

## INTRODUCCIÓN

1. Plan de la obra. El objetivo de esta introducción es doble. En primer término se propone recapitular la historia del derecho comparado, demostrar su interés y evidenciar las tareas que se imponen actualmente a los jus comparatistas. En segundo término se propone igualmente exponer de qué manera se puede concebir una obra relativa a los principales sistemas de derecho, a pesar de la diversidad que los caracteriza en el mundo contemporáneo.\*

Sección 1. El derecho comparado

Sección 2. La diversidad de los sistemas de derecho contemporáneos

### SECCIÓN 1 EL DERECHO COMPARADO

2. Desarrollo del derecho comparado. La comparación de los sistemas de derecho desde la perspectiva de su diversidad geográfica es tan antigua como el estudio mismo de la ciencia del derecho. El Tratado sobre la política redactado por Aristóteles se fundamenta en el estudio de ciento cincuenta y tres Constituciones; se ha sostenido que Solón procedió de la misma manera para elaborar las leyes de Atenas; narra la leyenda que los decenviros redactaron las leyes de las Doce Tablas después de una investigación que realizaron por sí mismos en las ciudades de la Gran Grecia. En la Edad Media, el derecho romano y el derecho canónico fueron objetos de comparación, al igual que en el siglo XVII, en Inglaterra, se destacaron los méritos comparatistas del derecho canónico y del *common law*. La comparación de las costumbres contribuyó más adelante para justificar los trabajos que procuraban identificar un derecho consuetudinario común en Francia y un *Deutsches Privatrecht* en Alemania. Finalmente, Montesquieu empleó el método comparatista para descifrar el espíritu de las leyes y extraer de ellas, los principios de un buen sistema de gobierno.

A pesar que se pueden evocar numerosos precedentes antiguos, es reciente el desarrollo del derecho comparado como ciencia en el mundo. Hace apenas un siglo escaso que se reconoció la importancia de los estudios de derecho comparado. Estos estudios han sido sistemáticamente analizados en cuanto a su metodología y a sus objetivos; la expresión misma de “derecho comparado” goza ahora de uso corriente.

Las razones que explican el impulso tardío del derecho comparado como ciencia, son fáciles de ser desentrañadas. Durante siglos, el derecho se esforzó en desarrollar los principios y soluciones de un “derecho justo”, que fuera conforme a la voluntad de Dios, a la naturaleza y a la razón humana; esta noción se encontraba totalmente dissociada de los derechos positivos. Las investigaciones relativas a las costumbres interesaban a la jurisprudencia y los practicantes del derecho, los Ordenamientos de los príncipes eran del interés exclusivo de los gobiernos de los

---

\* Nota del traductor. Se deja constancia del trabajo invaluable de la señora Nicole Huiban, en la traducción de esta obra.

## 2 INTRODUCCIÓN

---

diversos países. Ni las costumbres, ni los ordenamientos eran objeto de análisis por aquellos que reflexionaban y escribían sobre el derecho. Particularmente, su análisis se les desestimaba en las universidades; su diversidad y su barbarie sólo suscitaban desprecio y se sostenía que era más noble y favorable en la formación de los estudiantes limitar la enseñanza a la verdadera ciencia del derecho, el método que permitiría, en cualquier país, descubrir las soluciones de la justicia. Esta metodología se adquiría estudiando derecho romano y canónico; a través de la obra de sus comentadores, esos dos sistemas de derecho destacaban como el sistema de derecho común del mundo civilizado, reducido a la visión que de este sistema se tenía en la época de la Cristiandad.

Hubo que esperar al siglo XIX y a la fragmentación de ese *jus commune*, substituido por codificaciones nacionales, para que la noción de un sistema de derecho de valor universal cayese en descrédito y que, como consecuencia de esta “revolución cultural”, surgiera la oportunidad y posteriormente la necesidad paulatina de comparar las diferentes leyes que las naciones de Europa se habían impuesto y sobre cuyo estudio se fundaría la enseñanza en las universidades. El desarrollo del derecho comparado, debe ser entendido como una reacción en contra de la nacionalización del derecho que se produjo en el siglo XIX que por otra parte, se volvió necesario y urgente en razón de la expansión actual sin precedente de las relaciones de todo orden de la vida internacional que fomenta un paralelismo entre los sistemas de derecho.

3. Inicios del derecho comparado. Su interés actual. Desde el inicio del siglo XX, los estudios de derecho comparado comenzaron a registrar un impulso constante. Hasta hace un cuarto de siglo estos estudios eran considerados como el dominio reservado de algunos diletantes, en la actualidad el derecho comparado ha llegado a ser considerado como un elemento necesario a toda ciencia y a toda cultura jurídica. Los inicios del derecho comparado se significaron por discusiones que tendían a definir su objeto y naturaleza, a asignarle un lugar dentro de las diferentes ciencias, a caracterizar su metodología y a precisar sus posibles aplicaciones e intereses. Algunos se han interrogado si se debía considerar al derecho comparado como una rama autónoma del derecho o si es más bien un simple método, el método comparado aplicado a la ciencia jurídica; se buscó asignarle al derecho comparado un área propia distinguiéndolo de la historia comparativa del derecho, de la teoría general del derecho y de la sociología jurídica; o bien precisar en que disciplinas del derecho la comparación podría resultar provechosa; se han interrogado en derechos era útiles, oportuno o hasta permitido compararse entre ellos; se advirtieron los peligros a que los juristas estarían expuestos al emprender estudios de derecho comparado. Esas discusiones constituyen el núcleo de los primeros libros que fueron publicados en diferentes países sobre el derecho comparado y que estuvieron al orden del día en el primer Congreso internacional de derecho comparado que tuvo lugar en París, en 1900.

Era natural que esos problemas hubieran ocupado el primer plano cuando el derecho comparado se imponía a los juristas. Era inevitable que se preguntaran quien era ese recién llegado, cómo orientar las nuevas enseñanzas que deberían de impartirse y con qué orientaciones dirigir las investigaciones que se iban a realizar al amparo de ese vocablo. Ahora que el derecho comparado está firmemente arraigado, esas discusiones perdieron su actualidad y resulta ocioso distraerse con ellas. Lo relevante ahora es acometer una doble tarea: por una parte y a efecto de convencer a los escépticos, cuyo número es afortunadamente cada vez más reducido, resaltar los diversos intereses del derecho comparado para los juristas y, por otra parte, facilitar a los ya convencidos a emplear la comparación para sus diversos fines propios.

Los intereses del derecho comparado pueden agruparse bajo tres rubros. El derecho comparado es útil en las investigaciones históricas o filosóficas relativas al derecho, así como conocer mejor y perfeccionar nuestro derecho nacional; es útil para entender a los pueblos extranjeros y

posibilitar un mejor régimen a las relaciones internacionales. Es indispensable para todo intento de armonización o de unificación del derecho.

4. Historia, filosofía y teoría general del derecho. 1. El derecho comparado puede ser utilizado en las investigaciones concernientes a la historia, la filosofía o la teoría general del derecho.

Es a partir de este criterio que su importancia hubiera sido reconocida en el siglo XIX. A partir de Montesquieu, a quien muchas veces se le ha considerado no sin alguna exageración como el ancestro del derecho comparado, se convirtió en una moda en el siglo XIX en el cual se trazaban grandes frescos histórico-filosóficos relativos a la evolución del derecho, desde la perspectiva de las ideas de progreso y de evolución a las cuales en esa época los espíritus eran afectos. Se recurrió al derecho de los pueblos más diversos para esbozar grandes cuadros históricos en donde se perfilaba el progreso de la humanidad, tomando como punto de origen las costumbres de las tribus primitivas, que permitían ilustrar los orígenes del derecho; se conducía al jurista para que se maravillara cuando contemplaba el derecho de los pueblos más avanzados en la civilización moderna. Maine en Inglaterra y Kohler en Alemania son los conspicuos representantes de esta estirpe y es con este mismo espíritu que la primera cátedra de legislación comparada fue creada en 1831 en el Collège de France.

Estas generalizaciones han pasado hoy en día de moda. Sin embargo, se sigue discurriendo sobre la contribución que el derecho comparado es susceptible de aportar a las investigaciones históricas y filosóficas. Con la prevención de adoptar todas las precauciones necesarias, podemos utilizar las informaciones proporcionadas por la observación de algunas tribus primitivas para intentar descubrir los orígenes de la noción de derecho o para profundizar sobre el sentido de ciertas instituciones o reglas de derecho de la Antigüedad. Gracias al derecho comparado se han podido esclarecer varios aspectos de los antiguos derechos romano, germánico y feudal.

