, por ejemplo, en el retraso de la correspondencia, la falta de seguridad en espacios públicos, la demora en la emisión de sentencias, errores en la atención sanitaria, cobros arbitrarios de tasas o impuestos, o deficiencias en los servicios estatales. Todos estos casos, que afectan directamente a los ciudadanos, llegan al conocimiento del *Ombudsman* a través de denuncias que se presentan con libertad y con la garantía de ser atendidas cuando exista fundamento.

La seriedad y eficacia demostradas desde su origen le han otorgado respeto y confianza ciudadana, convirtiéndolo en un auténtico defensor de los derechos individuales y, al mismo tiempo, en un garante de la legalidad del poder público. De esta manera, cumple una doble función: proteger al individuo y favorecer la armonía social dentro del Estado.

Por la eficacia probada en los países escandinavos, esta institución ha sido imitada y trasplantada a distintos contextos, en ocasiones como un verdadero avance en la concepción del Estado de derecho, y en otras, de forma apresurada o superficial, sin la preparación ni delimitación adecuada de sus competencias y autonomía, condiciones esenciales para su funcionamiento.

Actualmente, muchos países han adoptado esta figura, en algunos casos conservando su nombre original —como Grecia, Turquía o Japón— y en otros adaptándola a sus tradiciones jurídicas y lingüísticas. Así, en Inglaterra se la denominó *Procurator*, en Francia *Contrôleur*, y en la Unión Soviética se mantuvo la figura histórica de la *Prokuratura*, heredada de la época zarista.

En América también se ha difundido. Varios Estados de los Estados Unidos cuentan con instituciones equivalentes, aunque con otras denominaciones. En Canadá destaca su implantación en Quebec, territorio con particularidades derivadas de la influencia del derecho francés. En Ecuador, hacia 1995, la Comisión de Notables designada por el Presidente de la República incluyó en su propuesta de reforma constitucional la posibilidad de incorporar esta institución bajo el nombre de “Protector del Pueblo”.

CAPÍTULO II

La familia de la “Common Law”

Referencia preliminar

Es la segunda de las clasificadas como Familias Occidentales, dentro del orden cronológico en el que hemos decidido tratarlas. Su conformación, vigencia y difusión presentan particularidades que la hacen aparecer como única en el mundo, aparentemente ajena a influencias externas, pese a las relaciones históricas entre los pueblos asentados en el territorio del Reino Unido y aquellos establecidos en el continente europeo.

Su denominación, *Common Law*, es también singular, pues responde a una estructura jurídica peculiar que fue aceptada y consolidada por el pueblo inglés hacia el siglo XIII, a partir de ciertos acontecimientos que más adelante se reseñarán. Se la conoce igualmente como Familia Anglo-Sajona, nombre que remite a los pueblos que, tras invadir Inglaterra en el siglo V, ocuparon su territorio, dominaron a las poblaciones indígenas y establecieron una unidad cultural, política y lingüística que perdura hasta hoy, a pesar de la dominación francesa experimentada durante tres siglos.

La primera de estas denominaciones, *Common Law*, es la más técnica y plenamente vinculada con el ámbito jurídico, razón por la cual resulta la más utilizada, especialmente en los estudios de Derecho Comparado. Por ello será la que reciba nuestra principal atención y la que emplearemos de manera preferente en lo que sigue.

Las diversas acepciones del término “Common Law”

La expresión que sirve para designar a esta Familia no posee un significado exclusivo que permita identificarla únicamente con su nombre. Por el contrario, se utiliza también para designar otras acepciones, todas ellas dentro del ámbito jurídico. Estas son:

1. Traducida de modo literal, equivale a “ley común”, lo que la hace aparecer como identificada con la costumbre, considerada la fuente primigenia del Derecho, aunque jerárquicamente no figure en primer lugar. Se trata de la “ley” que nadie ha promulgado, pero que todos los miembros de la comunidad conocen y practican.
2. La expresión *Common Law* sirve, asimismo, para distinguir el Derecho inglés, caracterizado como no escrito, frente a aquel que, sobre todo en el continente, era consignado desde tiempos remotos a través de la escritura.
3. Se la ha utilizado también para diferenciarla del Derecho Civil, considerado por los romanos como el derecho común, precisamente aquel que se encontraba codificado. Con el nombre de *Common Law*, los ingleses, al tiempo que hacían la distinción señalada, denominaban a toda clase de derechos vigentes, además del Civil.
4. Finalmente, y con carácter destacado, el término *Common Law* se emplea en el ámbito británico —particularmente entre los juristas y, aún más, entre los comparatistas— para designar a la propia Familia Jurídica, difundida por todo el mundo gracias a la influencia ejercida en los territorios conquistados y que hoy, aunque independizados, integran la Commonwealth. Esta identificación de la Familia Jurídica con el nombre de *Common Law* ha llevado a que, por analogía con el significado de costumbre, se afirme que el Derecho inglés es un Derecho consuetudinario, cuando en realidad no lo es, pues se trata más bien de un Derecho jurisprudencial.

Referencia histórica

Como respecto de ningún otro Derecho, en el de la *Common Law* se vuelve imprescindible apelar a la historia para poder comprenderlo en el sentido

que le corresponde, pues, como dicen los propios juristas ingleses, sólo a través de ella es posible entender, con cierta claridad, no solo su formación, sino también las manifestaciones bajo las cuales se presenta.

Aun cuando se trata, geográficamente, de un territorio ligado a Europa, su condición de región insular, con todas las características que ello conlleva, ha contribuido a que las Islas Británicas ofrezcan, desde siempre, un contexto distinto al del continente, lo que ha llevado a su población a considerarse poseedora de rasgos peculiares, celosamente conservados pese a los múltiples cambios introducidos a lo largo de dos milenios de contacto con culturas foráneas.

Uno de los rasgos característicos del pueblo británico es, precisamente, su Derecho, que se muestra diferente y original en muchos aspectos, no solo en la estructura formal a través de la cual se explica, sino también en su propia concepción. Esta se fundamenta en principios como aquel que sostiene que únicamente lo razonable puede hallar sustento en el ámbito jurídico, o aquel que concibe al juez, más que como una autoridad pagada por el Estado para dirimir controversias, como un componedor amigable, restaurador de la armonía del grupo en el que actúa.

Lo que hoy se conoce oficialmente como Reino Unido, integrado por Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte, aparece en la historia con datos ciertos registrados por escrito a partir de la ocupación romana hacia el año 54 a. C., cuando Julio César, tras un primer intento fallido, desembarcó en la isla mayor habitada por los britanos. Posteriormente, bajo el emperador Claudio, se la estableció como provincia del Imperio con el nombre de Britania.

Los mismos romanos la llamaron Albión, por el color blanco de las arenas de sus playas. Se dice que, inicialmente, estuvo poblada, además de los britanos, por caledonios, pictos y escotos, dominados luego por los celtas procedentes de la Galia, quienes a su vez fueron sometidos por los latinos, reducidos a ciertos sectores costeros y a territorios ricos en hierro, hulla y estaño, razón fundamental de su presencia en la región.

Para el siglo IV de la era cristiana, la evangelización había avanzado de tal modo que ya podía hablarse de un territorio cristiano. En el año 407, ante la necesidad de proteger las fronteras germánicas del Imperio, los romanos abandonaron la isla. Poco después, los britanos, atacados por los caledonios, pidieron auxilio a las tribus germánicas de anglos y sajones, las cuales, con

el pretexto de ayudar, sometieron a todos los pueblos y se adueñaron de la región, instaurando siete reinos en el sur del país. En el siglo VI, bajo pleno dominio anglosajón, la parte más significativa de la isla pasó a llamarse Inglaterra, denominación que se conserva hasta hoy.

La sola enumeración de los pueblos que se sucedieron en el territorio inglés da cuenta de su heterogeneidad, lo que explica también la falta de consolidación de un Estado unitario y bien organizado. Vivían dispersos, temerosos y en constante desconfianza, enfrascados en luchas internas, hasta la hegemonía de los anglos.

De los siete pequeños reinos, Wessex se tornó predominante y, a expensas de los demás, condujo a la unificación. De la heptarquía se pasó a la monarquía, consolidada definitivamente por Alfredo el Grande en el año 901. Sin embargo, las invasiones normandas, en especial las danesas que venían produciéndose desde el siglo VIII, persistieron hasta que el vikingo Canuto logró asentarse como rey en el territorio unificado. Sólo en 1042, con Eduardo el Confesor, se restauró la dinastía anglosajona, que perduró hasta su muerte en 1066.

Durante su reinado, Eduardo el Confesor intentó mantener buenas relaciones con sus vecinos, en particular con los normandos de Francia y con su caudillo Guillermo, hijo bastardo del duque de Normandía, que logró imponerse como gobernante del ducado. Guillermo sosténía que Eduardo, sin descendencia y ya anciano, le había designado como sucesor. No obstante, a la muerte del monarca, los nobles ingleses nombraron rey a Haroldus II. Guillermo invadió la isla y, en la batalla de Hastings de 1066, obtuvo una victoria decisiva. Con la muerte de Haroldus en el campo de batalla, Guillermo se consolidó como nuevo monarca, pasando de ser conocido como Guillermo el Bastardo a Guillermo el Conquistador, luego Guillermo I de Inglaterra.

Este monarca, ajeno a las costumbres de los pueblos sometidos, sentó las bases del Derecho inglés. Ante el mosaico de reglas religiosas, morales y jurídicas derivadas del régimen feudal, impuso una unidad que, aunque no legislativa, resultó decisiva. La diversidad normativa, reforzada por fueros reales y señoriales, sumada a la proliferación de jueces con competencias arbitrarias, había convertido la justicia en un caos. Guillermo reaccionó creando una Corte Judicial única y centralizada, dependiente de la Corona, con sede en Londres y extensiones en diversas poblaciones del Reino. Estableció además un catálogo de asuntos litigables y la exigencia de obtener un *bill* de autorización del monarca para acceder a un juez.

Los jueces, libres para dictar sus fallos, buscaban principios y reglas que mejor se adaptaran a los casos. Su criterio, rectitud e integridad moral eran esenciales, razón por la cual se seleccionaba a los más respetados ciudadanos, no necesariamente conocedores de un Derecho inexistente en forma codificada, sino de reconocida solvencia ética.

Fueron así los jueces quienes, con sus fallos, crearon el Derecho inglés, tarea que siguen realizando. Administrar justicia es labor cotidiana, y aunque los casos comunes se resuelvan basándose en precedentes, siempre existe la necesidad de sentar nuevas pautas para situaciones inéditas. De esta práctica nació la *rule of precedent* (regla del precedente), columna vertebral del Derecho inglés.

En 1154, a la muerte de Esteban de Blois, último monarca descendiente de Guillermo de Normandía subió al trono Enrique II, instaurando la dinastía Angevina con la Casa de Plantagenet. De esta línea proceden monarcas de gran relevancia, como Ricardo Corazón de León, caudillo de la Tercera Cruzada, y su hermano Juan sin Tierra, quien en 1215 suscribió la Carta Magna. Su sucesor, Enrique III, otorgó en 1258 las Provisiones de Oxford, origen de instituciones liberales aún vigentes e identificadas con la expresión *Common Law*. Su hijo, Eduardo I, conquistó Gales y Escocia y consolidó la Cámara de los Lores y la de los Comunes. Finalmente, Eduardo II reconoció al Parlamento el derecho de intervenir en el poder legislativo y de acusar a los ministros.

Bajo el reinado de Eduardo III (1327-1377), quien, entre otras cosas, dio comienzo a la Guerra de los Cien Años —que constituye, al decir de los historiadores, «una de las páginas más sobresalientes de la historia de Inglaterra»—, se otorgaron mayores libertades a los ciudadanos y se promovió la creación de una nueva corte capaz de contribuir a la eficaz administración de justicia que venía impartiendo la *Royal Court*, pero a la cual era menester dotar de una instancia, si no paralela, al menos subsidiaria, que pudiere ocuparse de las nuevas situaciones que el transcurso de tres siglos había propiciado y que a veces ofrecían tropiezos a los jueces.

Esta nueva corte fue la *Chancery Court* (Corte de la Cancillería), así llamada porque se entregó su custodia y dirección al Canciller, si bien los fallos que de allí salían, igualmente, debían ser dados en nombre del Rey o de la Reina, según fuere el caso. De la misma manera que de la actuación de los jueces que integraban la *Royal Court* brotó la *rule of precedent*, con el andar de

los tiempos, de todo lo que fueron haciendo aquellos magistrados que conformaban la *Chancery Court* emergió la *rule of equity*. Esta expresión se mantiene en inglés, pues aunque proviene del latín y podría identificarse con equidad, en el Derecho inglés tiene un alcance más amplio que el término castellano.

La *rule of equity*, por desempeñar un papel semejante al de la *rule of precedent*, vino a constituir otro de los pilares en que se asienta el Derecho de la *Common Law*.

El sucesor de Eduardo III, Ricardo II, concedió mayores atribuciones al Parlamento y más libertades a los ciudadanos, pero en 1399 fue destronado por Enrique IV, de la Casa de Lancaster, con lo cual se puso término al dominio francés en Inglaterra y se dio inicio, a su vez, a la también famosa Guerra de las Dos Rosas, protagonizada por las casas de Lancaster y de York. Esta terminó con el advenimiento al trono de Inglaterra de Enrique VII, de la Casa Tudor, una de las más influyentes en la historia de Inglaterra.

Enrique VIII, hermano y sucesor de Enrique VII, provocó, por intereses personales, la separación de la Iglesia inglesa de Roma y fundó el anglicanismo, asignándole la calidad de religión oficial del reino, lo cual tuvo, y aún tiene, repercusiones en el Derecho. Su hija Isabel, que reinó después de sus hermanos Eduardo y María, consagró definitivamente la Iglesia anglicana, estableció y mantuvo el poderío naval de Inglaterra, conformó el gran imperio colonial británico, propició el desarrollo comercial, industrial, cultural y artístico de su pueblo y concentró el poder en sus manos, reinstaurando un absolutismo que no se veía desde los tiempos de Ricardo Corazón de León.

