

## CAPÍTULO SEGUNDO

### Sistemas jurídicos de la cultura occidental (I)

---

---

Al término de este capítulo segundo, el lector deberá conocer globalmente todos aquellos elementos, es decir, la unidad cultural: origen y/o tradición común, filosofía o valores comunes y orden de prelación de las fuentes del derecho también comunes, que determinan que un determinado ordenamiento jurídico se englobe dentro de la familia jurídica romano-germánica o *Civil Law* o neorrománica. Asimismo, detectará aquellos sistemas denominados híbridos o mixtos cercanos a la familia jurídica romano-germánica.

---

#### I. Familia jurídica romano-germánica

Al abocarnos al estudio de la familia jurídica romano-germánica en la que se realizará un recorrido desde el punto de vista de su unidad cultural, también queremos acercarnos al estudio de los sistemas en que ha sido escasa la influencia del derecho romano, según la clasificación del maestro José Castán Tobeñas, como son los denominados sistemas híbridos o mixtos, entre los que destacamos Louisiana, Escocia y Quebec.

Queremos hacer notar al lector que quizá no es posible una comprensión total de la familia jurídica romano-germánica sin una referencia a la tradición del *Common Law*, dadas sus similitudes que provienen de una atenuación de las diferencias que dividen los ordenamientos del *Common Law* y del *Civil Law* o la tradición romano-germánica, y de una matriz cultural común que permite hablar de una tradición que engloba a ambas familias para así constituir la “tradición jurídica occidental”, según lo ha puesto de relieve la clásica obra de Harold J. Berman. Dicha matriz cultural se refiere a la concepción que distingue justamente al derecho occidental de los derechos no occidentales.

En cuanto a sus diferencias, por otra parte, se ubicarían en las fuentes del derecho o las funciones del juzgador. No obstante, dichas diferencias cada vez son menos notorias, dada la necesidad, en el mundo contemporáneo, de adecuar mecanismos jurídicos que hagan posible la interacción entre bloques políticos y/o económicos.

Ante este discurso, es obvio que lo adecuado sería estudiar la familia romano-germánica sin desvincularla del *Common Law* y aunque dividimos por capítulos la exposición de las distintas familias jurídicas, en concreto en este caso romano-germánico y *Common Law*, no debemos perder de vista esta cuestión primigenia que acabamos de exponer. Por cuestiones, además, de asimilación del alumno, le damos importancia a la captación individual de cada familia para que el interesado realice, posteriormente, ese análisis comparativo aprovechando la información proporcionada por familias jurídicas. Esa sería, en definitiva, la aportación que el alumno, en este caso concreto, podría dar.

## 1. Denominaciones

Son muchas y variadas las diferentes denominaciones que recibe la familia jurídica objeto de estudio.

Hay un sector doctrinal, De Cruz, que la denomina *Civil Law*, por contraposición al *Common Law*; otro sector la denomina sistema continental, por contraposición, asimismo, al sistema insular representado, en el continente europeo, por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte; otra denominación sería romano-canónico; también se denomina grupo francés, denominación utilizada por René David; sistema romanístico, empleada, fundamentalmente, por los italianos; romano-cristiano, que muestra la filiación genética romana y la inspiración cristiana que caracteriza a este grupo de derechos; sistema neorrománico, como la denominación más actual, o simplemente romano-germánico como determinamos denominarlo nosotros

Cualquiera de las denominaciones mencionadas, obviamente, es válida, sólo habría que atender a los elementos que le caracterizan para elegir una u otra.

## 2. Características

Como característica esencial de este grupo o familia jurídica, tenemos que, siguiendo a René David, la unidad de este grupo de derechos son: la comunidad ideológica sobre la que se apoyan y que intentan llevar a la realidad; el común origen de tales derechos, fundados en el derecho romano; la análoga estructura de los mismos, que llevan consigo la utilización de iguales conceptos; la analogía existente en orden a la concepción general de las fuentes jurídicas admitida en esos diversos derechos, y el parentesco que existe en los métodos de trabajo y de investigación de sus juristas.

No obstante, esa “puridad” no la lleva consigo el derecho romano allí donde se acoge, las distinciones que hace Castán Tobeñas son las siguientes:

- 1) el derecho romano “recibido” por los pueblos del continente europeo y llevado a América, no es el derecho clásico de Roma, sino, fundamentalmente, el derecho del *Corpus Iuris* justinianeo, estudiado en las escuelas jurídicas de occidente;
- 2) que la recepción del derecho romano tuvo, en los diversos países, características distintas;
- 3) que, al lado del derecho romano, han contribuido otros distintos elementos históricos, como pueden ser elementos ibéricos, el derecho canónico, el derecho natural, el derecho germánico, etcétera.