¿Se podría válidamente sostener que se trata de filosofía del derecho? El derecho comparado nos revela la variedad de concepciones existentes del derecho; nos sitúa frente a sociedades que ignoran nuestra noción de derecho; nos obliga a estudiar sociedades donde el derecho es sinónimo de obligación y hasta símbolo de injusticia, otras para las cuales, al contrario, el derecho está estrechamente ligado a la religión y participa de su naturaleza sagrada. Una historia de la filosofía del derecho podría fácilmente limitarse a describir los enfoques relativos a la naturaleza y la función del derecho en determinado sector de la humanidad. Sin embargo, la misma filosofía postula el universalismo y es innecesario subrayar la miseria y la estrechez de una filosofía del derecho cuyas bases radicarán en la única ponderación de un solo derecho nacional. El derecho comparado desempeña sin duda una función primordial en este ámbito.

La teoría general del derecho es igualmente beneficiaria del estudio del derecho comparado. Sólo se puede acceder a una visión clara del origen histórico de nuestras clasificaciones, del carácter relativo de nuestros conceptos y de la adaptación política o social de nuestras instituciones si para estudiarlos se requiere ubicarse fuera de sistema de derecho, que le es propio.

¿Cuál es el sentido de nuestras distinciones de derecho público y derecho privado, derecho civil y derecho mercantil, derecho imperativo y derecho supletorio, ley y reglamento, derechos reales y derechos de crédito, muebles e inmuebles? Quien haya únicamente analizado un sistema de derecho en particular, como el sistema de derecho francés encuentra esas oposiciones completamente naturales y es proclive a atribuirles un carácter necesario. El derecho comparado demuestra que éstas no son recibidas en todos los sistemas de derecho, que pueden declinar y hasta ser abandonadas en determinados países, lo que conduce a interrogarse, más allá de sus orígenes, sobre su significado y su alcance real en el sistema de cada derecho nacional actual.

## 4 INTRODUCCIÓN

---

Lo mismo ocurre con los conceptos utilizados en nuestro derecho; aún aquí también el derecho comparado contribuye a desvanecer el talante espiritual que les atribuye a esos conceptos, un carácter de necesidad y que, en algunas épocas o en ciertos países, estuvo dispuesta a sacrificar en nombre de su coherencia lógica, los intereses a los que el derecho está, en realidad, destinado a servir.

La teoría general expuesta por los civilistas franceses exalta todavía con demasiada frecuencia, aún cuando hoy en día de manera más atemperada, la codificación y la ley. Los juristas presentan a la codificación y la ley como el modo más conveniente de expresar las reglas de derecho en un Estado democrático y a la jurisprudencia y a la doctrina se les atribuye, más bien, la función de aplicar la ley y de comentarla. El derecho comparado revela la parte de prejuicio que encierra este análisis; evidencia que otras naciones, que consideramos como democráticas, se adhieren a fórmulas muy diferentes, rechazan la codificación y una expansión, que consideran peligrosa, de la función de la ley; el análisis revela por otro lado que algunos Estados se ven como falsamente democráticas e hipócritas las formulas de las cuales nos aseguramos los méritos. La búsqueda de la verdad se beneficia, en todo caso, de esas reflexiones.

5. Mejor conocimiento y perfeccionamiento del derecho nacional. 2. El derecho comparado es útil para alcanzar un mejor conocimiento de nuestro derecho nacional y para enriquecerlo.

En todas las épocas, el legislador mismo ha empleado el método comparativo para cumplir y perfeccionar su obra. No es por azar que se haya hablado de “la legislación comparada” en el siglo XIX. La preocupación de aquellos que crearon en Francia, en 1869, la Sociedad de legislación comparada, de aquellos que instauraron cátedras de legislación comparada en las universidades, ha sido estudiar los nuevos códigos, que eran publicados en diferentes países, con el ánimo de evidenciar sus variaciones, en relación a los códigos franceses, como el francés y dado el caso, sugerir al legislador algunos ajustes a sus propios códigos. De hecho y en razón de que las mismas circunstancias van creando necesidades y sentimientos idénticos, desde hace cien años el movimiento legislativo siguió en gran medida las mismas vías en los diversos países de Europa. Si se analiza el derecho mercantil, el derecho penal, el derecho laboral y de la seguridad social, e incluso, hasta el derecho de familia, el derecho procesal y el derecho administrativo, se podrá constatar no sólo la existencia de grandes corrientes similares, sino igualmente y de manera mucho más concreta, la similitud de numerosos desarrollos legislativos. En un periodo de veinte o diez años o quizá hasta en un periodo menor, la reforma legislativa que haya demostrado su eficiencia emprendida en un primer país, se introduce en un segundo país, con algunas variaciones que ya sea que exijan las circunstancias nacionales especiales o bien que se aspire a mejorar la reforma o a integrarla de mejor manera en el derecho positivo de este segundo país. Las acciones sin derecho de voto, la Comisión de las Operaciones de la Bolsa de Valores, la administración de las sociedades anónimas con un directorio y un consejo de vigilancia, los stocks options, el crédito financiero, no son más que algunos de los más conocidos ejemplos de instituciones, cuyo modelo han adoptado, de la legislación extranjera. Los modelos jurídicos circulan en ocasiones de manera forzada, en otras en forma voluntaria. No existe hoy en día país alguno que no haya adoptado o imitado algunas instituciones o reglas de derecho de otro sistema de derecho. En esta época, cada vez con mayor frecuencia, el legislador tendrá que recurrir al derecho comparado, no sólo cuándo albergue la expectativa que el derecho asegure el orden, sino cuándo pretenda además, mediante nuevas leyes, transformar de manera más o menos radical la sociedad. Si el lector tiene la oportunidad de revisar la Revista internacional de derecho comparado, ya sea consultando el rubro “Actualidad e informaciones”, las Journées organizadas por la Sociedad de Legislación Comparada o bien leyendo los reportes bibliográficos, descubrirá que en todos los ámbitos, los juristas intentan informarse sobre las experiencias realizadas en los

diversos países extranjeros, para a menudo ahí encontrar la inspiración de ideas que propondrán al legislador de su país.<sup>1</sup>

El empleo del derecho comparado con miras a perfeccionar el derecho no se limita a la tarea legislativa. Una posibilidad del mismo orden se abre a la doctrina y la jurisprudencia. De hecho, por más que la ley tenga un carácter nacional, el derecho nunca se identifica con la ley; por su naturaleza misma de ciencia, la ciencia del derecho tiene un carácter transnacional. Lo que se promulga, redacta o juzga en otro país, con una estructura y tradiciones similares a otros sistemas de derecho, puede influir en la manera de explicar el derecho del país que le es propio, de interpretarlo y a veces de renovarlo, fuera de toda intervención del legislador. Aquí también, es conocido, *verbi gratia*, que las resoluciones de la Corte de Casación o del Consejo de Estado francés han determinado la jurisprudencia en numerosos países extranjeros dispuestos a considerar el derecho francés como un modelo. Igualmente pero de manera aun más evidente en los países de habla inglesa, en donde la jurisprudencia constituye la parte esencial del derecho, las resoluciones de las Cortes superiores de Inglaterra son con frecuencia determinantes para los jueces que tienen que resolver conforme al derecho australiano o canadiense y, viceversa algunas resoluciones australianas o canadienses gozan en Inglaterra, de una autoridad similar a la que hubiesen tenido de ser pronunciadas, por una corte de justicia inglesa, con base al derecho inglés.

En el continente europeo, actualmente, la doctrina francesa se interesa cada vez más en el derecho comparado pero hasta la fecha su uso ha sido acotado por la jurisprudencia. Los juristas franceses pueden, al igual que otros juristas, beneficiarse del pensamiento jurídico extranjero y encontrar en las experiencias realizadas en el extranjero un material útil para garantizar una mejor justicia. El desarrollo de los estudios de derecho comparado sirve para este fin y se encuentra en la directriz de una evolución que aspira a promover, en todos sus aspectos, una mejor cooperación internacional.

6. Comprensión internacional; derecho internacional público. 3. El derecho comparado es útil para entender a los pueblos extranjeros y propiciar un mejor régimen en las relaciones internacionales.

En esta época, esta tercera aspiración del derecho comparado es quizá la principal. En primer término involucra al derecho internacional público. Las condiciones de este nuevo mundo exigen una renovación total de dicho derecho. Es necesario que se arraigue entre los Estados, más allá de la simple coexistencia pacífica, nuevas relaciones de cooperación en los ámbitos técnicos, regionales e incluso universales.<sup>2</sup> Es obvio que esas relaciones no pueden confeccionarse, ni desarrollarse de manera conveniente si se ignoran los sistemas de derecho que, en unos y otros de esos Estados, expresan el sentimiento de lo “justo” y regulan, conforme a determinadas tendencias políticas, las estructuras de los diferentes Estados.<sup>3</sup> En Inglaterra, en el siglo XVI, el rey Enrique VIII instituyó cátedras de derecho romano para contribuir a la formación de los diplomáticos que representarían a Inglaterra en las relaciones con los países del continente

---

<sup>1</sup> Los medios masivos de comunicación contribuyen a la popularidad del derecho comparado, al alabar la manera en que se protege al consumidor en Suecia, la forma como se combate la contaminación en los Estados Unidos, etc. J. Carbonnier, “A beau mentir qui vient de loin, ou le mythe du législateur étranger”, *Essai sur les lois*, 1979, p. 191.