Isabel I de Inglaterra, conocida como «la Reina Virgen», no tuvo descendencia. Su prima hermana, la reina María Estuardo de Escocia, era su pariente más cercana y, aunque la odió, persiguió y encarceló por muchos años en la célebre Torre de Londres, finalmente la hizo decapitar, entre otras razones, por ser una fervorosa católica. Sin embargo, tomó a su cargo al hijo de la reina escocesa, lo educó a su modo y lo nombró su sucesor. En efecto, a su muerte subió al trono de Inglaterra con el nombre de Jacobo I, quien, por herencia de su madre, era al mismo tiempo rey de Escocia. Con este monarca se unificaron, aunque de manera transitoria, los dos reinos. Su despotismo y su renuencia para devolver al Parlamento sus derechos prepararon la insurrección comandada por Oliverio Cromwell, que se lanzó contra su hijo Carlos I, a quien no solo derrocó, sino que condenó a morir en el cadalso.

En 1649 se proclamó la República Parlamentaria, que duró hasta 1653, cuando se entregaron los plenos poderes a Cromwell bajo el título de *Lord Protector of England*, gobernando hasta su muerte en 1658. A su fallecimiento, traspasó tales poderes a su hijo Ricardo, pero este fue destituido por el propio Parlamento, que gobernó de manera colegiada hasta que, en 1660, fueron reinstalados en el trono los Estuardo.

Este breve intervalo republicano en la historia del Reino de Inglaterra tuvo una significativa repercusión en el Derecho de la *Common Law*, porque desde entonces el Parlamento adquirió una importancia cada vez mayor, reflejada no solo en la labor legislativa que le corresponde en exclusividad, sino también en la absorción de prerrogativas gubernamentales, ya que de entre sus filas salieron los ministros que integrarían el Gabinete, es decir, la función ejecutiva. El Rey o la Reina pasaron así a ser jefes de Estado, pero no de Gobierno.

La restauración de la monarquía permitió gobernar a Carlos II y Jacobo II como reyes de Inglaterra y Escocia, pero su impopularidad determinó que en 1688 se produjera una nueva revuelta, la cual inauguró en Europa el Derecho político moderno y dejó sentir su influencia en la Revolución Francesa de 1789, cien años después. Esta revuelta provocó la destitución del rey por el Parlamento, que ofreció la corona a Guillermo III de Orange, quien reinó junto con su esposa María II de Escocia, hija de Jacobo II. A Guillermo le sucedió Ana, otra hija de Jacobo II, en cuyo reinado se estableció la unión definitiva de Inglaterra con Escocia, bajo el nombre de Reino de Gran Bretaña.

La reina Ana falleció sin sucesión, pues todos sus hijos habían muerto antes que ella, por lo que en 1714 accedió al trono Jorge I, de la Casa de Hannover. Su nieto, Jorge III, hubo de enfrentar la independencia de las trece colonias americanas que formaron los Estados Unidos, la Revolución Francesa y la insurrección de Irlanda. Al mismo tiempo, fue quien dio lugar a la creación del vasto Imperio de la India y a la fusión con Irlanda en 1801, conformando el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda.

En 1837 ascendió al trono la princesa Victoria, hija de Guillermo IV. Su largo reinado, que duró hasta su muerte en 1901, vio la expansión del Imperio británico, el florecimiento de las artes, las letras, la ciencia, las industrias y el comercio. En 1877 fue proclamada emperatriz de la India, a la que gobernó con prudencia y moderación. Durante su reinado se produjo el último y más

significativo cambio de la función judicial inglesa a través de las *Judicature Acts*, discutidas y votadas por el Parlamento entre 1873 y 1875.

Le sucedió su hijo Eduardo VII, que entronizó a la Casa de Sajonia-Coburgo. Tuvo que hacer frente al poderío alemán, fortalecido por la Triple Alianza (Alemania, Austria, Hungría e Italia), para sostener la preponderancia británica. Murió en 1910, sucediéndole su hijo Jorge V, a quien correspondió afrontar la Primera Guerra Mundial. En 1917 se instauró como casa reinante la de Windsor, que se mantiene hasta la actualidad. En 1921, tras cruentas luchas, se reconoció la autonomía de Irlanda, que pasó a formar la República de Eire, con excepción de los seis condados del norte, en la provincia de Ulster, que permanecieron dentro del Reino Unido. En enero de 1936 murió Jorge V y fue proclamado rey su hijo Eduardo, príncipe de Gales, quien con el nombre de Eduardo VIII reinó solo unos meses, pues en diciembre de ese mismo año abdicó por haberse casado con una dama norteamericana divorciada. Su hermano Alberto, duque de York, fue coronado con el nombre de Jorge VI. El período previo a la Segunda Guerra Mundial estuvo marcado por la solución de problemas internos de Gran Bretaña y, durante el conflicto, el país jugó un rol decisivo contra Hitler. El período de posguerra fue escenario de cambios en el orden jurídico, especialmente en la jerarquización de las fuentes del Derecho, ya que la *statute law* (ley escrita emanada del Parlamento) ganó terreno frente a la *common law* (derecho jurisprudencial).

En 1952 murió Jorge VI y le sucedió su hija Isabel II, quien reinó hasta tiempos recientes y bajo cuya presencia se produjeron innumerables y significativos cambios en muchos aspectos de la vida británica, constituyéndose en una de las figuras más respetadas de la historia contemporánea.

Punto de Partida

Mientras que en la Familia Romanista hablamos de un único punto de partida —el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano— y en dos de sus sistemas se observa una situación semejante —el *Code Napoléon* para el francés y el *B.G.B.* para el germano—, en la familia de la *Common Law* hemos de encontrar una doble manifestación de su raíz, conformada por las dos reglas básicas: la del *precedent*, nacida de la actuación de los jueces de la *Royal Court*, y la de la *equity*, elaborada por los magistrados de la *Chancery Court*, conforme lo hemos señalado. Ambas son las que conducen todo el ordenamiento jurídico de esta familia, otorgándole su carácter esencialmente jurisprudencial.

Técnica

Es también diferente de lo que ocurre dentro de la Familia Romanista, donde encontramos la primacía de la ley escrita sobre cualquier otra manifestación jurídica. Aquí, en cambio, por ese carácter jurisprudencial al que tantas veces hemos aludido, la estructura misma del Derecho, que brota de la actuación de jueces y tribunales, adquiere una particularidad tal que comienza con la jerarquización de las fuentes, obviamente distinta de la que el Derecho Romano estableció. Dicha jerarquización es la siguiente:

1. La *Case Law* (*ley del caso*), equiparable, en su traducción, a la sentencia o fallo, cuya reiteración o confirmación constituye, precisamente, la jurisprudencia.
2. La *Statute Law* (*ley estatutaria o parlamentaria*), que podemos identificar mejor con la expresión “ley escrita”. Es la que nace del Parlamento o Función Legislativa. A partir de la Segunda Guerra Mundial, esta fuente ha cobrado un notorio auge, que le permitió pasar del tercer lugar en que antes se ubicaba, al segundo que ahora ocupa.
3. La *Common Law* (*ley común* o costumbre), que arranca desde los más remotos tiempos, pero cuya fuerza se ha ido desgastando debido a los cambios introducidos en la sociedad británica —como en todas las de los países del orbe— a pesar de su deseo de preservarla.
4. La *Reason* (*razón*), esto es, todo lo que brota de la inteligencia humana, resaltada por los juristas ingleses como guía o inspiración misma del Derecho, en función del principio según el cual todo lo que es razonable tiene que ver con el Derecho. Dentro de esta denominación genérica se incluyen lo que, en otras Familias —tal el caso de la Romanista—, aparece como fuentes independientes: los principios generales del Derecho y la doctrina, a las que se añade también la filosofía del Derecho.

Hay juristas que sostienen que este orden jerárquico de las fuentes del Derecho anglosajón habrá de variar con el tiempo, debido al ímpetu que en las últimas décadas ha cobrado la ley escrita. Otros, en cambio —particularmente los juristas ingleses—, estiman que tal situación no se dará, en virtud del apego que este pueblo tiene por sus tradiciones y que, por lo mismo, la jurisprudencia siempre será la primera fuente.

La organización judicial inglesa

Tratándose de una Familia Jurídica cuyo Derecho es predominantemente jurisprudencial y en la cual, por lo tanto, la función judicial es la que realmente lo crea, resulta imprescindible conocer, aunque sea de manera somera y general, cuál es la organización judicial inglesa. Su origen se remonta al siglo XI, y su definitiva reestructuración, en el siglo XIX, dio lugar al establecimiento de una forma particular, como todo lo que se relaciona con el Derecho de la *Common Law*.

Basándonos en la sistematización hecha por el profesor francés René David en su obra *Le Droit Anglais* (El Derecho Inglés), así como en las referencias contenidas en el *Diccionario de Términos Jurídicos Inglés-Español, Spanish-English* de Enrique Alcaraz Varó y Brian Hughes, y procurando sintetizar lo esencial, puede hablarse de dos estamentos bien diferenciados. El alto, correspondiente a la *Supreme Court of the Judicature* (Suprema Corte de la Judicatura), establecida a través de las reformas introducidas entre 1873 y 1875 mediante la *Judicature Acts*, aprobada por el Parlamento.

Está integrada por cuatro Cortes Mayores, en orden descendente: la *House of Lords* (Cámara de los Lores), la *Court of Appeal* (Corte de Apelación), la *High Court of Justice* (Alta Corte de Justicia) y la *Crown Court* (Corte de la Corona). El estamento bajo, en cambio, está compuesto por las demás instancias judiciales, que van desde el *Justice of the Peace* (Juez de Paz) hasta la *County Court* (Corte del Condado), pasando por la *Magistrates' Court* (Corte de los Magistrados), conformando así un sistema judicial de características particulares.

La *House of Lords*, integrada por diez *Law Lords* (Lores de la Ley) nombrados a perpetuidad por el monarca, constituye la autoridad judicial suprema y la última instancia de apelación en Inglaterra y Gales. Entre sus atribuciones figuran las de actuar como Tribunal Supremo y, a la vez, como Tribunal Constitucional.

La *Court of Appeal*, compuesta por once *Puisnes Judges*, representa la instancia inmediatamente inferior a la *House of Lords*. Está dividida en dos secciones: la Civil, que conoce de recursos contra sentencias de la *High Court of Justice*, de las *County Courts* y de algunos *Tribunals*; y la Criminal, que revisa apelaciones contra fallos dictados por la *Crown Court*. Cabe destacar que todos los tribunales superiores son, a su vez, tribunales de apelación (*Appellate Courts*) frente a los reclamos contra los fallos de las instancias inferiores.

La *High Court of Justice* (Alta Corte de Justicia) ejerce jurisdicción nacional en materia civil. Se ocupa de los procesos de mayor cuantía y cuenta con más de un centenar de salas, centralizadas en Londres, aunque con extensiones en Manchester, Liverpool y en los Ducados de Lancaster y Durham. Funciona como tribunal de primera instancia en asuntos civiles, y como tribunal de apelación en lo penal. Se divide en tres secciones: *Queen's Bench Division*, *Chancery Division* y *Family Division*.

La *Queen's Bench Division*, presidida por el *Lord Chief Justice*, es la más importante y activa. Conoce de demandas civiles y mercantiles, incluyendo a la *Admiralty Court* y a la *Commercial Court*. Dispone además de una jurisdicción penal de apelación para revisar causas juzgadas en las *Magistrates' Courts* y en las *Crown Courts*.

La *Chancery Division*, heredera de la antigua *Chancery Court*, conoce de litigios de gran cuantía en materias como quiebras, hipotecas, escrituras, sucesiones contenciosas o administración de patrimonios. Alberga dos tribunales especializados: el de Sociedades Mercantiles (*Company Court*) y el de Patentes (*Patents Court*). Está presidida por el *Lord Chancellor*.

La *Family Division*, presidida por un magistrado denominado *President*, resuelve cuestiones de orden familiar como divorcios, adopciones, tutelas y sucesiones no contenciosas. Su relevancia ha crecido debido a la complejidad y frecuencia de los conflictos familiares. Funciona también como tribunal de apelación respecto de fallos de las *Magistrates' Courts* y las *County Courts*.

Finalmente, la *Crown Court* (Corte de la Corona) ejerce jurisdicción penal sobre delitos graves (*indictment offences*). Cuenta con jueces profesionales (*High Court Judges*, *circuit judges* o *recorders*) y jurados. Actúa, además, como tribunal de apelación de sentencias dictadas por las *Magistrates' Courts*. La siguiente instancia de apelación corresponde a la *Criminal Division of the Court of Appeal* y, en última instancia, a la *House of Lords*.

El estamento judicial que hemos identificado como bajo o menor se compone, a su vez, de varios niveles, comenzando por el inferior.

El *Justice of the Peace* (Juez de Paz), también denominado *Magistrate* (Magistrado), constituye la figura más elemental. Su jurisdicción se limita a un distrito urbano o a una aldea en el ámbito rural. Conoce de asuntos de escasa cuantía en materia civil y de faltas leves en el ámbito penal (*summary offences*).

ces o *petty offences*). No se requiere formación jurídica, sino ser un “buen ciudadano”, alguien respetado por su comunidad y con suficiente autoridad moral para mediar en los conflictos vecinales.

Su rol, respaldado por el Estado, es el de un “amigable componedor” que busca restablecer la armonía. No reciben salario, aunque gozan de ciertos privilegios y permisos laborales. El número de jueces de paz depende de las necesidades poblacionales, y en las últimas décadas ha crecido la participación de mujeres y de profesionales con rango de *solicitors*, lo que ha permitido una mayor tecnificación en la administración de justicia.

La *Magistrates’ Court* (Corte de Magistrados) constituye un nivel superior, aunque integrada por los mismos jueces de paz. En ellas, un número variable de magistrados —a veces hasta nueve— conoce de causas más relevantes en lo civil y penal. Los procesos se tramitan con asistencia de un *solicitor*, y los fallos se elaboran conforme a las reglas del *precedent* o de la *equity*, según corresponda. También reciben el nombre de *Courts of Summary Jurisdiction*, pues son tribunales de primera instancia y, en casos más graves, tribunales de instrucción. Estas cortes son la piedra angular del sistema penal anglosajón: juzgan las contravenciones (*summary offences*) y actúan como jueces de instrucción en los delitos graves (*indictable offences*), iniciando las diligencias preliminares (*committal proceedings*).