## 3. Unidad cultural como sistema clasificatorio

### A. Tradición e historia común

Para explicar ciertos aspectos particulares del derecho comparado es necesario recurrir a la historia del derecho; explicaciones, éstas, que dan luz al derecho actual. No se concibe, de hecho, a un estudioso del derecho que no tenga las nociones generales históricas de aquellos órdenes jurídicos con los que interactúa, posiblemente, con bastante frecuencia.

El panorama de los sistemas jurídicos contemporáneos, no puede explicarse sin referirse a su dimensión histórica. A la hora de estudiar la familia jurídica romano-germánica, a la hora de estudiar su formación histórica, no podemos ni debemos desdeñar la influencia y recepción del derecho roma-

no en Europa continental y en el resto de los ordenamientos jurídicos que acogieron sus principios, ya sea voluntariamente o por conquista; así como los motivos por los que ciertos ordenamientos jurídicos se han diferenciado del resto, los llamados sistemas híbridos o sistemas mixtos, tales como Louisiana, Escocia y Quebec.

La base histórica de la familia que nos ocupa y que es a la que pertenece nuestro derecho nacional, tiene su fundamento en el derecho romano, ya que como dice el profesor Robert von Mayr, en su obra *Historia del Derecho Romano*: “[...] ningún pueblo del mundo se puede encerrar en un aislamiento absoluto abstraído por entero a las influencias jurídicas de otras naciones”, por tal motivo en nuestro caso será pertinente el estudio del derecho romano, base de la familia romano-germánica, siguiendo a la misma doctrina, ya que: “[...] sólo puede dominar el derecho vigente quien haya estudiado previamente sus fundamentos históricos. Sólo la historia del derecho, la explicación del derecho del presente como un producto del pasado, nos puede llevar a la plena inteligencia de nuestra vida jurídica actual”.

Tales motivos nos conducen a estudiar la evolución histórica del derecho romano desde el momento en que se funda la ciudad de Roma, en el año 753 a. C. hasta la caída del Imperio romano de Oriente, con la caída de Constantinopla en 1453.

Para un mejor estudio, al menos más conciso y preciso, de los periodos de la historia del derecho romano y teniendo como base las diferentes transformaciones y cambios que se producen en las instituciones jurídicas de Roma, tenemos los siguientes:

- 1) Etapa del derecho romano arcaico. Desde la fundación de Roma en el año 753 a. C., hasta la promulgación de las leyes de las XII Tablas en el año 449 a. C.
- 2) Etapa del derecho romano preclásico. Desde la promulgación de las Leyes de las XII Tablas en el año 449 a. C. hasta el final de la República en el año 27 a. C.
- 3) Etapa del derecho romano clásico. Desde el final de la República en el año 27 a.C. hasta el Imperio de Alejandro Severo en el año 235.
- 4) Etapa del derecho romano postclásico. Desde la muerte de Alejandro Severo en el año 235, hasta que sube al trono el Emperador Justiniano en el año 527.

- 5) Etapa del derecho romano justinianeo. Desde el año 527 hasta el 565, duración del Imperio de Justiniano.

En la primera de las etapas mencionadas, la Etapa Arcaica, destacamos una serie de hitos o cisuras que hacen determinantes las características de la familia jurídica romano-germánica.

El derecho que en aquella época se desarrolló fue a través de la Ley de las XII Tablas, un derecho eminentemente primitivo, como compilación del derecho consuetudinario en vigor en esa época. Uno de los primeros fines u objetivos de las XII Tablas era establecer con precisión los procedimientos, así como la organización de la familia romana (familia, herencia, tutela y curatela); propiedad, posesión y obligaciones; delitos; derecho público y derecho sagrado.

Con la segunda guerra Púnica, tenemos que siguiendo a Mario Losano:

El poder romano se extiende desde el Lacio hasta los territorios más importantes del mundo antiguo. El derecho primitivo, sintetizado en la Ley de las XII Tablas, elaborado por los pontífices (a través de los *mos*, usos o costumbres, actividad jurídica confiada a los pontífices, los cuales tenían conocimientos técnicos que permitían la expansión económica de la sociedad), se muestra inadecuado para una sociedad que traslada su centro de gravedad económico de la agricultura al comercio.

El derecho necesita adecuarse a las nuevas exigencias y esto se hace a través de la obra del juez, del *praetor* romano y comienza a proyectar ese florecimiento de la jurisprudencia clásica que tiene su máximo esplendor del siglo I al III d. C.

En la Etapa Preclásica, la sociedad romana sufre una profunda transformación en diferentes ámbitos, plasmadas en crisis de distinta índole tales como económica, social y política, fundamentalmente, culminando con la caída del sistema republicano.