<sup>2</sup> W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, 1964.

<sup>3</sup> El Acta constitutiva de la UNESCO (art. 3) preconiza el conocimiento y la comprensión mutua de las naciones para el desarrollo, al nivel universal, mediante el estudio de los derechos extranjeros y el empleo del método comparativo.

## 6 INTRODUCCIÓN

---

europeo, donde el sistema de derecho se fundamentaba en la tradición romanista. Nuestros diplomáticos que intervienen en las negociaciones de los tratados de comercio o de convenciones internacionales, deben también prepararse para entender los puntos de vista ajenos y saber de qué manera y con qué argumentos pueden esperar convencer a sus interlocutores; no estarían al nivel de su responsabilidad si, en negociaciones con los Estados Unidos, Irán o China, se limitan a un razonamiento “a la francesa” y hablaran y actuaran como lo harían con éxito frente a la opinión pública de sus respectivos países. Es necesario al negociar con los Estados Unidos de América conocer los fundamentos del derecho constitucional de ese país y en particular conservar en el espíritu las limitaciones que su sistema de derecho impone a los poderes de las autoridades federales. Asimismo, quienes negocian con Irán deben entender que su interlocutor vive en una sociedad organizada de manera distinta a la nuestra y que por consiguiente su razonamiento es igualmente distinto. Las conversaciones con un país del Lejano Oriente exigen que se tomen en cuenta modos de pensar que conllevan una concepción del derecho y de las relaciones internacionales totalmente diferentes a las de Occidente. El derecho comparado es también importante cuando se aspira a estrechar los vínculos de cooperación entre diversos países y a unirlos en el seno de una comunidad regional, como acaece en algunos países federales o en las formaciones políticas y económicas que ya existen en Europa y otros continentes.

Una de las fuentes del derecho internacional público prevista por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia la constituyen los “principios generales del derecho, comunes a todas las naciones civilizadas”; la interpretación de esta fórmula debe hacerse sobre la base de derecho comparado.

7. Derecho internacional privado. El derecho comparado, necesario para el desarrollo y la aplicación del derecho internacional, tiene una función igualmente preponderante que desempeñar en el derecho internacional privado. Este contiene reglas esencialmente destinadas a determinar en cada Estado si las jurisdicciones nacionales son competentes para conocer de una determinada relación de carácter internacional y a cual derecho nacional estaría sujeta esa relación. Esa manera de abordar las controversias sería per se lo suficientemente satisfactoria si se pudiera conducir a diversos países, a soluciones uniformes. Pero de hecho, los conflictos de jurisdicciones o de leyes son resueltos en cada país, la mayoría de las veces, desatendiendo las resoluciones de los otros países, con el resultado esperable que las relaciones internacionales quedan sometidas, en uno y otro lado a regímenes jurídicos diferentes. De esto, se derivan dos consecuencias lamentables: la imposibilidad de prever soluciones y el riesgo de que resoluciones se contradigan respecto a una misma controversia.

Una de las tareas principales que incumbe a los juristas preocupados por facilitar las relaciones internacionales es intentar superar estas divergencias. En un mundo en que las relaciones internacionales han adquirido una gran importancia, resulta conveniente cimentar con firmeza esas relaciones. Es preciso propiciar una armonía entre los diferentes Estados para que ante una determinada relación, sea aplicado el mismo derecho. Los países deben elaborar y aceptar en la materia soluciones uniformes. Se deben concluir convenciones internacionales a este respecto; al margen de estas convenciones, cuando la jurisprudencia formule una norma de conflicto debe, en cada país, ser alentada para considere la forma en que la ley o la jurisprudencia de otros países resolvieron en el pasado la controversia que hoy se le somete.

8. Unificación internacional del derecho. Se puede procurar unificar las normas de conflicto de derechos; se debe conceder que frecuentemente es más sencillo o incluso preferible, desde una óptica pragmática propiciar un acuerdo sobre las mismas reglas de fondo en cuyo ámbito se

encuentren una u otra categoría de relaciones de derecho. La unificación internacional del derecho referente a las relaciones internacionales de derecho constituye indiscutiblemente una de las grandes tareas de nuestra época, que organismos como UNIDROIT se han propuesto realizar. Es menester evitar la inseguridad en las relaciones de derecho internacionales. La unificación del derecho no intenta sustituir a los diferentes derechos nacionales por un derecho supranacional uniforme decretado por un legislador universal. Esto es ciertamente imposible, pero se puede sin duda mejorar gradualmente el régimen jurídico de las relaciones internacionales con métodos variados, como la confección de convenciones, la elaboración de “Principios” y la adopción de contratos o cláusulas tipos. El mundo actual requiere de una cierta unificación internacional. Los quince Estados miembros de la Unión Europea<sup>4</sup> se han dado a esa tarea mediante la aplicación del Tratado de Roma y lo numerosos textos legales que derivan de ella. Los “Principios relativos a los contratos del comercio internacional”<sup>5</sup> redactados bajo los auspicios de UNIDROIT proponen hoy normas destinadas a ser aplicadas en el ámbito universal, por los agentes del comercio internacional.<sup>6</sup>

Un grupo de trabajo, la “Comisión Lando” (que lleva el nombre de su presidente, el Profesor danés Olé Lando) redactó los “Principios contractuales del derecho europeo”.<sup>7</sup> Esos “Principios” quizás algún día pudieran servir de modelo en caso de que un derecho uniforme de los contratos fuese adoptado por los países miembros de la Unión Europea.<sup>8</sup>

La aplicación de las disposiciones de la Convención europea de los derechos humanos por parte de la Corte de Justicia de Estrasburgo y su impacto en los derechos nacionales es también un factor de unificación, especialmente en el ámbito del derecho procesal y del derecho penal.

Con abstracción de áreas o límites geográficos, la obra de síntesis o de armonización no puede realizarse sin el auxilio del derecho comparado, para dar cuenta de las convergencias y diferencias existentes entre los diferentes derechos. Esto es necesario para reconciliar las diversas técnicas empleadas en diversas partes y procurar que los esfuerzos que tienden a la unificación se vean recompensados con el mayor de los éxitos, lo que es de esperarse si se atiende a las circunstancias actuales.

9. Función de los comparatistas. El derecho comparado está llamado a desempeñar una función relevante en la renovación de la ciencia del derecho y en la elaboración de un nuevo derecho internacional que pueda responder a las condiciones del mundo moderno. Por ello, los comparatistas no pueden circunscribirse a evidenciar recurrentemente la función que debe

---

4 Nota del traductor. Los miembros actuales de la Unión Europea son veintisiete. Los últimos en incorporarse fueron Rumania y Bulgaria el 1o. de enero del 2007. Véase el portal Internet en [http://77enciclopedia.us.es/index.php/Ampliac%C3%B3n\\_de\\_la:Uni%C3%B3n\\_Europea](http://77enciclopedia.us.es/index.php/Ampliac%C3%B3n_de_la:Uni%C3%B3n_Europea).

5 Nota del traductor. “Los Principios relativos a los contratos del comercio internacional” fueron publicados por primera ocasión en lengua española por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y el Centro Mexicano de Derecho Uniforme en 2007.

6 UNIDROIT, Principles of international commercial contracts, 1997. Estos principios han sido traducidos a más de veinte idiomas. Véase J. Bonell (ed), *The UNIDROIT Principles in Practice*, 2002. Este libro contiene una importante bibliografía relativa a los principios de UNIDROIT.

7 Nota del traductor. La publicación de estos principios en español puede ser consultada en *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, Civitas, 2002, con un excelente estudio de los profesores españoles Luis Díez-Picazo, E. Roca Trías y A. M. Morales.