La *County Court* (Corte del Condado) es un tribunal local que funciona dentro de la división territorial-administrativa del Reino Unido. Actualmente existen más de cuatrocientas en Inglaterra y Gales. Son los tribunales inferiores en materia civil y resuelven la mayoría de los litigios relacionados con contratos (*contracts*), ilícitos civiles (*torts*), fideicomisos (*trusts*), hipotecas (*mortgages*), incumplimiento contractual (*breach of contracts*), daños y perjuicios (*damages*), quiebras (*bankruptcies*), sucesiones (*probates*), además de asuntos matrimoniales, adopciones y tutelas de menores.

Las *County Courts* son los tribunales más accesibles para la ciudadanía en conflictos de menor cuantía. Cuando el demandado reconoce su falta o acepta lo reclamado por la otra parte, el caso se resuelve definitivamente en esta instancia. Si persiste el litigio, la causa se eleva a la *High Court of Justice* en Londres o en alguna de sus extensiones, lo que implica mayores costos y dificultades. Por esta razón, muchos litigantes prefieren acogerse al fallo de la *County Court*, que además suele imponer sanciones más leves.

Los jueces de las *County Courts* son *circuit judges*, magistrados de carrera con preparación académica. Cada corte cuenta también con un juez a tiempo parcial, denominado *recorder*, que colabora en casos de menor importancia. Los pleitos de mayor cuantía, en cambio, deben ventilarse ante la *Queen's Bench Division* de la *High Court of Justice*.

El ejercicio de la abogacía dentro de la Common Law

La formación de los abogados en Inglaterra se desarrolla en cuatro exclusivos centros de enseñanza conocidos como *Inns of Court*, a los cuales deben pertenecer tanto los jueces como los *Barristers* para poder ejercer. Estos son: *Gray's Inn*, *Lincoln's Inn*, *Inner Temple* y *Middle Temple*. Sin embargo, es la propia Función Judicial, mediante sus Cortes, la que asegura la actualización permanente de los profesionales del Derecho, a través de exámenes y pruebas periódicas que garantizan su idoneidad y eficacia.

Dentro de esta familia jurídica operan dos clases de abogados: *Barristers* y *Solicitors*.

Los *Barristers* son los letrados habilitados para actuar ante los tribunales superiores: la *High Court of Justice*, la *Crown Court*, la *Court of Appeal* y la *House of Lords*. Representan tanto a particulares como a la Corona, y son considerados los verdaderos abogados litigantes. Su exclusividad en la defensa ante las Cortes exige no solo demostrar conocimientos, sino también honorabilidad, como condición para mantenerse habilitados. Deben pertenecer a *The Bar*, gremio equivalente a un colegio de abogados, cuyo nombre proviene de la “barra” (*bar of the Court*), línea que separa a los jueces (*The Bench*) del público. Este vínculo institucional les otorga el privilegio de representar directamente a un cliente en juicio.

En sus despachos profesionales, los *Barristers* suelen acoger a jóvenes *Solicitors* en calidad de asistentes, ofreciéndoles formación práctica y teórica. Con el tiempo, estos pueden convertirse en *Barristers* y aspirar, eventualmente, a la judicatura.

Por su parte, los *Solicitors* son abogados-procuradores que cumplen una doble función: asesoran jurídicamente y litigan en tribunales inferiores, como las *Magistrates' Courts* y las *County Courts*. Tienen a su cargo la preparación del expediente procesal que servirá de base para la defensa asumida por un *Barrister* en instancias superiores. Su trabajo se centra en la tramitación

y gestión de los procesos en nombre del *Barrister*, de modo que suelen considerarse un estamento secundario dentro de la profesión. No obstante, desde hace tiempo, los *Solicitors* también desempeñan funciones relevantes en la judicatura, ya sea como *Justices of the Peace*, secretarios de las *Magistrates' Courts* o *recorders* en las *County Courts*.

Así como los *Barristers* deben estar inscritos en *The Bar*, los *Solicitors* se agrupan en otra institución profesional: *The Law Society Council*. El ingreso a estas corporaciones se expresa con fórmulas distintas: los *Barristers* son *called to the Bar* (llamados al Bar), mientras que los *Solicitors* son *admitted to practice* (admitidos para ejercer).

En general, tanto *Barristers* como *Solicitors* eligen, desde el inicio de su carrera, una de las dos tradiciones jurídicas que caracterizan a la *Common Law*: la del *precedent* o la de la *equity*, lo que orienta su especialización y sus actuaciones futuras.

Ideología

En este aspecto se advierte una notable similitud con la Familia Romanista, ya que también en los sistemas que integran la *Common Law* permanece vivo y vigente un espíritu liberal que otorga primacía a los derechos individuales de la persona. Autores como Simmonds destacan que, al haber surgido el liberalismo en Inglaterra, el reconocimiento de las prerrogativas y facultades inherentes al ser humano, por el solo hecho de serlo, constituye un principio indeleble en su tradición jurídica. Este sentimiento, lejos de desaparecer, tiende a consolidarse con el paso del tiempo, pues se sustenta tanto en la intrínseca valía del principio como en el apego a la tradición que caracteriza al pueblo inglés.

Ámbito de aplicación

El ámbito geográfico de aplicación del *Common Law* corresponde, en primer lugar, al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, es decir, a los territorios de Inglaterra, Gales y Escocia —situados en la isla de Gran Bretaña—, así como a la región del Ulster, en la parte septentrional de la isla de Irlanda, y a las pequeñas islas adyacentes a sus costas. A este núcleo se suman diversos espacios vinculados históricamente al Reino Unido en calidad de colonias, protectorados o territorios dependientes: en Europa, el Peñón de Gibraltar; en Asia, Hong Kong y Brunei; en África, la isla de Santa Elena con

sus dependencias y el Territorio Británico del Océano Índico; en América, Antigua, Belice, Bermudas, las Islas Caimán, las Islas Malvinas o Falkland y las Islas Vírgenes Británicas; y, en Oceanía, Pitcairn, Cantis y Enderbury.

Ámbito de influencia

Su ámbito de aplicación resulta tan amplio, o incluso mayor, que el correspondiente a la Familia Romanista, particularmente a su Sistema Francés, que es el más difundido. No obstante, en lo que respecta a la Europa continental, el *Common Law* carece de presencia, debido a las razones históricas ya mencionadas. En cambio, en los demás continentes su influencia se ha proyectado de manera efectiva y persistente, aun frente a la tendencia generalizada del mundo contemporáneo a privilegiar y difundir la ley escrita. Veamos, a continuación, algunos aspectos de esta expansión.

América

Comenzando por América del Norte, encontramos a Canadá, que, aunque continúa siendo un Dominio de la Gran Bretaña, goza de plena autonomía. Su régimen jurídico se inscribe dentro del Derecho de la *Common Law*, con la excepción de la provincia de Quebec, donde, como ya se expuso, prevalece la tradición del Derecho Francés.

En cuanto a los Estados Unidos de América, su ordenamiento —especialmente el Derecho Federal, aplicable a todos los Estados de la Unión— se adscribe a esta Familia, si bien ha desarrollado características propias que permiten considerarlo como un sistema particular dentro de ella. A nivel interno, la autonomía legislativa de cada Estado explica ciertas particularidades, en especial en los Estados del sur, donde la influencia francesa e hispana, producto de sus raíces históricas, se refleja de manera evidente en sus legislaciones.

En Centroamérica y, de modo destacado, en la región insular del Caribe, existen Estados independientes que, por haber formado parte de la *Commonwealth* y por haber desarrollado su cultura bajo la impronta británica, adoptaron el modelo jurídico inglés. Tal es el caso de Jamaica, Trinidad y Tobago, Barbados, Dominica, Santa Lucía, Bermudas y Granada, entre otros.

Finalmente, en América del Sur, la *Common Law* se encuentra únicamente en Guyana, nación que surgió tras la independencia de la antigua Guayana

Inglesa y que, al igual que los anteriores, se mantiene vinculada a la *Commonwealth*.

Asia

Aparte de los influjos ejercidos, sobre todo en el ámbito de la estructura administrativa, dentro de los nuevos Estados que Inglaterra recibió en calidad de Protectorados, o que colonizó directamente, es preciso señalar como países asiáticos incorporados de manera efectiva al área de influencia de la *Common Law* a Sri Lanka (Ceilán), Bangladés, Singapur, Malasia y Chipre, los cuales, hasta la actualidad, permanecen vinculados a la *Commonwealth*.

Entre ellos ocupa un lugar central la India, colonizada por los británicos a partir del siglo XVII y cuya situación merece especial atención por las condiciones singulares de esa relación y las profundas repercusiones jurídicas y culturales que aún perduran. La actual República Federal de la India, independiente desde 1947, se extiende sobre casi toda la península Indostánica, con una superficie cercana a los tres millones de km² y una población superior a los 800 millones de habitantes. Este Estado constituye un mosaico de razas, lenguas y costumbres, heredero de una de las culturas más antiguas del mundo. Desde el período védico (1500 a. C.), la religión brahmánica impregnó profundamente la vida espiritual y social de los hindúes, otorgando cierta cohesión cultural que se proyectó incluso en la creación de un sistema jurídico propio: el Derecho Hindú. Este llegó a configurar una verdadera Familia Jurídica, hoy en vías de extinción, tanto por la penetración de la *Common Law* como por la necesidad de elaborar, tras la independencia, un Derecho nacional adecuado a los retos contemporáneos.

La India, pese a las sucesivas invasiones que experimentó, entre ellas la determinante influencia árabe, vivió con los británicos una experiencia colonial distinta. A diferencia de otros pueblos colonizadores, los ingleses adoptaron una actitud de respeto hacia la cultura local, presentándose como liberadores. Ello facilitó que fueran aceptados y permitió que su influencia se consolidara progresivamente. El inglés se convirtió en segunda lengua oficial después del hindi, y la *Common Law* pasó a integrarse en la estructura orgánica del Derecho indio. La temprana adscripción del país a la *Commonwealth* confirmó, además, la persistencia de su vínculo con lo británico, al punto de considerarse a veces que la India constituye un sistema particular dentro de la propia Familia de la *Common Law*.

El caso de Pakistán, sin embargo, siguió una trayectoria diferente. También bajo dominio británico y con una aproximación cultural semejante, este Estado se distanció tras la independencia, principalmente por motivos políticos y religiosos. Su identidad islámica, ligada a los antecedentes árabes de su civilización, condujo a la ruptura con Gran Bretaña y a su retiro de la *Commonwealth*, consolidándose como una República Islámica.

Africa

La influencia de Inglaterra en África ha sido decisiva en múltiples órdenes. Dado que este continente constituía el paso obligado hacia la India, los marinos ingleses buscaron establecer enclaves estratégicos que les permitieran fondear sus naves y reabastecerse de agua y alimentos. Aquellos asentamientos iniciales sentaron las bases de lo que, con el tiempo, se convertiría en colonias.

Al igual que señalamos en referencia a la influencia francesa en la llamada África Negra, muchos de estos pueblos carecían de una tradición cultural suficientemente consolidada como para resistir el impacto de la civilización traída por los colonizadores. En consecuencia, experimentaron un auténtico trasplante cultural, en el que la lengua inglesa y el Derecho británico se impusieron como elementos dominantes.

Tras los procesos de emancipación, estos territorios se constituyeron en Estados soberanos, en su mayoría con régimen republicano, que, no obstante, mantuvieron su adscripción a la *Commonwealth*. Entre ellos se cuentan Zambia, Sierra Leona, Tanganica (hoy parte de Tanzania), Ghana, Nigeria, Uganda, Botsuana, Lesoto y Kenia.

Oceanía

Aunque descubierta y explorada inicialmente por marinos españoles y portugueses, esta quinta parte del mundo —compuesta íntegramente por islas, siendo la mayor de ellas Australia, con casi ocho millones de kilómetros cuadrados— quedó bajo dominio de la civilización inglesa, que llevó adelante un proceso colonizador tan profundo que puede hablarse, más que de una simple influencia, de un verdadero trasplante cultural y humano. Tal proceso condujo a que los territorios de Australia y Nueva Zelanda llegaran a ser concebidos como auténticas *Nuevas Inglaterras*.

Junto a estos dos Estados, que representan los países más extensos y desarrollados de la región, se encuentran también otros como Samoa Occidental, Fiyi, las Islas Salomón, Tuvalu, entre otros. Todos ellos, como herencia de su antigua pertenencia al Imperio británico, mantienen estrechos vínculos con su cultura y, de manera particular, con su Derecho, permaneciendo hasta hoy integrados en la *Commonwealth*.

CAPÍTULO III

La familia socialista

■ Sección I Consideraciones preliminares

La llamada *Familia Socialista*, integrada por las expresiones jurídicas creadas en países que adoptaron gobiernos revolucionarios inspirados en la doctrina político-ideológica de Karl Marx y Friedrich Engels —expuesta en el célebre *Manifiesto Comunista* (1848)—, constituye la más joven de las Familias Jurídicas vigentes. Su surgimiento se remonta a 1917, con la consolidación de la *revolución bolchevique* que puso fin al régimen zarista en Rusia y dio origen a la Unión Soviética. Desde entonces, el nuevo Estado desplegó una intensa labor expansionista, tanto ideológica como territorial, que aseguró la difusión de su modelo en amplias zonas de Europa y Asia.

El objetivo central del marxismo consistía en edificar un Estado en el cual el “pueblo”, integrado por obreros y campesinos, ejerciera el poder político y controlara sus instituciones, rompiendo de manera definitiva con el orden anterior. Este Estado debía ser la antesala de una sociedad nueva, sin desigualdades, guiada por principios como “a cada cual según su trabajo”, propio del socialismo, y “a cada cual según sus necesidades”, aspiración del comunismo. En su fase ideal, el sistema llevaría a la desaparición del propio Estado y del Derecho, cuando cada individuo pudiera autorregularse sin coerción jurídica ni adscripción nacional.

La Unión Soviética fue, por tanto, la matriz de esta Familia Jurídica, cuyo Derecho se configuró para consolidar los ideales de la revolución y estructurar un nuevo tipo de Estado. Sin embargo, pese a haber mantenido un férreo control político durante más de setenta años, el régimen no logró superar la primera etapa de su programa: la “dictadura del proletariado”.