8 Principles of European Contract Law, 2000. Esos principios han sido traducidos a varios idiomas.

## 8 INTRODUCCIÓN

---

desempeñar el derecho comparado; les incumbe igualmente formar juristas aptos para cumplir, cada uno en su especialidad, con la tarea que les corresponda. El derecho comparado no puede reducirse al ámbito reservado de algunos juristas. Todos los juristas están convocados a interesarse en el derecho comparado, ya sea para comprender mejor su propio sistema de derecho, ya sea para intentar mejorarlo, o bien para convenir, de común acuerdo con los juristas de países extranjeros, reglas de conflicto o reglas de fondo uniformes que propicien una armonización de los diversos derechos. La inmensa mayoría de los juristas ha convenido en que el derecho comparado no es más que un método, el método comparativo, que puede servir a los fines variados que se propone; para otros, en cambio, cuya preocupación se centra en los mismos derechos extranjeros y en facilitar su comparación, en diferentes aspectos, con su derecho nacional, el derecho comparado se percibe como una verdadera “ciencia”; como una rama autónoma del conocimiento del derecho. Al margen de los juristas que hacen un simple uso del derecho comparado, existe también un lugar para los “comparatistas”, que abonan el terreno, a efecto de que otros puedan en sus variadas tareas, cosechar los frutos del método comparativo.

En efecto, la comparación de los diferentes sistemas de derecho es una tarea ardua. Antes de aventurarse en ella, es preciso conocer las vicisitudes a las cuales se está expuesto, y la prudencia que debe observarse al internarse en este ámbito.

Durante mucho tiempo los juristas no vislumbraron este aspecto ya que el círculo de los sistemas de derecho que motivaba su interés, era limitado. Así, *verbi gratia* en la misma Francia, que se interesaba exclusivamente en los sistemas de derecho del continente europeo, no se requería de ninguna preparación adicional; esos sistemas de derechos, por su tradición, por sus estructuras, por sus métodos y por el ámbito territorial en el cual se aplicaban, eran cercanos o relativamente cercanos al derecho francés. Esto sigue siendo igualmente válido en la medida en que la propia Francia se interesase en sistemas de derecho pertenecientes a la misma “familia” en la que se encuentra inserto el derecho francés.

El mundo actual dista mucho sin embargo del de antaño. Con mayor frecuencia nos relacionamos con juristas que han recibido una formación distinta a la nuestra, que no razonan de acuerdo a los mismos métodos, que emplean otros conceptos y cuya visión y concepción del mundo difieren sustancialmente a los nuestros. Emerge entonces la necesidad de comparatistas competentes, que instruyan a juristas en las dificultades que podrían enfrentar para comprender a sus interlocutores y darse a entender entre ellos, antes de que se relacionen útilmente. Lo que explica el desarrollo moderno de cursos, cátedras y de Institutos de derecho comparado.

10. El derecho comparado y la sociología jurídica. Algunos juristas estiman que el derecho comparado es otra vertiente de la sociología jurídica. Con las debidas reservas que suscita esta aseveración, es necesario conceder que existen entre el derecho comparado y la sociología jurídica numerosos puntos de contacto y algunos ámbitos comunes.

En primer término y al igual que la sociología, el derecho comparado debe determinar en que grado y hasta que medida, el derecho determina el comportamiento de los hombres y el lugar que aquéllos reconocen al derecho como factor del orden social. Viviendo en sociedades en donde el derecho goza de una gran consideración y se le considera apto para regular los aspectos más variados de las relaciones sociales; se tiene por lo tanto una propensión natural a pensar que lo mismo acaece en los demás Estados, o por lo menos en todas las sociedades que han alcanzado un nivel de desarrollo comparable al propio. Se puede también estar inclinado a pensar que el derecho positivo es únicamente una realidad; esta aseveración olvida la antigua dualidad que existió durante siglos en estos países, entre el derecho que se enseñaba en las universidades y las reglas de derecho aplicadas por los tribunales para resolver controversias.



Es preciso que quien desee conocer un sistema de derecho extranjero, tenga presente en su ánimo que el sistema de derecho, tal y como aparece en sus fuentes formales, no constituye el único factor que sirve para moldear las relaciones sociales. Las reglas y procedimientos jurídicos que se consideren como esenciales pueden, en otro ámbito territorial, tener solamente una función complementaria, prácticamente imperceptible ya que son otros principios los que tienen la vocación de regular las relaciones sociales. Es así como, *verbi gratia* en el derecho japonés las normas de *giri*, en Madagascar las *fombas*, en otra parte el arbitraje de alguna autoridad religiosa o comunitaria, o bien en ámbitos en donde el solo temor a la opinión pública o el control de un partido político omnipotente, convierten al derecho en una apariencia, en una simple fachada de la cual la vida social se encuentra más o menos dissociada. Esta disociación amenaza también con producirse en muchos países en donde el derecho es altamente venerado pero suele conceptuarse como un ideal inaccesible en la práctica: es el caso de numerosos países pertenecientes al derecho musulmán. Semejante disociación puede también producirse, a la inversa, ya que el derecho es tradicionalmente poco apreciado: es el caso de los Estados del Lejano Oriente, en donde los buenos ciudadanos resuelven sus litigios mediante procedimientos de conciliación y en los que recurrir a las instancias jurisdiccionales e invocar al derecho se considera tradicionalmente como vergonzoso. En nuestros países Occidentales, es evidente que el derecho dista mucho de entrañar toda la realidad de la vida social: no se persiguen todas las infracciones penales, no se recaudan todos los impuestos, como tampoco se ejecutan todas las resoluciones pronunciadas por las instancias de justicia. Existen numerosas prácticas administrativas, comerciales y profesionales así como elementos de orden religioso, político y social que influyen sobre el modo de actuar de los individuos; considerar solamente el texto legal puede fácilmente conducir a una visión equivocada de la manera de regular las relaciones sociales y de lo que el derecho representa en la realidad.

11. Las fuentes del derecho. Enfoquemos ahora nuestro análisis en las fuentes formales del derecho. Los diversos sistemas asignan una función muy diferente a la ley, a la costumbre, a la jurisprudencia, a la doctrina y a la equidad. Cuando se analiza un sistema de derecho extranjero es necesario considerar que la concepción local relativa a las relaciones existentes entre las diferentes fuentes posibles de reglas de derecho, no es la misma en todos los países, por lo que pueden también variar los métodos de razonamiento aplicados por los juristas para desentrañar las reglas de derecho y desarrollar un cuerpo normativo. Un derecho puede tener un carácter religioso o sagrado y en este caso, ningún legislador podrá modificar sus reglas. En otro, la ley sólo constituye un modelo y se considera natural que la costumbre pueda derogarla. En otras partes, se les reconoce a las ejecutorias de la jurisprudencia de una autoridad que rebasa el ámbito de los que participaron en el proceso. En algunos órdenes jurídicos cuándo se recurre a determinadas fórmulas generales o ciertos principios superiores de justicia puede también hacer variar de modo más o menos extensivo, la aplicación estricta de las normas existentes.

Es menester, en derecho comparado considerar los elementos anteriores en el análisis, cuándo se pretenda considerar otros sistemas de derecho. El estudio puede resultar complejo por que las fórmulas empleadas por los teóricos respecto a las fuentes del derecho o los modos de interpretación de la ley no siempre dan cuenta exacta de la realidad. Así, si bien la teoría enuncia, *verbi gratia*, en Francia que la jurisprudencia no constituye una fuente de derecho, los fallos pronunciados en determinadas circunstancias por la Corte de Casación o por el Consejo de Estado francés con frecuencia tienen, de hecho, una autoridad muy similar a la de la ley. Actualmente, en Inglaterra a la ley se le presenta como una fuente secundaria del derecho, en un sistema que es por excelencia de derecho jurisprudencia (*case law*). Importa precisar el alcance

de esta aseveración. En Inglaterra, las leyes son también numerosas y desempeñan una función tan importante como la legislación en Francia y han dejado, con frecuencia, de ser interpretadas literalmente y de manera restrictiva. El derecho comunitario europeo y la implantación en el derecho inglés de la Convención europea de los derechos del hombre por el Human Rights Act de 1998 también han cambiado la actitud de los juristas ingleses respecto a los textos escritos.

Sin embargo, los juristas ingleses continúan sintiéndose incómodos frente a las reglas de derecho aprobadas por el legislador y en consecuencia, sumergirán estas reglas de derecho, tan pronto como les sea posible, en un mar de decisiones jurisprudenciales pronunciadas al momento de aplicarlas. La doctrina del Islam no admite que un legislador pueda modificar las reglas de derecho que pertenecen al cuerpo sagrado del derecho islámico; esa prohibición no obstaculiza que, por diversos medios, reglamentos de policía o de procedimiento, el soberano de un país islámico pueda, en realidad, neutralizar los efectos de una regla de derecho o subordinar su aplicación a ciertas condiciones, sin que esto implique transgredir la ortodoxia islámica.

12. La estructura del derecho. La observación anterior es particularmente útil respecto a un último orden de diferencias entre los derechos, que le interesa al jus comparatista resaltar. Los diferentes derechos contienen respectivamente conceptos que expresan reglas de derecho y categorías jurídicas que permiten ordenar dichas reglas. Incluso cada jurista, perteneciente a su respectivo sistema, concibe la regla de derecho a su manera. Respecto a esos tres aspectos, los sistemas derechos evidencian diferencias y el análisis de cualquier derecho determinado implica considerar las diferencias de estructura existentes entre el sistema de derecho considerado y el propio.

El equilibrio entre intereses opuestos y la reglamentación de justicia que el derecho procura realizar puede, según los sistemas de derecho, obtenerse por vías muy diversas. La protección de los ciudadanos en contra de la administración pública puede en un país determinado estarle encomendada a instancias jurisdiccionales; en otros países por el contrario, puede estar regulada por mecanismos internos de la propia administración pública o bien conducir su correcta observancia a través de las comisiones parlamentarias o de un “mediador”. La individualización de la pena se puede compartir, de manera variable, entre los jueces y las autoridades penitenciarias. Las reglas de derecho relativas a la administración de la prueba pueden en un país desempeñar la función que en otro país se le atribuyen a las reglas de forma. En determinado derecho, las reglas pertenecientes al régimen matrimonial tienden a regular la situación del cónyuge supérstite, en tanto en otro derecho puede estar comprendida en las reglas de derecho propias al derecho de sucesiones. Un sistema de derecho puede normar la protección de los incapaces mediante una técnica de representación del incapaz, en tanto otro lo podrá hacer conforme a la técnica particular del trust. Es el jus comparatista quien tiene la vocación de subrayar la diversidad de esas concepciones jurídicas y de evidenciar la necesidad para el jurista que emprende la comparación de los sistemas de derechos de ponderar el planteamiento que motiva su atención, más que la función atribuida a uno u otro concepto. Por lo que es necesario tomar distancia del método de los cuestionarios elaborados para comparar los diferentes sistemas de derechos entre sí. En efecto, por más exactas que puedan ser las respuestas obtenidas, estas pueden proporcionar una visión completamente tergiversada de un sistema de derecho extranjero si quien las recibe, no considera otras reglas de derecho que hayan permanecido al margen del cuestionario. Las respuestas obtenidas sólo representan parte de una realidad que de suyo es más compleja.

La ausencia de correspondencia entre las nociones jurídicas e incluso entre las categorías jurídicas aceptadas en uno y otro lado, constituye una de las mayores dificultades que encuentra

el jurista, deseoso de realizar una comparación entre diversos derechos. Si bien es cierto que es anticipable encontrar por doquier reglas de derecho de contenido variable, provoca un gran desconcierto cuando un sistema de derecho extranjero desarrolla una forma de clasificación de reglas de derecho que pudiera a primera vista resultar extraña a la misma naturaleza de las cosas. Es menester sin embargo resignarse: el desarrollo de las reglas de derecho se realiza de manera independiente en el seno de diferentes familias de derecho y las categorías y nociones jurídicas que pueden parecer elementales, *verbi gratia* para un jurista francés, son a menudo ajenas al jurista inglés, por no mencionar al jurista islámico. Así *verbi gratia* las interrogantes fundamentales para un jurista francés pueden no plantearse o no tener más que una importancia relativa para un jurista islámico, que vive en una sociedad de tipo diferente. Las interrogantes de un jurista francés formuladas a un jurista africano relativas a la organización familiar o al régimen de propiedad resultan incomprensibles para éste último, si se formulan en términos que correspondan a instituciones europeas y por lo tanto totalmente ajenas a su manera de concebirlas. A los *jus comparatistas* les incumbe, a través de estudios generales sobre la estructura de las sociedades y los derechos, propiciar las condiciones necesarias para un diálogo exitoso, les corresponde explicar las mentalidades, los tipos de razonamiento y los conceptos extranjeros, así como elaborar diccionarios jurídicos que permitan entenderse a juristas que incluso no llegaren a dominar el mismo idioma.

13. Conclusión. El derecho comparado tiene una función preponderante que desempeñar en la ciencia del derecho. Aspira en efecto, en primer término, a instruir juristas sobre la función y significación del derecho, aprovechando con ese propósito la experiencia de todas las naciones. Aspira también, en una óptica más pragmática, facilitar la organización de la sociedad internacional revelando las posibilidades de acuerdo y sugiriendo fórmulas para la regulación de las relaciones internacionales. Finalmente permite a los juristas de diversas naciones plantearse la posibilidad de una mejoría de sus sistemas de derecho internos. Para que el derecho comparado cumpla con su función es necesario que los juristas, que pareciera ser cada vez más el caso, no se limiten al estudio de su propio derecho nacional sino que, en cada oportunidad propicia, recurran al método comparativo. La utilidad del derecho comparado ha sido recientemente reconocida. Los trabajos de los *jus comparatistas* que pretenden ampliar el ámbito de interés de los juristas y darles nuevamente el sentido de la universalidad, son todavía muy escasos. Muchos de nuestros actuales juristas, aún cuando se percatan de la utilidad del derecho comparado, se abstienen de emplear el método comparatista porque carecen de la instrucción necesaria de estudios de derecho extranjero. Las nuevas generaciones están en vías de recibir esta preparación; cada vez más concientes de las realidades de nuestra era, sometidas al fenómeno de la globalización, las nuevas generaciones, no pueden seguir aceptando que la ciencia del derecho sea, como lo lamentaba Von Ihering, reducida a los ámbitos de la jurisprudencia local. Tal vez es inevitable que los practicantes del derecho, en su actividad cotidiana, limiten su horizonte al derecho nacional; sin embargo no hay más ciencia del derecho que la universal. El derecho comparado es uno de los elementos de esta universalidad, particularmente importante en nuestra época, que desempeña y está llamado aún más a desempeñar una función de primer orden en el conocimiento y el progreso del derecho.

### SECCIÓN 2 DIVERSIDAD DE LOS DERECHOS CONTEMPORÁNEOS

14. Multiplicidad de derechos. En nuestro mundo, cada Estado posee un derecho propio y a menudo diversos derechos se aplican simultáneamente dentro de un mismo Estado. Algunas comunidades no estatales poseen igualmente su derecho: derecho canónico, derecho musulmán, derecho hindú, derecho judío. Existe también un derecho internacional cuya vocación es regular, a nivel universal o regional, las relaciones entre Estados y el comercio internacional.

El objeto de este libro es proponer una guía que permita transitar en esta diversidad, y facilitar la tarea al jurista que por alguna razón esté interesado en conocer uno u otro derecho extranjero.

La obra que se pretende realizar es compleja. Los diversos sistemas de derecho se expresan en idiomas múltiples, conforme a técnicas diversas, elaboradas por sociedades cuyas estructuras, creencias y costumbres son igualmente muy variadas. Esta sola multiplicidad dificulta la realización, en un número limitado de páginas, de una síntesis realmente satisfactoria. Ello no nos debe disuadir de realizar nuestro proyecto. En efecto, aun cuándo el mundo contemporáneo cuenta con múltiples sistemas de derechos, es posible clasificarlos en un número limitado de familias, por lo que nuestro objetivo puede alcanzarse sin tener que detallar cada derecho, exponiendo las características generales de algunas familias a las cuales unos y otros se vinculan. Nos hemos de dedicar por lo tanto y en primer lugar a explicar la noción de familias de derechos y definir las diversas familias de derechos existentes en el mundo contemporáneo.

15. Elementos variables y elementos constantes en el derecho. La multiplicidad de los sistemas de derecho es una realidad. Cabe sin embargo precisar la amplitud de ese fenómeno y su verdadero significado. ¿En qué consiste y cómo se manifiesta la diversidad de derechos?

Es probable que el practicante del derecho, cuya atención se concentra en su sistema de derecho nacional, responda que las diferentes reglas de derecho son dictadas y aplicadas en diferentes países, conforme a sus propios procedimientos. He aquí el significado más claro y más sencillo de entender de la diversidad de derechos. El derecho de los Estados Unidos de América y de Inglaterra difiere porque el primero admite, mientras que el segundo rechaza un control de la constitucionalidad de las leyes. El derecho inglés difiere del francés porque el primero norma el trust en tanto que el segundo lo ignora.

Sin embargo, la diversidad de los sistemas de derecho no proviene exclusivamente de la variedad de las reglas de derecho que prescribe. Sería a la vez superficial y falso percibir el derecho como un simple conjunto de reglas de derecho. Si bien el derecho puede, en una época y un país determinado, plasmar un determinado número de reglas de derecho, el fenómeno es sin embargo mucho más complejo. Cada derecho constituye de hecho un sistema: emplea un determinado vocabulario que corresponde a determinados conceptos; agrupa las reglas de derecho en determinadas categorías; determina el empleo de ciertas técnicas a fin de formular las reglas de derecho y ciertos métodos para interpretarlos; se vincula a una concepción dada del orden social que determina el modo de aplicación y la función misma del derecho.