Durante la era de Leonid Brézhnev (1964-1982), las tensiones internas se hicieron cada vez más visibles, a pesar de la represión. Los breves gobiernos de Yuri Andrópov (1982-1984) y Konstantín Chernenko (1984-1985) profundizaron la crisis y el descontento social. Finalmente, las políticas de *glasnost* (transparencia) y *perestroika* (reforma), impulsadas por Mijaíl Gorbachov a partir de 1985, abrieron paso a las libertades reprimidas y precipitaron el colapso de la Unión Soviética, marcando el ocaso de su régimen jurídico-político.

Pese también a la intención de entronizar la doctrina marxista como una ciencia, por tanto indiscutible en su contenido y no sujeta a variaciones en su interpretación—como corresponde a todo conocimiento de carácter científico—dicha doctrina se presentó explicitada en, cuando menos, cuatro versiones diferentes: La Soviética, la Yugoeslava, la China y la Albanesa, citadas en orden de aparición, ostentando cada una de ellas la pretensión de considerarse la ortodoxa, la fidedigna, con respecto a sus ideólogos Marx, Engels y Lenin, habiendo, incluso, como persiste en manifestarse, una prescindencia de Engels, para sólo identificarla con el generalizado nombre de “marxismo-leninismo”.

En el campo jurídico, esta doctrina generó, dentro de la Familia Socialista, cuatro Sistemas, de acuerdo con la terminología aquí empleada, es decir, cuatro vástagos que se desgajaron de su tronco común, a tenor de las versiones que, sobre la ideología en referencia, hemos anotado líneas arriba. Los Sistemas Soviético, Yugoslavo y albanés desaparecieron a raíz de la caída de los regímenes que los gobernaron, quedando en pie, únicamente el chino, al cual dedicaremos nuestro estudio por ser, en la actualidad, el representante indiscutible de esta Familia, no obstante persistir, todavía, como un último refugio y rezago del Sistema Soviético, el correspondiente a la isla de Cuba, aunque como régimen político antes que jurídico, pues el Derecho allí impuesto no contó ni cuenta, sino con los lineamientos generales de dicho Sistema.

Sección II El sistema chino

Aclaración indispensable

Conviene precisar —aunque parezca redundante— que la denominación *Derecho Chino* alude al ordenamiento surgido con la instauración de la República Popular China en 1949 y a su evolución posterior. El antiguo Derecho Chino, en cambio, subsiste únicamente como referencia histórica: ya no constituye un sistema vigente, aunque en su momento llegó a configurar, dentro del conjunto de las Familias Orientales, una auténtica Familia Jurídica. Estas Familias se caracterizan por la fusión entre normas religiosas y jurídicas, y en el caso de China el budismo desempeñó un papel determinante, fortalecido por las enseñanzas filosóficas de Confucio, Lao Tse y Mencio.

Referencia histórica

China es, sin duda, una de las civilizaciones más antiguas del mundo. Con más de cuatro mil años de historia documentada y logros culturales que constituyen pilares del desarrollo humano, su presencia resulta ineludible en cualquier revisión de la trayectoria de la humanidad. Sus manifestaciones como comunidad organizada se remontan a milenios anteriores, y la antigüedad de sus ancestros —atestiguada por hallazgos como el *Homo yuanmouensis*— se calcula en más de un millón de años.

Siguiendo la reseña de Qin Shi en su obra *China* (Editorial Nueva Estrella, órgano oficial de difusión del gobierno), la historia del país se divide en cuatro grandes etapas: a) Tiempos Antiguos, b) Época Moderna, c) Revolución de Nueva Democracia y d) República Popular.

La primera etapa, los *Tiempos Antiguos*, abarca desde los orígenes de la civilización hasta 1840, año en que se desencadena la “Guerra del Opio”. Durante la “sociedad primitiva” surgió hacia el siglo XXI a. n. e. la dinastía Xia, seguida por Shang y Zhou del Oeste, todas ellas en el marco de un sistema esclavista. Posteriormente, el *Período de Primavera y Otoño* y el *Período de los Reinos Combatientes* marcaron la transición hacia el feudalismo. En 221 a. n. e., Qin Shi Huang unificó el territorio bajo la dinastía Qin, instaurando el primer Estado feudal, plurinacional y centralizado. A partir de entonces,

se sucedieron más de veinte dinastías hasta la caída de la dinastía Qing, en 1911, cuando la revolución dirigida por Sun Yat-sen proclamó la República de China.

La segunda etapa, denominada *Época Moderna* (1840-1919), se inicia con la mencionada “Guerra del Opio”, promovida por Inglaterra para preservar sus intereses comerciales en el país. Este conflicto supuso un punto de inflexión, pues culminó con la firma del Tratado de Nankín y la apertura forzada a las potencias extranjeras. El reparto del territorio por parte de las potencias europeas originó levantamientos nacionalistas, entre los cuales destacó la “Revolución del Reino Celestial de Taiping” (1851), considerado el mayor movimiento campesino de la historia china. Finalmente, en 1911, el Dr. Sun Yat-sen lideró la revolución que abolió la monarquía y fundó la República de China, evento decisivo en la historia moderna del país.

La tercera etapa, la de la Revolución de Nueva Democracia (1919-1949), está marcada por la irrupción del Partido Comunista en la lucha por el poder, hasta alcanzar su pleno dominio en el territorio continental. Dicho partido fue fundado en 1921 por grupos comunistas conformados en diversos sectores de China, cuyos representantes —encabezados por Mao Tse Tung (Mao Zedong)— reunidos en Shanghái en el I Congreso Nacional, proclamaron su presencia a raíz del estallido del “Movimiento 4 de Mayo” de 1919, que facilitó la propagación del marxismo-leninismo.

Ahora bien, aunque para los partidarios del régimen vigente en China —tal es el caso de Qin Shi— lo más importante de toda la historia del país sea la creación del Partido Comunista, no es posible reducir a ese hecho lo acontecido en un período tan significativo. Si bien dicho proceso resultó decisivo para los cambios posteriores, no fue el único digno de figurar en la historia. No se puede desconocer, por ejemplo, la trascendencia del Dr. Sun Yat-sen, ya citado y a quien historiadores de otros países reconocen como el “Padre de la China Moderna”.

Fundador del Kuomintang y de la República de China, abolió la monarquía manchú que la gobernaba e impulsó la revolución social que luego se vería interrumpida por las guerras civiles alentadas por los comunistas. Más tarde, muerto Sun Yat-sen, el general Chiang Kai-shek le sucedió en la presidencia de la República y del Kuomintang, debiendo encarar la invasión japonesa de 1937. Este conflicto, que propició una tregua interna destinada a repeler al invasor, sirvió también para que los comunistas consolidaran sus fuerzas,

ampliaran su base social, sobre todo entre los campesinos, y ganaran territorios. Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, en 1945, la derrota de Japón coincidió con el desgaste y la corrupción del gobierno nacionalista, lo que facilitó el triunfo del Partido Comunista, que terminó imponiéndose en casi todo el territorio continental.

La cuarta etapa, la de la República Popular, se inicia el 1 de octubre de 1949, fecha en la que, solemnemente, fue proclamada por su primer presidente, Mao Tse Tung. Desde entonces hasta nuestros días (Julio de 1995), han transcurrido casi 46 años durante los cuales una serie de acontecimientos dieron lugar a su división en períodos de afianzamiento del régimen y de sus programas. Durante los tres primeros años se buscó el restablecimiento de la economía nacional. De 1953 a 1956 se efectuó “la transformación socialista: conducir al campesinado y a los trabajadores artesanos a organizarse en cooperativas, partiendo de su propia voluntad” (Qin, 1995, p. 32).

De 1957 a 1966 “comenzó la construcción socialista en gran escala”, aunque hubo serios tropiezos políticos y económicos reconocidos por el propio régimen comunista. Los primeros a causa de “la campaña contra los derechistas y la lucha contra la ‘tendencia derechista’, en las que se extralimitaron seriamente” (Qin, 1995, p. 32). Los segundos, porque el “gran salto adelante”, como se llamó al impulso tomado con el propósito de aniquilar los resabios de la “sociedad burguesa” y el movimiento por establecer comunas populares, “tenían en menos las leyes objetivas y procuraban éxitos rápidos... de ello nacieron errores de tendencia ‘izquierdista’ con altos índices, conducción a ciegas, fanfarronería y ‘viento de comunicación’ como señales principales...” (Qin, 1995, p. 32).

Entre mayo de 1966 y octubre de 1976 transcurrió la denominada “revolución cultural”, iniciada y conducida por Mao. Según Qin (1995):

Su tesis principal consistía en que un numeroso grupo de representantes de la burguesía, revisionistas contrarrevolucionarios, se había introducido en el seno del Partido Comunista, en el Gobierno, en las fuerzas armadas y en la esfera cultural, y sólo con la realización de una gran revolución cultural se podrían recuperar los poderes usurpados por los dirigentes seguidores del camino capitalista, etc. Semejante tesis era errónea por completo en cuanto al cálculo de la situación de clase y política del Partido y el Estado. (pp. 32-33)

En octubre de 1976, con el apoyo de las grandes masas populares, el PCCh hizo añicos la camarilla contrarrevolucionaria de Jiang Qing. China entró en una nueva etapa del desarrollo de su historia. En julio de 1977, basándose en las energéticas demandas del pueblo de todo el país, Deng Xiaoping fue restituido en todos los cargos dentro y fuera del Partido Comunista, de los cuales había sido destituido durante la “revolución cultural”. Con la convocatoria de la II Sesión Plenaria del XI Comité Central de PCCh a finales de 1978, se hizo realidad “el gran viraje con significado de largo alcance, poco visto tras el nacimiento de la Nueva China” (Qin, 1995, p. 33).

En 1979, China comenzó a aplicar políticas de reforma y apertura, corregir en todas las líneas los errores de tendencia “izquierdista” de la “revolución cultural” y de los tiempos anteriores, y trasladar el centro de gravedad del trabajo hacia la modernización, reajustando energéticamente las relaciones proporcionales de la economía nacional, reformando las estructuras de la economía y la política, pudiendo definir gradualmente un camino para la modernización socialista acorde con la situación de China.

A partir de 1979, con la reforma y la apertura, la fisonomía del país ha experimentado profundos cambios. Este último es el de mejor situación conocida desde la fundación de la República Popular China y, también, el de más beneficios logrados por el pueblo. (Qin, 1995, pp. 33-34)

División Administrativa

Considerando a la República Popular China desde el punto de vista administrativo, podemos señalar que el vasto territorio que ocupa, y que alcanza aproximadamente los 9.600.000 km², está dividido en 23 provincias, 5 regiones autónomas y 3 municipios directamente subordinados al poder central: Beijing, Tianjin y Shanghái.

Dentro de esas 23 provincias se incluye a Taiwán, compuesta por los territorios insulares de Formosa, Quemoy, Matsu y Penghu, es decir, la actual República de China Nacionalista, así como a los territorios de Hong Kong y Macao, todavía bajo el poder de los ingleses y los portugueses, respectivamente, y que, de acuerdo con los tratados vigentes, deberán ser entregados al gobierno chino en plazos muy breves: Hong Kong, el 1 de julio de 1997, y Macao, el 20 de diciembre de 1999.

Su población actual (julio de 1995) se calcula en más de 1.200 millones de habitantes, partiendo del Cuarto Censo Nacional realizado en 1990, que arrojó la cifra de 1.133.688.000 habitantes en la China continental. Se estima que cada año la población aumenta en 15 millones. A partir de la década de 1970, el gobierno aplica la política de planificación familiar que, en 1979, prescribió un solo hijo por cada matrimonio, con el propósito de que la población no rebase los 1.300 millones. El aborto está legalizado y es obligatorio para la madre soltera y para aquella que, de manera excepcional, tiene más de un hijo. Más del 80 % de la población radica en el campo, a pesar de las constantes y masivas migraciones hacia las ciudades, en función del progresivo desarrollo industrial y económico que en ellas se concentra. En consideración a esta realidad, se sigue hablando —algunas veces con un tono injustamente peyorativo— de que el pueblo chino es un pueblo de campesinos.

Esta inmensa población integra las 56 nacionalidades que conforman China, de las cuales la etnia han es la más importante, pues representa el 91,96 % de la población total. Su preponderancia es notoria, habiéndose impuesto incluso su idioma como lengua oficial del país. Las otras 55 nacionalidades constituyen lo que se denomina las “minorías étnicas”, y en efecto lo son, ya que en conjunto abarcan únicamente el 8,04 % restante de la población total de China.

Aspectos Políticos

A propósito del sistema político que rige en la República Popular China, en otra de sus publicaciones informativas, titulada *Estructura Política*, sin nombre de autor y difundida también por la editorial *Nueva Estrella*, se lee lo siguiente:

La RPCh es un país socialista de dictadura democrática popular, dirigida por la clase obrera y basada en la alianza obrero-campesina. Esta es la naturaleza estatal, o sea, el sistema estatal de China. La dictadura democrática popular comprende dos aspectos: aplicar la democracia en el seno del pueblo y ejercer la dictadura sobre los enemigos del pueblo. Estos dos aspectos se combinan estrechamente y, al mismo tiempo, se unifican recíprocamente. La dictadura democrática popular es una dictadura del proletariado a estilo chino, parte de las condiciones concretas de la nación y refleja, por un lado, que la Nueva China es un Poder popular establecido bajo la dirección del Partido Comunista de China (PCCh), mediante la revolución de nueva democracia llevada a cabo en acción conjunta por la clase obrera, el campesinado, la bur-

guesía nacional y otros estamentos, y por otro lado, refleja la amplitud de la base clasista del Poder estatal y demuestra que el pueblo es el dueño de su país. (Nueva Estrella, 1995, p. 14)

La estructura del Estado correspondiente a esta “Nueva China” nos muestra la siguiente jerarquización:

1. Órganos del poder del Estado: la Asamblea Popular Nacional y las asambleas populares locales de los distintos niveles. Qiao Shi figura como Presidente del Comité Permanente de la Asamblea Popular Nacional, órgano supremo del poder estatal.
2. El Presidente de la RPCh, que en este momento es Jiang Zemin, quien desempeña simultáneamente los cargos de Secretario General del Comité Central del PCCh y Presidente de la Comisión Militar Permanente.
3. Órganos administrativos del Estado: el Consejo de Estado (identificado como el Gobierno Popular Central) y los gobiernos populares locales de los distintos niveles. Li Peng es el Primer Ministro y Presidente del Consejo de Estado.
4. Órgano directivo militar del Estado: la Comisión Militar Central.
5. Órganos judiciales del Estado.
6. Órganos fiscalizadores del Estado.

En total existen 27 ministerios, dirigidos por ministros, viceministros y directores, además de 3 comisiones de alto rango encabezadas por un presidente: la *Comisión Estatal de Cultura Física y Deporte*, la *Comisión Estatal de Planificación Familiar* y la *Comisión del Banco Popular de China*.

Para llegar a desempeñar cualquiera de estas altas funciones —y aun cargos de menor jerarquía que también constituyen expresiones de poder— es necesario cumplir ciertos requisitos, como ocurre en todos los países. Sin embargo, hay una condición fundamental exclusiva de este tipo de regímenes: ser miembro del Partido Comunista y haber demostrado “su patriótica entrega a la causa del socialismo”.

Desde el punto de vista político, vale dejar establecido, entonces, que el Partido Comunista es el que domina a plenitud. “*Fue fundado en 1921 y hoy cuenta con más de 52 millones de integrantes*” (Nueva Estrella, 1988, p. 53), nos dice el anónimo autor, lo que equivale, calculamos nosotros, a tan sólo el 4,4 % de la población de China.

Existen, además, reconocidos por el gobierno, ocho partidos políticos que, desde luego, marchan de común acuerdo con el Partido Comunista. Se los designa con el genérico nombre de “partidos democráticos” y, aunque su presencia y vigencia se subrayan sobre todo en el ámbito internacional, internamente —pese a lo que oficialmente se diga— no tienen significación alguna ni verdadera participación en la conducción de los destinos del país.

A este respecto, desde la perspectiva propia del régimen, la misma publicación *Estructura Política* (1988) señala lo siguiente:

Los partidos democráticos son alianzas políticas vinculadas con una parte de los trabajadores socialistas y de los patriotas que apoyan al socialismo con quienes se vinculan respectivamente; son partidos amigos del PCCh, partidos que toman parte en el Poder, que cooperan mancomunadamente con el PCCh, y se dedican en conjunto a la causa socialista. Por lo tanto, no son partidos fuera del poder ni oposiciones. (p. 6)

Coexistencia duradera, supervisión mutua, trato recíproco con el corazón en la mano e íntima compañía tanto en la alegría como en la desgracia: he aquí el principio fundamental de la cooperación entre el PCCh y los partidos democráticos. El PCCh, por estar en el poder y dirigir un país grande que cuenta con 1.100 millones de habitantes, necesita escuchar las opiniones y críticas provenientes de los diversos sectores, aceptar la supervisión de las amplias masas populares y desplegar su papel de supervisión. (p. 7)

El principio general para poner en juego el papel de supervisión de los partidos democráticos es: sobre la base de mantener los cuatro principios fundamentales (persistir en el camino socialista, persistir en la dictadura democrática popular, persistir en la dirección del PCCh y persistir en el marxismo-leninismo y el pensamiento de Mao Zedong), poner en pleno juego la democracia. (p. 8)

No obstante esta sumisión a la doctrina inspiradora del régimen, que parece haber definido y delimitado todo, en el XIV Congreso Nacional del PCCh, celebrado en octubre de 1992, y en la Primera Sesión de la VIII Asamblea Popular Nacional, celebrada en marzo de 1993, se plantearon nuevas demandas sobre la reforma de la estructura política y de los organismos del Estado, habiéndose establecido un plazo de tres años para reformar la estructura gubernamental de los distintos niveles.

Aspecto jurídico

En lo que al aspecto jurídico concierne, en la publicación titulada *El trabajo legislativo y judicial*, perteneciente a la colección *Beijing Informa*, en la que aparece como redactor Zhou Baoxi y como reportero Zhang Zhiye, encontramos esta otra referencia, también digna de ser transcrita en forma literal:

Una vez fundada la nueva China, se inició inmediatamente el trabajo para establecer y perfeccionar el sistema legal en el país. El ‘programa común’ formulado en 1949 sirvió de constitución provisional. En 1954 se elaboró la primera Constitución de la República Popular. Antes y después de esto, también se redactaron ciertas leyes. Pero, en aquel entonces, la atención que se prestaba a este trabajo no era consecuente. Durante la ‘revolución cultural’ (1966-1976), la legalidad sufrió una destrucción aún más grave. A finales de 1978, en la III Sesión Plenaria del XI Comité Central del PCCh se planteó la necesidad de fortalecer el trabajo legislativo y judicial, sistematizar y legalizar la democracia para que este trabajo y las leyes logren un desarrollo seguro y continuo y tengan autoridad” (Baoxi y Zhiye, 1988, p. 12).

Además de la Constitución de 1954, se han dictado otras tres, como fruto de los diferentes puntos de vista y enfoques de la realidad nacional china, establecidos por los jerarcas que en esas distintas circunstancias ejercían el poder. La segunda Constitución fue promulgada en 1975, a fin de oficializar los principios de la revolución cultural. La tercera, sólo tres años después, en marzo de 1978. Finalmente, la última, que data del 4 de septiembre de 1982, que, curiosamente, deja a un lado los principios de la revolución cultural y busca establecer una mayor apertura hacia el resto del mundo.

Jurídicamente, a tenor de lo que establece la Constitución vigente y los principios que la inspiran, la República Popular China, teniendo como base de sustentación la doctrina marxista-leninista, trata de garantizar que el mundialmente reconocido “principio de legalidad” esté presente en los actos del gobierno y en la convivencia normal y diaria de su pueblo. Las citas anteriores y las que vienen a continuación son las mejores ilustraciones de que tal principio no encuentra la dimensión exacta entre unos y otros y que, no obstante disponer de la fuerza indefinible de un Estado totalitario, ello no es garantía suficiente para que el acatamiento de una ley se manifieste a plenitud en una sociedad.

Acatar las leyes aprobadas constituye un problema primordial para la construcción de la legalidad en China. En 1979 se fundó el Comité para el Sistema Legal, encargado de las actividades legislativas del Estado. Según estadísticas, desde 1979 hasta la fecha, la APN (Asamblea Popular Nacional) y su Comité Permanente, el Consejo de Estado y sus ministerios y comisiones han elaborado o ratificado 700 leyes, decretos, reglamentos y resoluciones de carácter jurídico. Entre ellos figuran el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Procedimiento Civil (proyecto), la nueva Ley Electoral, la Ley Orgánica de las Asambleas Populares Locales y Gobiernos Populares Locales de los Diversos Niveles, la Ley Orgánica de los Tribunales Populares y la Ley Orgánica de las Fiscalías Populares, la nueva Ley de Matrimonio y la Ley de Nacionalidad. Se están elaborando la Ley de Sucesiones y otras. (Baoxi y Zhiye, 1988, p. 15).

La administración de justicia

Funciona a través de estamentos cuya jurisdicción coincide con la división político-administrativa del Estado y nace de la voluntad popular expresada en las Asambleas, que son, en definitiva, las que los crean y designan a sus magistrados, de acuerdo con las necesidades de cada sector geográfico y de cada materia.

“Las asambleas populares de las provincias, municipios y regiones autónomas y los diversos departamentos subordinados al Consejo de Estado han establecido toda clase de órganos judiciales” (Baoxi y Zhiye, 1988, p. 7). En esta obra se señalan los rasgos característicos de la organización judicial china y se pondera el singular avance que tal actividad ha tenido en los últimos tiempos, con el propósito de garantizar, más allá del bienestar de los ciudadanos, el mantenimiento del orden socialista y de la estructura estatal creada por la revolución.

El mismo texto añade que el número de trabajadores de la magistratura aumentó de 90.000 en 1978 a 540.000 en 1983. El Tribunal Popular Supremo, los tribunales populares superiores y cerca de 300 tribunales populares intermedios han instituido juzgados para casos económicos. Asimismo, se han instaurado órganos judiciales ejecutivos a niveles central, provincial, prefectoral y distrital, encargados de la educación jurídica, la propaganda del sistema legal, el trabajo de abogacía y el notariado. De igual modo, se restauraron estos dos últimos sistemas y se crearon nuevas organizaciones y organismos correspondientes (Baoxi y Zhiye, 1988).

En suma, se evidencia una sostenida preocupación por hacer que la administración de justicia se manifieste en su más cabal expresión y logre su más alta aspiración. Un rasgo característico de la justicia en China es la presencia y actuación del llamado *Comité de Mediación*, definido como:

Una organización de carácter de masas que trabaja bajo la dirección del gobierno popular y del tribunal a nivel de base (el más bajo de todos). Su tarea consiste en reconciliar los pleitos civiles generales y las causas criminales leves, así como difundir la política, las leyes y los decretos durante su trabajo. No es una organización judicial ni administrativa del Estado. Sólo le incumbe persuadir, canalizar y educar. (Baoxi y Zhiye, 1988, p. 84)

Este comité ha realizado una gran labor de entendimiento entre los litigantes y ha solucionado numerosos casos de controversia, lo cual resulta especialmente relevante. Opera por consentimiento de las partes. La mediación, en efecto, constituye una vieja costumbre del campesinado chino, que la revolución ha reivindicado recientemente y aprovecha con eficacia.

Punto de partida

En la familia socialista en general y, por supuesto, en el sistema chino que hoy la representa, no se encuentra la distinción clásica e insoslayable que tanto para los juristas de la familia romanista como para los de la *common law* resulta fundamental: aquella que separa al derecho público del derecho privado, en función de la presencia o ausencia del Estado en la relación jurídica.

En el mundo socialista, donde el Estado se concibe como un ente todopoderoso y siempre presente en las relaciones de sus súbditos —pues nada de lo que ellos hacen le resulta ajeno— no hay cabida para una “privacidad” jurídica. Por ello, no se puede apelar, como en las dos familias mencionadas, al derecho civil o derecho común en su concepción clásica. Aquí, como ocurrió en el derecho soviético, es necesario acudir al derecho público por excelencia: el derecho constitucional, que determina los lineamientos, caracteres y poderes que al Estado corresponden o pueden corresponder.

Ocurre, sin embargo, que, si bien toda expresión del derecho es susceptible de verse influida por la ideología, aquella que corresponde al derecho constitucional es, sin duda, la más vulnerable. La doctrina que lo sustenta

entroniza sus postulados y determina, a su vez, las directrices de dicho orden. Así ha ocurrido, como no podía ser de otra manera, en la familia socialista, abiertamente adscrita al pensamiento marxista-leninista que le sirve de base. Por ello, en lo que respecta al punto de partida de esta familia jurídica y, en particular, del sistema chino, debemos remitirnos a la Constitución Política del Estado.

Al mencionar, dentro del aspecto jurídico de la Nueva China, la presencia de diversas constituciones se señalaba que la primera en promulgarse fue la de 1954. No obstante, el *Programa Común*, formulado en 1949 al inicio mismo de la creación de la República Popular China, había cumplido la función de “constitución provisional”. Es, por tanto, en este *Programa Común* donde debe buscarse el punto de partida del sistema chino, pues, aunque en las constituciones posteriores se modificaron metas y estrategias, el criterio doctrinal subsiste, así como la intención de llevar adelante la revolución sin condiciones.

Técnica

En este campo, se advierte una clara aproximación a la familia romanista, en lo que respecta al respeto prescrito hacia la ley escrita. En efecto, conforme puede apreciarse no solo en lo que se afirma y difunde sobre el régimen chino por parte de los propios órganos oficiales de propaganda, sino también en lo que puede observarse objetivamente en su derecho, desde 1979 —quizá como consecuencia de lo alcanzado a través de la “Revolución Cultural”— se ha producido una prolífica creación normativa en los distintos órdenes de la actividad social. A ello se suma un interés cada vez más explícito y difundido en que dichas leyes sean respetadas por la comunidad que a ellas debe someterse.

Todo esto hace que la ley, entendida como el precepto emanado de la autoridad competente y fruto de la actividad legislativa generada en las Asambleas Populares o en el Consejo de Estado, se constituya en la regla que predomina por encima de cualquier otra manifestación jurídica. Cabe subrayar, sin embargo, que toda ley promulgada debe sustentarse en los principios de la doctrina suprema —el marxismo-leninismo—, fuente de toda realización jurídica y política en la sociedad china. Con ello se retorna al círculo vicioso en el que ley y doctrina, ambas consideradas fuentes del derecho son simultáneamente entendidas como predominantes y determinantes en su influencia.

En torno a esta problemática surgió una seria controversia entre juristas soviéticos y no socialistas. Los primeros jerarquizaban las fuentes del derecho colocando a la ley en primer lugar y a la doctrina en el último, cuando en la práctica ocurría lo contrario, dada la fuerza que ostentaban los principios doctrinarios del marxismo.

Algo similar podría decirse del derecho chino. Sin embargo, a sus cultivadores no parece preocuparles en exceso esta clase de discusiones, y se limitan a elaborar las leyes bajo el amparo de los principios doctrinarios, procurando que tales disposiciones se cumplan de la mejor manera, sin detenerse a precisar si es la ley la que determina a la doctrina o la doctrina a la ley. Lo cierto es que las leyes creadas han ido acentuando cada vez más su valor formal, hasta consolidarse como la expresión más alta del derecho y, por ende, su primera fuente, seguida de la jurisprudencia y la costumbre, esta última cada vez mejor respetada en los ámbitos regionales y en las minorías étnicas.

Ideología

Enfática y expresamente, para que no quede la menor duda, todos los jerarcas socialistas —desde Lenin en adelante, y desde Mao Zedong en lo que al derecho y al Estado chino se refiere— han declarado con claridad que las revoluciones que propiciaron, así como los resultados que de ellas se obtuvieron y se obtengan, hallaron su fuente de inspiración, su fuerza de ejecución y la razón de su persistencia en los postulados de la doctrina propuesta por Marx. Esta se tradujo en el orden jurídico, político y social como la necesidad de dar preferencia a los intereses colectivos por sobre los de carácter individual.