“Bastan tres palabras del legislador, para que bibliotecas enteras pueden subastarse” escribió en 1848 un autor alemán.<sup>9</sup> Se trata obviamente de una simple ironía. Es cierto que las reglas de

---

<sup>9</sup> J. Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, rééd. 1936, p. 25.

derecho se modifican cada vez con mayor frecuencia y que el practicante debe aprender a tomar distancia de las obras jurídicas desactualizadas. No obstante ello, la enseñanza del derecho es posible ya que el derecho significa más que un simple conjunto de reglas en constante transformación. La enseñanza del derecho, por tanto, sólo es posible porque el derecho se integra no sólo por reglas que cambian. Lo crucial para los juristas no es aprender de memoria y en el detalle las reglas de derecho vigentes en un momento determinado: la interrogante natural es la siguiente: ¿de qué le serviría este ejercicio diez años después, en la práctica de su profesión que muy probablemente estaría ya sin ninguna relación con la inmensa mayoría de las reglas de derecho inicialmente estudiadas? Lo verdaderamente trascendente es conocer el marco de legalidad en donde se elaboran las reglas de derecho, el significado de los términos empleados, los métodos usados para fijar su significado y para armonizarlos entre ellos. Las reglas de derecho pueden cambiar súbitamente por obra del legislador, pero otros elementos no se pueden alterar de manera arbitraria ya que están íntimamente vinculados a nuestra civilización y a nuestros modos de pensar: el legislador no tiene ningún poder sobre ellos, como tampoco lo tiene sobre nuestro lenguaje o nuestra forma de razonar.

En los Estados Unidos de América, la obra de Roscoe Pound puso de manifiesto la importancia de estos elementos subyacentes a las reglas jurídicas, presentes en los diversos sistemas de derechos. Es precisamente sobre estos elementos en donde se fundamenta el sentimiento que tenemos de la continuidad histórica de nuestro sistema de derecho, a través de todas las modificaciones que las reglas de derecho pudieran experimentar. Es también la presencia de esos elementos la que permite considerar al derecho como una ciencia y posibilita su enseñanza.

16. Clasificación de los sistemas de derecho en familias. Si consideramos el tenor y el contenido de las reglas de derecho, la diversidad de los sistemas de derecho es infinita. Es mucho menor en cambio si examinamos los elementos fundamentales y estables que permiten desentrañar las reglas, interpretarlas y precisar su valor. Las reglas de derecho pueden ser infinitamente variadas; por el contrario las técnicas para enunciarlas, la manera de clasificarlas y las formas de razonamiento para interpretarlas se reducen a unos cuantos tipos limitados en su número. Esto hace posible la clasificación en “familias” de los diferentes sistemas de derecho; al igual que en otras ciencias, si se desatiende diferencias secundarias, se reconoce la existencia de familias en materia de religión (Cristianismo, Islam, Hinduismo, entre otros), de lingüística (lenguas romanas, eslavas, semíticas, nilóticas, entre otras) o de ciencias naturales (mamíferos, reptiles, pájaros, batracios, entre otras).

Al reducirlos a un número restringido de tipos y clasificar los derechos en familias se facilita la presentación y comprensión de los diferentes derechos del mundo contemporáneo. No existe, sin embargo, ningún consenso hasta ahora que prescriba como efectuar esta clasificación y saber cuales son en consecuencia las diferentes familias de sistemas de derecho que es posible reconocer. Algunos fundan sus clasificaciones sobre la estructura conceptual de los derechos o sobre la importancia que se le confiere a las diferentes fuentes de derecho. Otros consideran que esas diferencias de orden técnico tienen un carácter secundario y ponen en relieve consideraciones de fondo, *verbi gratia*, la clase de sociedad que se pretende establecer mediante el orden normativo o el lugar que se le reconoce al derecho como factor del orden social.

No obstante que esas discusiones han provocado debates muy extensos, carecen en gran medida de sentido. La noción de “familia de derechos” no corresponde a una realidad biológica; se recurre únicamente a ella con fines didácticos, para evidenciar las coincidencias y las diferencias existentes entre los diferentes sistemas de derecho. Si esto es válido, todas las clasificaciones deben ser juzgadas en sus propios méritos y ninguna está al abrigo de críticas. Todo depende del

marco de referencia en que se desarrolle el análisis y de la preocupación dominante del *jus comparatista*. Las mismas clasificaciones variarán si se pretende un enfoque universal o limitado al ámbito europeo; de la misma manera variarán según se adopte un enfoque sociológico o jurídico. Se podrán efectuar otras clasificaciones según se centre el análisis sobre el derecho público, el derecho privado o sobre el derecho penal.

Esto explica porque nos abstendremos aquí de toda polémica con los autores que han propuesto diversas clasificaciones. Los paralelismos puntuales que pueden existir ahora en algunas partes del mundo no controvierten la clasificación de los sistemas, necesaria para cualquier intento de comprensión de los derechos extranjeros.

De manera pragmática, este análisis se limitará en primer lugar y brevemente a poner de relieve las características esenciales que permiten reconocer, en el mundo occidental contemporáneo, dos grupos de derechos principales: la familia romano germánica y la familia del *common law*. En las ediciones precedentes de esta obra se mencionaban a una tercera familia, la del derecho de los antiguos países socialistas. Los cambios ocurridos en la antigua URSS y en las antiguas democracias populares y la voluntad de esos antiguos países socialistas de incorporarse a una economía de mercado, ya no justifican más el reconocimiento de una familia de derecho socialista. Sin embargo el derecho ruso pudiera parecer en la actualidad como un derecho particular, justificando su estudio.

La familia romano-germánica como la familia del *common law*, con abstracción de su valor o expansión, distan mucho de dar cuenta de toda la realidad del mundo jurídico contemporáneo. Al margen de las concepciones que representan, o la combinación de ambas, otras maneras de visualizar la organización de la sociedad persisten y siguen siendo determinantes en un gran número de sociedades. En este libro se propondrán algunos apuntamientos sobre los principios con los cuales se relacionen esas maneras de concebirlas.

17. Familia romano-germánica. La primera familia de derechos, respecto a la cual se va a desarrollar el análisis es la familia romano-germánica que congrega a los países, cuyo sistema de derecho se formó sobre la base del sistema de derecho romano. En esos países, las reglas de derecho se conciben como normas de conducta estrechamente vinculadas a preocupaciones de justicia y de moral. La tarea esencial de la ciencia del derecho es determinar cuales deben de ser esas reglas jurídicas. Durante mucho tiempo la doctrina descuidó la aplicación del derecho que era un asunto propio de los practicantes del derecho y de la administración. Pero el estado de cosas varió sustancialmente y en la actualidad, la doctrina se interesa frecuentemente, tal vez en exceso, en la jurisprudencia y generalmente en la más reciente.

Desde el siglo XIX, en la familia romano-germánica, se le atribuye a la ley una función preponderante; los diferentes países pertenecientes a esta familia han adoptado la fórmula de “códigos”.

Otra característica de la familia romano-germánica radica en el hecho que esos sistemas de derecho fueron elaborados, en consideración a razones históricas, para regular las relaciones entre los ciudadanos. Las otras disciplinas del derecho se desarrollaron subsecuentemente y con menos perfección a partir de los principios del “derecho civil”, que continuo siendo durante largo tiempo la referencia por excelencia de la ciencia del derecho.

La familia del derecho romano-germánico tiene su origen en Europa. Se fue formando a través de la obra de las universidades europeas las cuales desarrollaron desde el siglo XII y a partir de las compilaciones del emperador Justiniano, una ciencia jurídica común a todos y adecuada a las condiciones del mundo moderno. El epíteto romano-germánico se eligió para darle el mérito a los

esfuerzos comunes tanto de las universidades de los países latinos como de las de los países germánicos.<sup>10</sup>

A consecuencia de la colonización, la familia romano-germánica conquistó inmensos territorios en donde se aplican hoy en día, sistemas de derecho pertenecientes o afines a esta familia. Un fenómeno de recepción voluntaria produjo el mismo resultado en unos países que no fueron sometidos al dominio de los pueblos del continente europeo pero donde la necesidad de reformar o el deseo de occidentalizarse condujeron a la penetración de las ideas europeas.

Existen múltiples diferencias entre los sistemas de derecho vinculados con la familia romano-germánica: cada Estado tiene un sistema de derecho que le es propio. Lo verdaderamente fundamental de esas diferencias que separa a los sistemas de derecho europeos de los sistemas de derecho meta europeos, es la filosofía que prevalece en cada uno de ellos. En nuestra época, los países europeos han superado por completo la ideología que los inspiró inmediatamente después de la Revolución francesa y que los impulso a colocar en el primer plano las preocupaciones de igualdad social desconocidas en esa época o para decir lo menos, generalmente desatendidas. En los países de América Latina, donde las clases dirigentes no supieron combatir las injusticias sociales, este desarrollo no fructificó o bien, cuando logró concretarse, no fue sino de manera imperfecta. Esos países registran grandes y profundas dificultades económicas al igual que los países de África. En el continente africano, los ideólogos de Occidente no entendieron que las instituciones que gobiernan la vida pública en Europa resultan inadecuadas en Estados compuestos por diferentes etnias y para quienes la democracia de tipo europeo está mal diseñada.