Que dicho postulado se haya cumplido o no en la práctica es cuestión de conciencia, aunque se suele afirmar que, en su apreciación, juega un rol predominante la inclinación partidista. Lo que sí resulta evidente es que, en este tipo de regímenes, la idea de bienestar colectivo se supedita a lo que dispone el Partido Comunista, y más propiamente, a lo que deciden los jerarcas que circunstancialmente lo representan. En consecuencia, la ideología liberal —que preconiza la manifestación de la libertad individual en todos los aspectos de la vida y, por ende, su protección— queda descartada como ajena a la realidad de la clase proletaria, cuya dictadura es la que se impone.

En el caso concreto de China, más allá del esquema teórico del marxismo —que nunca previó la posibilidad de una revolución social en un país de base

agraria—, lo que predomina en la ideología de su sistema jurídico es el pensamiento de Mao, “maestro y bibliotecario, poeta y filósofo”, en palabras de Antonio Fernández, quien añade: “Quizás por encima de todo, Mao fue un visionario que demostró que la utopía, lo imposible, era posible” (Fernández, 1981, p. 443), al hacer que “un pueblo de campesinos experimentara una revolución social con el aparato teórico diseñado para sociedades industriales”. De este modo, Mao se configura como el inspirador y, en gran medida, el ejecutor de una adaptación original dentro del marxismo, aplicada a China con visión y carácter de exclusividad, y cuyo éxito ha sido reconocido tanto por sus partidarios como por sus detractores.

Como resultado de la presencia de un Estado que todo lo vigila, la economía en los régimes socialistas devino en una estructura completamente controlada, planificada y dirigida por el gobierno. La economía de libre mercado —el llamado “capitalismo”— fue durante décadas vituperada como la máxima expresión de la actividad burguesa y de la explotación. Sin embargo, a partir de 1989, con el inicio de la “apertura” hacia la incorporación de ciertas formas de vida y producción no socialistas, los dirigentes chinos comenzaron a hablar cada vez con mayor énfasis de una “economía de mercado socialista”. Una expresión que, años atrás, habría parecido una paradoja, o incluso una antinomia, pero que hoy se difunde como el logro al que se aspira tras la consolidación de reformas en marcha, dirigidas a modificar las estructuras mismas de los organismos gubernamentales.

Ámbito de aplicación

Está definido por el ámbito de soberanía de la República Popular China, que abarca el inmenso territorio que correspondía al Imperio, con las excepciones ya anotadas de Taiwan, Hong Kong y Macao, aunque estas dos últimas porciones, sólo por un breve plazo; pero a modo de compensación, están otros territorios que su intervención armada fue anexando, a pesar de que, en principio, no formaban parte de dicho estado, tal el caso de la extensa región del Tíbet que fue ocupada por los chinos en 1951, convirtiéndola en “región autónoma”.

Ámbito de influencia

Gracias, sobre todo, a su poderío bélico, el régimen socialista chino desplegó, a imagen y semejanza del sistema soviético, una amplia difusión de su doctrina, intentando imponerla en otros Estados incluso mediante el uso de la

fuerza. En 1951, tras la ocupación del Tíbet, intervino militarmente en Corea durante la guerra contra la ONU y, en 1979, invadió Vietnam en lo que se denominó una “operación de castigo”.

Sin embargo, en ninguno de estos dos países dejó una huella significativa, pese a sus grandes semejanzas socioeconómicas. Corea del Norte mantiene un régimen socialista, pero de inspiración soviética, pues dicha influencia fue más determinante; y en Vietnam tampoco se percibe una repercusión visible, ya que su derecho se caracteriza por rasgos particulares. Por una parte, persiste el ancestral apego de sus habitantes a regulaciones de carácter sectorial y provincial, que no fue erradicado ni por la ocupación francesa de toda la Indochina ni por el régimen comunista implantado antes de la intervención norteamericana. Por otra parte, el sistema jurídico vietnamita se configuró también por los lineamientos personales trazados por su líder vernáculo Ho Chi Minh, casi tan respetado y querido en Vietnam como el propio Mao en China.

En su afán expansionista, bajo el pretexto de precisar fronteras, China ha ejercido presión sobre sus vecinos: Afganistán, Pakistán, India, Birmania, Nepal, Bután y Laos. Algunos de ellos, como Afganistán y Pakistán, llegaron a tener influencia socialista, aunque de origen soviético, debido a las intervenciones armadas que ese país protagonizó. No obstante, tras la caída del régimen soviético, han iniciado un proceso de reencuentro con su ancestral cultura islámica.

CAPÍTULO VI

La familia islámica

■ Sección I Aspectos generales sobre su integración

La *Familia Islámica de Derechos* es la única, entre las llamadas “orientales”, que permanece vigente con todo el vigor propio de normas de aplicación cotidiana. Su permanencia se ha visto incluso robustecida en las dos últimas décadas, gracias al triunfo de determinados movimientos religioso-fundamentalistas que, en el mundo contemporáneo, han recobrado protagonismo en aquellas poblaciones y territorios que en su día integraron el Islam. Estos, aunque en ciertos momentos se apartaron de los preceptos del Corán en cuanto mandatos jurídicos —aunque siguieran respetándolos en la intimidad de su conciencia como mandamientos religiosos—, han retornado con fuerza a ellos.

En efecto, pese a la persistencia de la palabra de Alá, en buena parte del mundo musulmán se produjo, cuando menos de manera temporal, una cierta laicización del Derecho. Si bien no alcanzó el nivel de la experimentada en Occidente tras la Revolución Francesa de 1789, sí se evidenció un intento de deslindar ambos órdenes normativos —el religioso y el jurídico—, otorgando a cada uno un ámbito propio conforme a su naturaleza. Sin embargo, en las últimas décadas se ha producido un resurgimiento efectivo del islamismo, canalizado a través de corrientes como la chiita, que derrocó en Irán al reforrador Shá Reza Pahlevi, o la sunita, que ha generado violencia y desolación

en territorios del norte de África, particularmente en Argelia y Marruecos. Estos movimientos, en su empeño por erradicar todo lo considerado ajeno al Islam, han llegado a extremos tan graves como atentar contra los turistas que visitan estas regiones.

Sea como fuere, la idea que anima a estos movimientos es la de retornar a los orígenes de su fe y, por tanto, a la esencia misma de su cultura y de su vida. Por ello, con fundamento en hechos constatables, se ha afirmado que en el mundo contemporáneo se ha producido un auténtico *renacimiento del Islam*. Las, hasta entonces, dormidas fuerzas espirituales de los creyentes seguidores de Mahoma han despertado con un inusitado afán no sólo de recuperar el espacio que consideran propio, sino también de avanzar en el plan trazado por el Profeta: extender su fe, dominar el mundo y hacer de él un Islam integral, entendido como “sumisión”, esto es, sumisión a Alá y a su enviado.

■ **Sección II El derecho árabe**

Referencia histórica

Se ha consolidado, como una verdad indiscutida, que la historia de Arabia —cuna y semillero del islam— puede dividirse en dos períodos claramente diferenciados, cuyo límite lo marca de manera precisa la figura de Mahoma, transformador radical de la realidad política, social y cultural de su pueblo. Por ello, se habla de una Arabia anterior a Mahoma y de otra posterior a él. La península Arábiga, la más extensa del mundo, con más de 3 000 000 de kilómetros cuadrados, ha sido considerada por los geógrafos como un subcontinente. En términos generales, constituye un inmenso desierto, con excepción de dos pequeñas regiones costeras —el Hedjaz y el Yemen— que ofrecen condiciones aptas para la vida regular debido a la presencia de agua. A este territorio, habitado inicialmente por mesopotámicos desde tiempos inmemoriales, llegaron Ismael y su madre Agar, expulsados de Palestina, quienes con el tiempo serían reconocidos como ancestros del pueblo árabe, orgulloso de su linaje y de la vinculación con los relatos bíblicos.

De la Arabia anterior a Mahoma apenas se conocen algunos datos, más próximos a la leyenda que a la historia. Se distinguen entre los árabes o “es-

cenitas” varios sectores: los pastores nómadas del desierto, los agricultores y comerciantes del Yemen y del Hedjaz, los salteadores en las fronteras y los mercenarios en el extranjero. Los pueblos sedentarios, pacíficos y laboriosos, debieron resistir continuamente los ataques de los nómadas o “beduinos”, caracterizados por su belicosidad y dedicación al pillaje. Este hecho marcó la vida de Arabia preislámica, como lo señala Ibn Jaldún (1332-1406), autor de los *Prolegómenos de la Historia* y de *La historia de los árabes en España*.

En el Hedjaz, donde se concentraba la mayor parte de la población sedentaria, se encontraban dos centros urbanos de relevancia: La Meca y Yatrib (posteriormente Medina), con aproximadamente 30 000 y 15 000 habitantes, respectivamente, según algunas fuentes históricas. La Meca, sin embargo, gozaba de mayor importancia, no tanto por su número de habitantes, sino porque todas las tribus árabes le habían conferido un carácter sagrado al decidir depositar allí sus ídolos y tótems en la Kaaba, “Casa Cuadrada” erigida como templo común.

La religión predominante era el sabeísmo, es decir, la adoración de los astros como divinidades tutelares de cada tribu. También creían en la existencia de numerosos *djins* o genios invisibles que intervenían en los actos humanos. En suma, se trataba de una religión politeísta. Dentro del recinto de la Kaaba se veneraba además una piedra negra, considerada caída del cielo —probablemente un aerolito—, que según la tradición había sido blanca y brillante, pero que se había ennegrecido con los pecados de los hombres. Este objeto sagrado reforzaba entre las tribus un sentido de unidad y pertenencia, pese a las diferencias que las dividían.

El pueblo árabe, hasta la aparición de Mahoma, no se había constituido en un Estado propiamente dicho. Conservaba una organización patriarcal, dirigida por el varón más anciano de cada familia o *sheik*, mientras que en tiempos de guerra —frecuentes en la región— las tribus eran conducidas por un jefe o *emir*. En el plano cultural, su desarrollo era limitado: apenas conocían el alfabeto y se encontraban en proceso de adquirir la escritura, permaneciendo así al margen de las grandes realizaciones de otros pueblos, como persas, macedonios y romanos, cuyas conquistas no alcanzaron a modificar la vida árabe.

Mahoma

Mahoma fue, en efecto, el genio que transformó a este pueblo en el más grande, culto y poderoso imperio de su tiempo.

Su nombre completo fue Muhammed ben A'bd-Allah Al-Qurayshí. Nació en La Meca alrededor del año 570 de la era cristiana, según la tradición más difundida, aunque algunas fuentes lo sitúan en el 571 e incluso en el 580. Se cree que fue hijo póstumo de un miembro de la poderosa familia de los Quraysh, encargada de la custodia de la Kaaba. Huérfano de madre a los seis años y poco después también de abuelo, quedó bajo la tutela de su tío paterno, Abu Talib. La tradición señala que llevó una vida llena de privaciones, lo que lo obligó desde la adolescencia a desempeñar diversos oficios, en especial el de camellero y comerciante, gracias a los cuales conoció el mundo exterior de Arabia y entró en contacto con las religiones judía y cristiana, que más tarde influirían en la conformación del islam.

A los veinte años entró al servicio de una acaudalada viuda, Jadicha (o Jadiya), considerablemente mayor que él, con quien contrajo matrimonio al poco tiempo. De esta unión nacieron varias hijas, entre ellas las dos primeras esposas del tercer califa, Otmán, y Fátima, la menor, cuya descendencia dio origen a la corriente fatimí dentro del islam, al casarse con Alí, el cuarto califa.

Resuelto su porvenir económico, Mahoma se dedicó al estudio y a la meditación. Hacia el año 610, a los cuarenta años, experimentó la llamada “noche del poder” o “de la potestad”, durante la cual, según la tradición, se le apareció el arcángel Gabriel anunciándole su misión como Profeta. Desde entonces adoptó el nombre de Mahoma, “el elegido”, y comenzó su labor como predicador y reformador, proponiendo un monoteísmo que generó oposición entre sus propios parientes Quraysh, quienes le cerraron el paso con su influencia.

El 20 de junio del 622, según unos, o el 15 de julio de ese mismo año, según otros, Mahoma, junto con unos 150 de sus seguidores más fieles, se vio obligado a abandonar La Meca. Este acontecimiento, denominado con el nombre griego de *hégira* (emigración o salida), marca el inicio de la era musulmana. Yatrib, ciudad rival de La Meca, le ofreció refugio y en su honor pasó a llamarse *Medinat al-Nabi* (“la ciudad del Profeta”), hoy conocida como Medina.

En Medina residió durante ocho años, predicando la nueva doctrina y organizando un Estado basado en la sumisión a Alá (*islam*). Con el tiempo reunió un gran número de adeptos y conformó un ejército fervoroso encargado de llevar a cabo la “guerra santa”, destinada a someter a todas las tribus árabes

—y más allá— bajo la autoridad de Dios. En el año 630 (octavo de la hégira), Mahoma pudo entrar triunfante en La Meca, sin derramamiento de sangre, siendo reconocido como líder absoluto. Gobernó dos años hasta su muerte, ocurrida en 632, pero en ese breve lapso consolidó un imperio que se convertiría en una de las potencias más influyentes de la historia universal.

Los Califas

A la muerte de Mahoma le sucedió su suegro Abú Bakr (o Beker), quien gobernó como el primer Califa, es decir, “sucesor” del Profeta. Le siguieron Omar y, posteriormente, sus yernos Otmán y Alí. En el año 661 se instauró la dinastía de los Omeyas u Omníades, que trasladaron la capital a Damasco, en Siria, cuando ya Persia, Siria, Egipto y buena parte de la costa mediterránea africana dependían del islam. Bajo los Omeyas, el imperio se extendió hacia el este hasta la India, donde fundaron Delhi como capital, y hacia el oeste hasta el Atlántico, ocupando todo el norte de África.

En el año 711, el caudillo árabe Tarik atravesó el estrecho que griegos y romanos llamaban “Las Columnas de Hércules”, y que desde entonces tomó el nombre de *Gibn al Tarik* (Paso de Tarik), conocido hoy como Estrecho de Gibraltar. Desde allí ingresaron a la península ibérica, que dominaron tras vencer en la batalla de Guadalete al rey visigodo Don Rodrigo. Luego avanzaron hacia el norte, atravesando los Pirineos hasta el territorio de los franceses, donde intentaron conquistar Europa. Sin embargo, Carlos Martel los detuvo en la batalla de Poitiers, en 732, de la misma manera que el emperador bizantino León III había frenado su avance en Oriente, en el año 717.

En el 750, la dinastía de los Abásidas destronó a los Omeyas y trasladó la capital a Bagdad, a orillas del río Tigris, en Mesopotamia. Este cambio provocó levantamientos y fragmentaciones: Abderramán, descendiente de los Omeyas, fundó el Califato de Córdoba en España; los edrisitas proclamaron su independencia en Fez y el Magreb; y los aglabitas consolidaron su poder en Egipto y Túnez, territorios que luego pasarían a los fatimíes. Durante el gobierno del califa Harún al-Rashid, en la segunda mitad del siglo VIII, el Califato de Bagdad alcanzó un notable esplendor y grandeza.

En el año 985 el poder pasó a los fatimíes, luego a los gaznavíes y, finalmente, a los turcos, quienes propiciaron una división que culminó en 1095 con la fragmentación en sultanatos de Persia, India, Asia Menor y Alepo. Mientras tanto, en Occidente, el Califato independiente de Córdoba se había disuelto

en 1027 en los llamados Reinos de Taifas. La dominación inicial de los turcos sobre el Califato de Bagdad no afectó directamente a los árabes, que se mantuvieron relativamente al margen. Sin embargo, a partir del siglo XVI, la expansión otomana, tras la toma de Constantinopla en 1453 —hecho que marca el tránsito de la Edad Media a la Moderna— y la conquista de Egipto en 1517, terminó por incluir también a Arabia bajo su férula.

En ese mismo siglo, los portugueses se convirtieron en los primeros europeos en llegar a territorio árabe, rompiendo definitivamente el aislamiento que la región había mantenido respecto a pueblos extranjeros.

Desde entonces, el dominio otomano sobre Arabia fue absoluto. No obstante, a inicios del siglo XX surgió un fuerte sentimiento nacionalista árabe, alentado tanto por líderes religiosos como por dirigentes políticos. Una figura decisiva fue Abdel Aziz ibn Saud, caudillo de los wahabitas, quien en 1913 tomó el enclave de El Hasa. Durante la Primera Guerra Mundial, los árabes colaboraron con Gran Bretaña contra los turcos, a quienes expulsaron definitivamente de su territorio.

Tras una cruenta guerra civil entre príncipes árabes, en 1925 otro miembro de la casa de Ibn Saud conquistó diversos territorios y fundó el “Reino del Hiyaz, del Nejd y sus dependencias”, dotado de una organización estatal moderna. En 1932 se consolidó como una monarquía hereditaria y absoluta. En 1961 se promulgó una Constitución que preveía órganos representativos de carácter democrático, aunque nunca se aplicó, pues el rey mantuvo la totalidad de los poderes y designaba libremente a sus colaboradores, en un contexto sin partidos políticos.

En 1964 el rey Saud fue depuesto y sustituido por su hermano Feisal ibn Abdel Aziz, asesinado en 1975. Le sucedió su hermano Khalid, fallecido en 1982, tras lo cual asumió el trono el príncipe Fahd ibn Abdul Aziz, entonces monarca reinante.

El 1 de marzo de 1992 fue oficialmente suspendida la Constitución de 1961, estableciéndose el “Sistema Básico de Gobierno”, que ostenta el rango de ley fundamental, sujeta, por supuesto, a la voluntad del monarca y, desde luego, también a la *shar* o *sharia*, la Ley Sagrada del Islam.

En esta breve reseña sobre la historia del pueblo árabe, a pesar del esfuerzo realizado, no ha sido posible prescindir de la obligada referencia a determi-

nados nombres de personajes, lugares, sectas o movimientos tanto religiosos como sociopolíticos que, en las distintas épocas —todas posteriores a Mahoma, naturalmente—, se han hecho presentes en Arabia, protagonizando los acontecimientos de mayor relieve en el desarrollo de su historia. Dichos elementos han dado lugar a diversas y particulares formas de entender, interpretar y aplicar los principios contenidos en el *Corán*, que resultan claves para comprender mejor a este pueblo, su forma de ser, pensar y comportarse, y, por ende, las normas que guían tal comportamiento, distintas, a todas luces, de aquellas que integran las otras Familias Jurídicas.

Al abordar el estudio del Derecho Árabe, como más alto representante de la Familia Islámica, se empleará el mismo esquema que ha servido de marco para la caracterización de las demás Familias, en la confianza de que ello permitirá establecer con mayor claridad la confrontación y, como consecuencia, arribar a conclusiones que posibiliten apreciar el valor de todas en conjunto y de cada una de ellas en particular.

Punto de partida

Es el Corán, o Alcorán, como también se lo designa. Significa “la recitación” y constituye el Libro Sagrado de los musulmanes, en el cual, según su creencia, consta la palabra de Alá, expresada a través de Mahoma, su Profeta; palabra que, por provenir de la divinidad, tiene una validez plena y ha sido pronunciada “de una vez y para siempre”, razón por la cual no puede cambiar, ser revisada ni reformada por mortal alguno, lo que confiere a este documento el carácter de intocable. Además, es considerado la obra maestra de la literatura árabe.

Fue Zaid o Zey ben Thabet, secretario principal de Mahoma, quien compiló los sermones y discursos pronunciados por el Profeta, que contenían sus enseñanzas, disposiciones, reglas y mandatos destinados a organizar la nueva sociedad. Dichas enseñanzas estaban consignadas en fragmentos de esa recitación, que se escribían, después de cada alocución, en el material que más a mano se encontrara: pieles y huesos de camello, hojas de palmera, piedras pulimentadas u omóplatos de carnero, a fin de no confiar únicamente a la memoria las lecciones del maestro. Se sabe que el ejemplar así obtenido fue entregado para su custodia a Hafsa, hija de Omar y una de las viudas de Mahoma, hasta que el califa Otmán nombró una comisión presidida por el propio Zey ben Thabet, encargada de constituir el texto definitivo. Este fue redactado en el dialecto de La Meca y, una vez estructurado, dicho califa

mandó quemar el primitivo ejemplar, con el objeto de evitar comparaciones que pudieran despertar suspicacias o suscitar polémicas.

Así es como el Corán ha llegado hasta nosotros, conteniendo al mismo tiempo una revelación religiosa, un código moral y una legislación jurídica. Está redactado sin orden temático ni cronológico y comprende 114 capítulos o suras, divididos en más de seis mil aleyas o versículos, pues se buscó —y se consiguió— una estructura semejante a la de la Biblia. Alrededor de cuatro mil aleyas conforman el cuerpo normativo del Corán; las restantes dos mil corresponden a alusiones e invocaciones a Alá, así como a descripciones del paraíso, del infierno o de la creación del mundo y del hombre, sin ostentar carácter imperativo.

Este libro, que para los musulmanes tiene el primordial significado de mandato divino —puesto que contiene la palabra de Alá revelada a su Profeta—, es también la primera y más importante fuente de su Derecho. Por tanto, constituye no sólo un conjunto de principios vinculados a la fe y a la adhesión de cada creyente, sino también el texto primario de su legislación. De ahí que se hable de la Ley Coránica como la más alta e importante de su ordenamiento jurídico, la que ilumina y da validez a las demás normas que, de manera subsidiaria, integran dicho orden.

El Corán, gracias a este doble carácter, se presenta como la norma fundamental que controla de manera integral la vida y las acciones de la comunidad sometida a él. Su fuerza radica en ser un mandato divino, aplicado sin excepción a todos los súbditos del Estado Islámico, y abarca tanto el aspecto íntimo de la conciencia como el comportamiento social. De ahí que el incumplimiento de los mandatos coránicos entrañe una doble sanción: en lo jurídico, un quebrantamiento del orden social; en lo religioso, un pecado. Ello hace que tales preceptos sean mejor y más fielmente obedecidos que los derechos laicos que priman en Occidente.

No obstante, esta especial fuerza conminatoria que caracteriza al Derecho Islámico, su condición de mandato divino lo convierte en un conjunto de reglas inalterables que, en el ámbito jurídico, le confieren un carácter estático, inamovible, imposible de ser reformado o actualizado de acuerdo con las concepciones y exigencias de la vida contemporánea. En este sentido, se lo considera un “código”, en cierta medida primitivo, que contempla con minuciosidad asuntos y problemas propios de la Edad Media —época en la que fue compuesto— y dentro de cuyos límites temporales y culturales aún permanece.

Técnica

Dado que la primera de las fuentes del Derecho Islámico es el Corán, bien puede establecerse que este Derecho, en cuanto a su técnica y debido a su texto escrito, se presenta como uno similar al que conforman las Familias Romanista y Socialista; es decir, un Derecho en el que predomina la ley escrita, imponiéndose sobre toda otra manifestación jurídica, con el aditamento especial ya señalado: al tratarse de una expresión de la voluntad de Dios, no puede ser discutida ni impugnada.

Sin embargo, más allá de esta aproximación, existen radicales diferencias con las Familias citadas, tanto en lo relativo a la concepción y estructura de este Derecho, que ostenta una forma exclusiva en función de su origen divino y de su perspectiva religiosa —lo cual lo hace aparecer distinto de los otros derechos vigentes en el mundo—, como en lo que concierne a sus otras fuentes.

La presencia y permanencia de estas últimas se justifican en el hecho de girar en torno a la concepción especial de un Estado de “sumisión” a Alá, que es el Islam, y de reconocer que su Profeta, Mahoma, fue el único autorizado para transmitir su palabra y procurar que esta fuera obedecida. “Alá es Alá y no hay más Dios que Alá, y Mahoma es su Profeta”: esta oración o *azala*, que a manera de jaculatoria católica es pronunciada por cada musulmán, al menos cinco veces al día y con el rostro vuelto hacia la Ciudad Santa de La Meca, resume de modo admirable, claro y definitivo el valor especial que el pueblo árabe y, en general, el islámico, otorgan a Alá y a Mahoma.

Las otras fuentes del Derecho Islámico, que no hacen sino complementar al Corán, presentan su propia estructura y consistencia, distintas a las que corresponden a las demás Familias Jurídicas ya estudiadas.

En efecto, la considerada como segunda fuente de este Derecho es la denominada *Sunna*, palabra que se traduce por “tradición”. Una de sus acepciones ha llevado a confundirla con la costumbre, que en otras Familias aparece como fuente autónoma de singular valor; sin embargo, la *Sunna* no es tal, pues lo que recoge es, del modo más fidedigno posible —según señalan juristas islámicos—, todas las referencias acerca de lo que Mahoma realizó y dijo durante su vida como Profeta.

Es, por lo tanto, una especie de catálogo de testimonios dados por quienes tuvieron el privilegio de tratar con él o, al menos, presenciar lo que hacía y

escuchar lo que expresaba. Estos testimonios abarcan conversaciones, consejos, amonestaciones, advertencias, alabanzas, reproches, expresiones sueltas, frases aparentemente sin sentido, invocaciones e interjecciones dichas en circunstancias concretas; también incluyen descripciones de gestos y aademanes del Profeta, las reacciones de su rostro al orar, conversar o pronunciar discursos, así como las inflexiones de su voz y su mirada. Su contenido quedó fijado en el siglo IX, como prueba de la insuficiencia del Corán para regular todos los aspectos de la vida social.

De este modo, la *Sunna* busca reproducir de manera completa la actuación de Mahoma en su calidad de portavoz de Alá, erigiéndolo como arquetipo ideal de vida para todo musulmán. Por ello, constituye un documento de enorme valor, aunque sumamente extenso, que recopila narraciones de múltiples testigos de distintos momentos de la vida del Profeta.

Dichas narraciones han sido objeto de constante examen, análisis y verificación por parte de los sabios del Islam, guardianes de todo lo relativo a la vida de Mahoma y a la religión que reveló, con el fin de establecer su autenticidad y valor, aceptándolas o rechazándolas según la credibilidad de los informantes y la consistencia de los testimonios. No pocos relatos fueron fruto de la imaginación, del deslumbramiento que provocaba la figura del Profeta en sus discípulos y seguidores, o de la vanidad de algunos que deseaban aparecer vinculados de algún modo a su vida y a sus hechos.

La gran cantidad de libros que conforman la *Sunna* ha sido y continúa siendo objeto de un exhaustivo proceso de análisis, con el propósito de depurar esta fuente y determinar, con la mayor precisión posible, aquello que puede considerarse verdadero y digno de ser mantenido en su texto, al mismo tiempo que descartar lo que se aparte de la personalidad de Mahoma, de su modo de actuar o que, al menos, genere dudas sobre su veracidad.

Una tercera fuente del Derecho Islámico es el *Idjma'a*, que se traduce como “unanimidad”. Consistía —o, más bien, consistió, pues se trata de una fuente hoy superada y en desuso— en una recopilación de pareceres y pronunciamientos acerca del modo de interpretar el contenido del Corán y de la *Sunna*. Surgió casi al mismo tiempo que esta última, como fruto del esfuerzo doctrinal de aquellos que, por su conocimiento de ambos textos y su influencia en la comunidad islámica, estaban en condiciones de orientar y fijar el entendimiento de las enseñanzas del Profeta. Estas tareas las desempeñaban a través de interpretaciones coincidentes, emitidas unánimemente a lo largo del

Imperio, cuando aún no se habían producido divisiones políticas, religiosas o territoriales y existía una generalizada fidelidad a los principios difundidos en los inicios del Islam.

Los pronunciamientos del *Idjma'a* adquirieron así la categoría de verdaderos preceptos, a los que ofrecían su adhesión incondicional todos los fieles. Esa unanimidad de sabios y creyentes otorgó una fuerza considerable a esta fuente, que desempeñó un papel relevante en la estructuración del Derecho Islámico, ubicándose como tercera fuente y permitiendo la adaptación del Corán más allá del limitado contexto del siglo VII en que se originó. Sin embargo, su vigencia concluyó prácticamente en el siglo X, momento en que se produjo la ruptura de la unidad del Islam, aunque todavía se la cite dentro del Derecho Árabe como fuente efectiva.