Los sistemas de derecho relacionados con la familia romano-germánica fuera del Continente europeo necesitan, por lo tanto, ser clasificados en grupos distintos. Numerosos países pudieron “recibir” los derechos europeos; aún cuándo antes de esta recepción, existía en esos países civilizaciones autóctonas que observaban ciertas maneras de visualizar la sociedad o de comportarse y ciertas instituciones. En esas condiciones, la recepción fue en muchas ocasiones parcial: varios sectores de las relaciones jurídicas (entre otras el “estatuto personal”) siguen regidas por principios tradicionales e independientemente de ello, las maneras de visualizar la sociedad y de comportarse ocasionan una aplicación del nuevo sistema de derecho bastante diferente de la que impera en Europa.

18. Familia del *common law*. La familia del *common law* es la segunda familia de de derechos: comprende el derecho de Inglaterra y los derechos que se moldearon sobre el derecho inglés. El *common law* presenta características tradicionales muy diferentes a las de la familia de los sistemas de derecho romano-germánico. El derecho del *common law* se formó por los jueces que tenían que resolver las controversias de particulares y continúa teniendo hasta nuestros días la marca ostensible de ese origen. La regla de derecho del *common law*, menos abstracta que la regla de derecho de la familia romano-germánica, tiene como principal aspiración darle solución a una controversia y no a la formulación de una regla general de conducta para el futuro.

---

<sup>10</sup> La denominación “derecho romanista” que también se emplea ocasionalmente *brevitatis causa* resulta cómoda, aún cuando no refleja en forma precisa la función de la ciencia, fundamental en la formación de este sistema de derecho. Puede así mismo confundir al lector al sugerir que las reglas de los derechos actuales pertenecientes a esta familia, son extremadamente diferentes de las reglas del derecho romano. Las denominaciones *continental law* o *civil law* que se empleada con cierta frecuencia en el sistema de derecho inglés para calificar a los sistemas de derecho romano-germánico se prestan todavía a mayores críticas y distan mucho de ser más explícitas.

Tradicionalmente las reglas de derecho concernientes a la justicia, al procedimiento, a las probanzas y a la ejecución de las decisiones provenientes de la administración de justicia son las más relevantes para los abogados del *common law*, no así las reglas relativas al fondo del derecho. Su preocupación inmediata no es determinar las bases de la sociedad, sino el restablecimiento del orden alterado. Por último, el *common law* se encuentra desde sus orígenes, vinculado al poder real. El desarrollo del sistema de derecho *common law* se propiciaba justamente en situaciones en que la paz del reino se veía amenazada o cuando alguna otra consideración importante exigía o justificaba la intervención del poder real. En su origen, tiene la apariencia de ser esencialmente un derecho público. Las disputas entre particulares únicamente podían someterse a las Cortes del sistema de derecho *common law* cuando amenazaban de alguna manera el interés de la Corona o del reino. La formación y desarrollo del *common law*, especie de derecho público que tiene su origen en el procedimiento; la ciencia de los romanistas, fundada a su vez en el derecho civil, fue más bien limitada. Las clasificaciones del *common law*, los conceptos jurídicos a los que recurre y la terminología de los practicantes del *common law* difieren totalmente en sustancia de las clasificaciones y de los conceptos jurídicos, así como del vocabulario de los juristas de la familia romano-germánica.

Al igual que los derechos romano-germánicos, el *common law* conoció una expansión considerable en el mundo entero como efecto de las mismas causas, es decir: colonización o recepción. Se puede por consiguiente hacer las mismas observaciones respecto a la familia del *common law* que respecto a la familia romano-germánica. Aquí también resulta conveniente distinguir el *common law* en Europa (Inglaterra, Irlanda) y fuera de Europa. Fuera de Europa, verbi gratia en algunos países islámicos o la India misma, pudo suceder que el *common law* haya sido sólo parcialmente recibido. Una vez recibido, importa precisar los efectos de su coexistencia con tradiciones de civilizaciones anteriores en la aplicación del derecho. Adicionalmente un entorno diferente pudo también provocar una diferenciación profunda del *common law* en el país de origen y el país de importación. Esta última observación es de una gran relevancia en los sistemas de derecho pertenecientes a la familia del *common law*, como el los Estados Unidos de América, Canadá o Australia, en donde se formó una civilización en muchos aspectos muy diferente de la inglesa y por ende en donde el sistema de derecho reivindica una amplia autonomía en el mismo seno de la familia del *common law*.

19. Relaciones entre esas dos familias. Los países de derecho romano-germánico y del *common law* tuvieron entre ellos numerosos contactos al paso de los siglos. Por doquier el derecho fue influenciado por la moral cristiana y a partir del Renacimiento, las doctrinas filosóficas prevalecientes pusieron en el primer plano al individualismo, al liberalismo y a la noción de “derecho subjetivo”. El *common law* conserva en la actualidad una estructura muy diferente a la estructura del sistema romano-germánico; la función, empero, asumida actualmente por la ley y la importancia del derecho comunitario europeo tiende a aproximar los métodos empleados en ambos sistemas. Especialmente la regla de derecho tiende cada vez más a conceptuarse en los países del *common law* de la misma manera que en los países pertenecientes a la familia romano-germánica. En cuanto al fondo, las dos familias proponen con frecuencia soluciones bastante similares, inspiradas en una misma idea de justicia.

La propensión de concebir una familia de derecho occidental es cada vez mayor cuando existen algunos derechos en ciertos países, respecto a los cuales resulta muy cuestionable determinar su pertenencia a una familia específica ya que han tomado algunos elementos de la familia romano-germánica y otros de la familia del *common law*. Entre otros se pueden mencionar los derechos



de Escocia, Israel, la Unión Sudafricana, la provincia del Québec, en Canadá y Filipinas que participan de esos derechos llamados “mixtos”.

20. Antigua familia de los derechos socialistas. El derecho ruso. Hasta 1989, los derechos socialistas representaban una tercera familia, distinta de las dos precedentes. Los antiguos países socialistas eran aquellos países que habían pertenecido en tiempos pasados a la familia del derecho romano-germánico y que habían conservado algunas de sus características. Así, la regla de derecho fue considerada como una regla general de conducta y las clasificaciones del derecho y la terminología de los juristas continuaron siendo en gran medida tributarias de la ciencia jurídica sustentada sobre los principios del derecho romano debido a la obra de las universidades europeas.

Pero paralelamente a estas similitudes existían diferencias de tal importancia que resultaba legítimo considerar que los derechos socialistas se habían independizado de la familia romano-germánico y constituían una familia de sistema de derecho distinta. La doctrina oficial sustentada en la doctrina marxista-leninista que gobernaba a estos derechos, sostenía que los gobernantes de los antiguos países socialistas querían construir un nuevo tipo de sociedad en donde ya no hubiera Estado ni derecho. Se instauró una nueva estructura económica, todos los medios de producción fueron colectivizados y el derecho privado perdió su preeminencia en beneficio del derecho público.

La familia del derecho socialista que se originó en la antigua Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) en donde prevalecieron esas concepciones, desarrolló después de 1917, un sistema de derecho original. Esta familia jurídica se extendió después de la segunda guerra mundial a los países de Europa Central y del Este y a los Balcanes, dominados por la antigua URSS, así como a Corea del Norte y Vietnam en Asia, y Cuba en América Latina.

Sin embargo, los acontecimientos sucedidos en 1989 en el Este de Europa después de la caída del Muro de Berlín desembocaron en la fragmentación y desaparición de la antigua URSS y en la emergencia de un nuevo Estado: el Estado de la Federación Rusa. Las antiguas democracias populares abandonaron muy pronto también el sistema del régimen socialista. Todos los antiguos países socialistas se internaron en la vía de una economía liberal. Se adoptaron algunas codificaciones. Existen indicios que apuntan que la Federación Rusa se está reintegrando de alguna manera a la familia romano-germánica; sin embargo el derecho ruso presenta cierta originalidad; ya que casi un siglo de derecho socialista ha dejado secuelas que tardarán mucho en desaparecer.

El derecho ruso, debido a su originalidad y a la importancia de ese país en el mundo, será objeto de un capítulo autónomo en este libro. Es hoy en día un derecho particular, aún cuando exista la posibilidad de que se integre en un futuro a la familia romano-germánica.