Lógicamente, debemos pensar que si la *Sunna* ha dado motivo para constantes revisiones y depuraciones de su contenido, el *Idjma'a* exigía igualmente un examen permanente, con consultas periódicas y continuas a los sabios conductores del islam. Todo ello con el fin de evitar que se distorsionara la verdad contenida en el Corán y de que dichas interpretaciones mantuvieran, respecto del texto coránico y de la palabra de Alá, la debida concordancia.

Una cuarta fuente del Derecho Musulmán es el *Qiyás*, que se traduce por “analogía” y que posee las mismas connotaciones semánticas y técnicas que este término tiene en nuestro lenguaje y en otros idiomas. El *Qiyás* encarna, entre otros aspectos, una forma de interpretación que, rebasando el ámbito de su competencia inicial, extiende su cobertura a situaciones que no estaban expresamente contempladas, razón por la cual se lo denomina “interpretación extensiva”. De esta manera, busca acomodar viejos preceptos a nuevas realidades, aplicando normas claras y expresamente dirigidas a regular una relación social determinada a situaciones que, en principio, no son de su competencia, pero que se asemejan a ella.

En consecuencia, permite a los árabes tratar asuntos no contemplados en las normas existentes mediante reglas previstas para solventar casos semejantes. En sistemas jurídicos como el nuestro, la analogía implica justamente esta semejanza, este avanzar paralelo a otras manifestaciones de la vida social que sí están reguladas y que de algún modo se parecen. En suma, el *Qiyás* está destinado a llenar los vacíos que en el ámbito normativo presentan determinadas legislaciones respecto de ciertas actividades humanas.

Junto a estas fuentes principales existen otras que pueden equipararse a lo que denominamos “costumbre” o formas de vida en común, y también a la llamada “jurisprudencia”. En el primer caso, se trata de prácticas generalizadas en diversas comunidades, que carecen de validez si no están supeditadas a los mandamientos y preceptos del Corán. Precisamente por ello, el valor de esta fuente resulta prácticamente nulo, ya que, en última instancia, todo habrá de remitirse al Corán y, subsidiariamente, a las demás fuentes.

En cuanto a la jurisprudencia, encontramos que el juez —o *cadi*, como se lo llama en árabe— tiene siempre en las fuentes principales la posibilidad de encontrar la solución al caso sometido a su decisión. Por lo mismo, la ocasión y la factibilidad de establecer un precedente y fijar una regla de conducta jurisprudencial son casi inexistentes. No obstante, en lo relativo al Derecho Procesal sí puede hablarse de la jurisprudencia como fuente, dado que la actuación judicial genera de manera constante trámites y métodos tendientes a una mejor aplicación de las normas existentes.

De todo lo expuesto se concluye que la técnica del Derecho Islámico es ciertamente una técnica especial, *sui géneris*, que se presenta como ajena a cualquiera de las observadas en las otras Familias Jurídicas estudiadas.

Ideología

No obstante encontrar que se trata de una ideología liberal, en función de que, a primera vista se constata la prevalencia de las libertades individuales que otorgan a la persona natural, por el mero hecho de serlo, todas las garantías necesarias para posibilitar su realización completa, es menester, para poder apreciarlo en su debida naturaleza y magnitud, tener presente el aspecto más caracterizante del Derecho Islámico, aquel que constituye su patrimonio inalienable, al que nos hemos venido refiriendo desde la primera mención que de él hemos hecho: Su confusión con las normas religiosas, que lo convierten en un Derecho único en el mundo actual, gracias a la plena vigencia de sus normas.

El rasgo inconfundible que le proporciona dicha confusión entre normas religiosas y jurídicas le revierte, al Derecho Árabe, al campo de la Teología y de la Teocracia, pues Dios, Alá, creador de todo cuanto hay en el universo, es también autor de tales reglas, es su fuente real y formal a la vez. El hombre como parte del mundo tendrá que moverse y actuar impulsado por el mismo poder que mueve el universo, aunque a un ritmo diferente, quizás

menos mecanicista, dada su condición de ser un ente dotado de razón, pero dirigida al fin, por quien ostentó la calidad de Profeta y por quienes fueron sus “sucesores”, los Califas primero, en el Imperio conducido por los árabes, los Sultanes luego, cuando advino el dominio de los turcos, los Reyes de la actual Arabia, que resumen en sí todos los poderes de la sociedad, pues son los Líderes Espirituales, los Jefes Militares, los Legisladores por excelencia, los Jueces Supremos y la más alta autoridad administrativa. El súbdito de un país islámico es sólo una especie de apéndice o extensión del monarca, al que está sujeto de modo irreversible y a quien, por lo tanto, le debe absoluta sumisión.

Sin embargo, más allá de esta originalidad evidente del Derecho Árabe, nacida de su procedencia divina, es indudable que, al cobijo de ese espíritu liberal, la iniciativa privada será la que encauce y dirija todo lo concerniente a la vida económica. Por lo tanto, un régimen de libre mercado es el que prevalece, dándose en todo ello una coincidencia con los Derechos correspondientes a las Familias Romanista y de la *Common Law*, mientras difiere de la Socialista, más en la concepción teórica de ésta que en su aplicación práctica, pues en función de la apertura de la que hemos hablado respecto de la conducción económica en la China de nuestros días, se está dando una cada vez mayor aproximación a este tipo de economía liberal.

Pesan pues, por igual, dentro de la ideología que guía a este Derecho, los dos aspectos que hemos señalado y que han dado lugar a una concepción especial de la vida y a unas también especiales formas de practicarla, siempre sometidos, con una obediencia ciega a la palabra de Alá, e incluso con un fanatismo como el que impulsa la realización de la “guerra santa”, por ejemplo, o la tolerancia de privilegios en función del sexo, al otorgar a los varones una serie de prebendas y atribuciones que, en cambio, son negadas a las mujeres, consideradas todavía como de inferior condición, pese a las especiales referencias de Mahoma sobre el respeto que se les debe, arrojando como resultado la presencia de unas normas distintas de las demás reglas vigentes en el mundo contemporáneo, diferencia que se traduce de mejor manera quizás, en la integración de la familia, ya que la poligamia se tolera como asunto normal, otorgándose al varón la posibilidad de tener hasta cuatro mujeres legítimas, más todas las concubinas que pudiera mantener, constituyéndose el harén, como la forma típica de presentación de la familia y de los derechos que en todo lo relativo a ella, habrán de manifestarse. La autoridad del padre es absoluta, como en los tiempos de la familia romana.

Área de aplicación

En la actualidad, el ámbito de aplicación del Derecho Islámico se circunscribe, principalmente, a los territorios de Arabia Saudita, considerada no solo el asiento originario de esta cultura, sino también el país donde, de manera más fidedigna, se han preservado las enseñanzas transmitidas por Mahoma. No obstante, resulta indispensable mencionar también al reino de Kuwait, a los Emiratos Árabes Unidos y, desde luego, a la República Islámica de Irán, fundada en 1979 por el ayatolá Ruhollah Jomeini.

Entre estos Estados se presentan diferencias significativas, no solo en cuanto a su estructura y forma de gobierno —pues mientras algunos mantienen regímenes monárquicos y absolutistas, Irán se organiza como república con una supuesta base democrática—, sino también en lo relativo a la manera de interpretar y acatar la voluntad de Alá, manifestada en función de las sectas religiosas predominantes en cada caso.

Área de influencia

La podemos señalar, en principio, referida a todo el vastísimo territorio que en algún momento fue ocupado por las huestes musulmanas en su afán de convertir al mundo entero al islam, pues, de un modo u otro, en las poblaciones sometidas se logró incardinar la religión mahometana y, como consecuencia de ello, todo lo que de sus principios deriva, especialmente el Derecho, confundido como está con tales preceptos.

El hecho de haber sido esta religión adoptada, o en algunos casos impuesta, por y para distintos tipos de comunidades, ha determinado, como es lógico, que dichos principios religiosos se mantengan y que, concomitantemente con ellos, se conserven determinados lineamientos en la base de la organización social de cada uno de esos pueblos. Tanto es así que, en países en los cuales en algún momento rigió el Derecho Islámico, éste se mantiene todavía de alguna forma, sobre todo como costumbres ancestrales, al margen de los cambios políticos producidos.

Tal es el caso de Argelia, Libia, Siria o Irak, donde, por debajo de las normas vigentes o incluso por encima de ellas, persisten principios ligados a lo más íntimo de la vida de sus pueblos. El Derecho laico y, en ocasiones, incluso antirreligioso, fruto de regímenes instaurados a la fuerza y con ideas ajenas a la idiosincrasia de tales sociedades, no ha podido desterrar de la mente y

del corazón de los creyentes su adhesión a Alá, a Mahoma y a sus preceptos.

Países como Jordania, fieles tanto a la religión de Mahoma como a la tradición generada por la práctica de los preceptos coránicos, e incluso conservando un régimen monárquico al estilo de los antiguos califatos, forman también parte muy significativa del área de influencia de este Derecho. Todo ello se mantiene no obstante las influencias ejercidas por Francia e Inglaterra, al punto de que, como ya se ha señalado, su sistema jurídico se presenta como un Derecho mixto.

En aquellos territorios como España o Portugal, donde hubo presencia musulmana a través de la conquista militar, pero sin un vuelco de sus pueblos hacia la religión de Mahoma, la influencia que se manifestó, a manera de trasplante, perduró hasta el siglo XVI, pero fue paulatinamente desechada mediante la llamada “Reconquista”. No ha quedado, por lo tanto, ningún vestigio, salvo ciertos términos relacionados con autoridades o funciones que han contribuido únicamente a enriquecer el lenguaje, pero nada más.

Fuera de los territorios de África y Asia a los que llegó y en los que persistió la dominación árabe, así como en los de Europa Oriental bajo el dominio turco, no ha existido, por parte de los musulmanes, ni siquiera un intento serio de extender su influencia. Esto se evidencia, de manera inconfundible, en el continente americano y en la llamada quinta parte del mundo, Oceanía, lugares a los que únicamente ha llegado la noticia de la existencia de tal cultura y de su Derecho, pero no su práctica.

■ Referencias bibliográficas

- Afchard, H. (1983). *Introduction au droit musulman*. Éditions Maisonneuve et Larose.
- Alcaraz Varo, E., & Hughes, B. (s. f.). *Diccionario de términos jurídicos inglés-español Spanish-English*.
- Baoxi, Z. (s. f.). *China de hoy: El trabajo legislativo y judicial*.
- Berman, H. J. (1963). *Sistemas socialistas*. Harvard University Press.
- BlancJouvan, X. (s. f.). *Les droits romanistes*.
- Bürgerliches Gesetzbuch [BGB] (s. f.).
- Cabanellas, G. (s. f.). *Diccionario de derecho usual*.
- Castro Bravo, N. (s. f.). *El derecho germano*.
- Charles, R. (1965). *Le droit musulman*. Presses universitaires de France.
- Córdova A., P. (s. f.). *El nuevo concepto de persona y su repercusión en el derecho*.
- David, R. (s. f.). *Les grands systèmes juridiques contemporains*.
- David, R. (s. f.). *Le droit anglais*.
- David, R. (s. f.). *Traité de droit civil comparé*.
- David, R., Gutteridge, H. C., y Worthley, B. A. (s. f.). *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*.

- Dill-Smith, J., & Duhamel, J. (s. f.). *De quelques piliers des institutions britanniques.*
- Donnier, M. (s. f.). *Introduction générale à l'étude du droit.*
- Editorial Bibliográfica Argentina. (s. f.). *Enciclopedia jurídica OMEBA.*
- Editorial Nueva Estrella. (s. f.). *Estructura política de China.*
- Editorial Ramón Sopena. (s. f.). *Enciclopedia universal Sopena.*
- Fernández, A. (s. f.). *Historia del mundo contemporáneo.*
- García Pelayo, M. (s. f.). *Derecho constitucional comparado.*
- Goldschmidt, F. (s. f.). *Derecho comparado.*
- Hamsom, C. M. (s. f.). *Le système juridique de la Common Law.*
- Hazard, J. N. (s. f.). *The Common Law.*
- Kastari, P. (s. f.). *L'institution de l'Ombudsman dans le contexte scandinave.*
- Krutogolov, M. A. (s. f.). *Les droits socialistes.*
- Latorre, A. (s. f.). *Justicia y derecho.*
- Legaz y Lacambra, L. (s. f.). *Estructuras jurídicas y sociales de nuestro tiempo.*
- Mahoma. (s. f.). *El Corán.*
- Malmstrom, N. (s. f.). *L'Ombudsman en droit suédois.*
- McWhiney, E. (s. f.). *Sistemas de derecho codificado.*
- Mitrovic, D. (s. f.). *Les droits socialistes.*
- Modeen, T. (s. f.). *Introduction aux droits scandinaves.*
- Osorio, M. (s. f.). *Diccionario de ciencias jurídicas.*
- Palacio Atard, V. (s. f.). *Historia universal.*
- Parker, C. F. (s. f.). *Le droit dans le Common Law.*
- Pirenne, J. (s. f.). *Historia universal.*
- Rheinstein, M. (s. f.). *Sistemas de la Common Law.*
- Rodiére, R. (s. f.). *Introduction au droit comparé.*
- Secco Ellauri, O. (s. f.). *Historia universal.*
- Simmonds, K. R. (s. f.). *Le système de la Common Law.*
- Szabo, I. (s. f.). *Introduction aux droits socialistes.*
- Szpunar, A. (s. f.). *Les droits socialistes.*
- Terré, F. (s. f.). *Introduction générale au droit comparé.*



Estudio de derecho comparado
se imprimió en la ciudad de Cuenca, Ecuador, en noviembre de 2025,
en la Editorial Universitaria Católica (EDUNICA),
con un tiraje de 100 ejemplares.



ISBN: 978-9942-27-330-7

A standard linear barcode representing the ISBN number 978-9942-27-330-7.

9 789942 273307

ISBN: 978-9942-27-329-1

A standard linear barcode representing the ISBN number 978-9942-27-329-1.

9 789942 273291