21. Otros sistemas. Las familias romano-germánica y del *common law* son sin lugar a duda las dos principales familias de derecho existentes en el mundo contemporáneo. Para expresarlo en alguna forma, no existe en el mundo ningún derecho que no haya incorporado alguno elemento proveniente de una u otra de estas dos familias; de ahí no debe concluirse, empero, una forma de preeminencia del sistema de derecho occidental. Todos los países concedieron, en un momento determinado, un lugar a las ideas occidentales porque les pareció necesario para la conservación

de su independencia y la realización de determinados progresos; esto no significa que los hombres del mundo contemporáneo hayan con ello repudiado las concepciones, generalmente aceptadas, de visualizar los problemas en su sociedad. La superioridad técnica de Occidente no conlleva la superioridad en bloque de la civilización occidental.<sup>11</sup> El mundo islámico, la India, el Lejano Oriente y África distan mucho de adherirse sin reserva alguna a la civilización occidental; en algunos países se le visualiza incluso, en algunas ocasiones, con cierta hostilidad. Estos países han continuado con una gran fidelidad a sus concepciones en las que el sistema de derecho se entiende de modo muy distinto o no está destinado a desempeñar la misma función que en Occidente.<sup>12</sup>

Los principios a los cuales las sociedades no occidentales se refieren son de dos tipos: en uno de ellos se le reconoce al derecho un valor eminente, pero es concebido de manera diferente que en Occidente; en el otro por el contrario la noción misma de derecho se ve rechazada y se pretende regular las relaciones sociales fuera del ámbito formal del derecho. El primero de estos principios prevalece en los sistemas de derecho islámico, hindú o judío, en tanto que el segundo se inserta en los sistemas de derecho del Lejano Oriente y también de África.

22. Sistemas de derecho islámico, hindú y judío. La concepción del derecho en el Islam, así como en las comunidades hindú y judía es relativamente fácil de ser comprendida por el jurista occidental. Se sabe cuán difícil ha resultado en todo tiempo y aun en la actualidad proveer una definición de derecho. A la fecha, ninguna definición ha logrado tener una aprobación unánime. Una de las razones de peso de ese desacuerdo radica en la contradicción, todavía tenaz, que enfrenta a los partidarios con los contestatarios de la noción de “derecho natural”.

Para algunos, el derecho se reduce a ser un conjunto de las reglas efectivamente observadas y cuya aplicación compete a los tribunales. Es así como se concibe actualmente el derecho en las universidades en donde, en los diferentes países, se enseña el derecho nacional, sea *verbi gratia* el derecho francés, inglés, búlgaro o argelino. Sin embargo esa manera de concebir el derecho no es la única. Otros conciben al derecho como un modelo ideal de conducta y se niegan a confundirlo con las reglas de derecho, conforme a las cuales, los particulares, las administraciones o los tribunales pueden conformar su comportamiento o sus decisiones. Las universidades de Europa, antes del siglo XIX, descuidaron casi por completo las costumbres o los derechos nacionales para dedicarse a enseñar un derecho ideal, elaborado sobre la base del sistema de derecho romano, el cual, conforme a su concepción, era el único que podía tener el mérito de considerarse como derecho. De igual manera, en los países islámicos, la atención se ha concentrado sobre un sistema ideal, el derecho islámico, vinculado a la religión del Islam. Las costumbres locales se consideran como fenómenos de puro hecho y las leyes y ordenamientos de los soberanos se conciben como simples medidas administrativas, como recursos de alcance local o transitorio, que no participan plenamente de la dignidad del derecho. El sistema de derecho judío merece la misma observación y de la misma manera, aunque en un contexto diferente; se distingue cuidadosamente en la India, el *dharma*, ciencia de lo justo, y el *artha* que prescribe las reglas de la riqueza y del poder.

El derecho puede estar vinculado a una religión o corresponder a determinada concepción del orden social. En ambos casos, no es necesariamente observado por los individuos, ni aplicado por

---

11 S. Bessis, *L'occident et les autres*, La Découverte, 2001.

12 W. Capeler y I. Kitamura (dir.), *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales*, 1998.

los tribunales pero ejerce sobre ambos una influencia considerable. En particular, puede darse el caso que entre los hombres, existan numerosos “justos” que regulen su existencia o se esfuercen en hacerlo, de conformidad con lo que ellos consideran es el verdadero derecho. El que estudia las sociedades occidentales puede en una perspectiva positivista concentrar su atención en las reglas de derecho decretadas por el legislador o aplicadas por los tribunales, pero puede también, esta vez con una óptica sociológica, reservar el vocablo derecho a las reglas de derecho efectivamente observadas en la práctica. Esto no representa algún inconveniente mayor cuando se trata de sociedades que han llegado a un alto grado de adecuación entre la justicia y el derecho positivo o las costumbres. Pero esa actitud es insostenible en otras sociedades en que las reglas del derecho, entendido en su acepción occidental, han conservado un carácter desorganizado, fragmentario, inestable, y en donde el sentimiento general percibe al verdadero derecho en lugares distintos alejados de las leyes, de las costumbres o de la jurisprudencia. Es por lo tanto necesario, sin la necesidad de tener que pronunciarse por cualquiera de los argumentos que oponen a juspositivistas con los jusnaturalistas, incluir en este libro el derecho islámico y el derecho hindú. En cuanto al derecho judío, a pesar de su interés lo dejamos de lado en consideración de que su ámbito de influencia es incomparablemente más restricto.

23. El Lejano Oriente. El planteamiento en el Lejano Oriente es radicalmente otro. En este ámbito el debate no versa sobre un sistema de derecho ideal determinado, distinto de las reglas de derecho dictadas por el legislador u observadas en la práctica. Es el valor mismo del derecho el que es objeto de debate.

En Occidente, el Islam o la India, se considera al sistema de derecho como un pilar necesario, como el mismo fundamento del orden social. El orden de la sociedad implica la primacía del derecho. Los hombres deben vivir conforme al sistema de derecho y llegado el caso, combatir por su preponderancia. La administración pública debe también observar las reglas de derecho y los tribunales velar por su respeto. El sistema de derecho prevalece incluso sobre cualquier noción de equidad. Fuera de su ámbito reina la arbitrariedad o la anarquía, la fuerza o el caos.

Los países del Lejano Oriente, por el contrario, rechazan esa concepción. En la percepción de la China, lejos de significar la condición del orden y el símbolo de la justicia, al sistema de derecho se le conceptúa tradicionalmente como el instrumento de la arbitrariedad y un factor de desorden. El ciudadano no tiene por que preocuparse del sistema de derecho; tiene que vivir de modo que se excluya toda clase de reivindicación de sus derechos y todo recurso a la justicia de los tribunales. La preocupación primordial de los hombres no debe ser la observancia del derecho; la conducta de cada ciudadano siempre tiene que estar gobernada, fuera de toda consideración jurídica, por la búsqueda de la armonía y la paz. La conciliación tiene más valor que la justicia, la mediación debe servir a disolver los conflictos, más que el derecho a resolverlos. Aún cuando en la actualidad existen leyes de marcada influencia del derecho de países occidentales, esas leyes no se observan como en Occidente.

El Lejano Oriente mantiene tradicionalmente esa visión. El régimen comunista chino y la occidentalización de Japón no han cambiado fundamentalmente esa concepción que sigue profundamente arraigada en el espíritu de los hombres. En China, el régimen comunista repudió los códigos inspirados en el Occidente que habían sido elaborados después de la caída del régimen imperial. Al cabo de un breve periodo de incertidumbre, se alejó también del modelo soviético y se internó en su propio modelo. Las leyes recientes, de inspiración occidental, adoptadas en ciertos ámbitos, esencialmente en el orden económico, no cambiaron el espíritu con el cual son aplicadas. En Japón, se introdujeron códigos de modelo europeo y los textos del derecho japonés demuestran una clara inspiración occidental. Pero la sociedad en su conjunto

continúa aun hoy en día reticente en recurrir a los tribunales y los mismos tribunales incitan a los litigantes a la conciliación y han desarrollado técnicas originales para aplicar —o dispensar de aplicar— el derecho.

24. África Negra y Madagascar. Las observaciones anteriores sobre el Lejano Oriente son también válidas para los países de África Negra y Madagascar. En un entorno que privilegia la cohesión de la comunidad y deja poco espacio al individualismo; su centro de gravedad es también la preservación o restauración de la armonía, mucho más que la observancia del derecho formal. Eso explica porque el sistema de derecho occidental, cuya réplica fue impulsada en esas regiones del mundo, no siempre se respeta. En su inmensa mayoría, las sociedades africanas continúan viviendo sin inquietarse por el conjunto de reglas de derecho, que en muchas ocasiones resultan totalmente artificiales, de conformidad con sus formas de vida tradicionales e ignoran con frecuencia lo que entienden los países de Occidente cuando se refieren al derecho.