La política exterior de Roma, por otra parte, se coloca en su máximo esplendor, se convierte en “primera potencia” del Mediterráneo y de todo el mundo conocido de la época. Quizás este éxito radical tuvo su influencia en la crisis interna; lo cierto es que ambos factores fueron determinantes para una profunda transformación en el campo del derecho, el cual tuvo que evolucionar y adaptarse a los nuevos acontecimientos, a los nuevos cambios; no obstante, la costumbre siguió siendo fuente formal del derecho, aunque su campo de acción fue cada vez más reducido conforme aumentaba la actividad legislativa y normativa. La aparición de la Ley de las XII Tablas, con

la cual finalizaba el periodo anterior, constituyó el punto de partida de la evolución de la legislación romana de esta etapa.

En este sentido, tenemos que la legislación (decenviral) aun cuando aumentó su importancia, rápidamente se advirtió su insuficiencia; como decimos, la sociedad evoluciona a pasos agigantados y se necesita adaptar sus fuentes, la ley, a las nuevas circunstancias, eso se llevó a cabo a través de la *interpretatio*, que consistió en la labor de ensanchamiento y actualización de los preceptos contenidos en la mencionada legislación, con el fin de poner el derecho privado acorde con las nuevas necesidades.

Es un periodo que también destaca, por otra parte, por el paso del rigor formalista de etapas anteriores, por una época de consensualismo, debido al intenso tráfico mercantil, fruto de una política externa en plena actividad.

En la Etapa del derecho romano clásico, los pontífices, como dijimos, dejan de tener el monopolio jurídico, son los laicos los que detentan, en esta época, la actividad jurídica y se va estableciendo, paulatinamente, una nueva fuente del derecho que son las decisiones judiciales, emitidas por los mencionados jueces o *praeter* romanos. No obstante la importancia de esta jurisprudencia que se va emitiendo a través de la labor de los jueces y así, con Mario Losano “el derecho romano se va generando por sí mismo, con una mínima intervención estatal representada por las *leges*”, el derecho trata de desarrollarse, en cualquier dirección, para adaptarse a situaciones nuevas, a nuevas necesidades que demanda la sociedad; el error, porque no todo fueron grandes logros y éxitos, lo constituyó la aparición de un derecho romano difuso y disipado, dado el elevado número de juicios que no llevaban, precisamente, a criterios exhaustivos de analogía; o sea, en casos parecidos o análogos se dictaban sentencias totalmente diferentes y no se creaba un cuerpo jurisprudencial de criterios análogos que diera credibilidad a esa evolución del derecho romano.

En la Etapa del derecho romano postclásico, tenemos que después de la muerte de Alejandro Severo, en el año 235, las migraciones bárbaras violan los confines romanos entorno al Danubio y al Rhin y, paralelamente, hay un aumento del poder persa. El centro de gravedad del Imperio romano de occidente se va extrapolando hacia oriente.

Destacamos, *a grosso modo*, en este periodo o época que la carencia de publicidad de las constituciones dictadas por los emperadores y la falta de coordinación entre las normas nuevas y las anteriores, entre otras razones, fue lo que provocó una incertidumbre sobre el derecho vigente y una anarquía jurídica. De esta manera nacen los códigos Gregoriano y Hermogeniano y por supuesto, derivados de éstos, el Código Teodosiano, primera codificación oficial promulgada por Teodosio II en el año 426 y con entrada en

vigor en enero del 427. Estos códigos enunciados son conocidos como las codificaciones prejustinianas.

La Etapa del derecho romano justiniano, significa que ante un caos, más o menos visible, se procura una sistematización de criterios que se simboliza en la codificación del derecho romano realizada en Bizancio por el emperador Justiniano.

Antes de la mencionada codificación teníamos que la adaptación del derecho a nuevas realidades, realizadas acriticamente, supuso la adopción de disposiciones antitéticas, se produjo un desequilibrio jurídico que provocaba un déficit en la organización jurídica. El legislador estaba obligado a restablecer el equilibrio y es ahí donde aparece la figura del Emperador Justiniano que viene, desde el inicio de su reinado en el año 527, a proyectar sistematización.

Justiniano en el año 528 ordenó una publicación que fuera un texto legislativo unitario que reflejase la realidad jurídica del momento y que al mismo tiempo fuera un texto en continua adaptación. Esta idea se corporizó en la Codificación de Justiniano, a través de cuatro obras: Código, Digesto, Instituciones y Novelas.

El *Código* comprende las leyes imperiales, repartidas en doce libros; el primero de los ellos trata del derecho eclesiástico, de las fuentes del derecho y de los oficios de los funcionarios imperiales; los libros II al VIII se dedican al derecho privado; el libro IX, al derecho penal y, finalmente, del libro X al XII al derecho administrativo.

Justiniano, en el año 528, nombra una comisión para reunir los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano en una sola obra; esta obra entró en vigor el 16 de febrero de 529, después de un sólo año de elaboración, por ello dada la rapidez con el que se elaboró, una vez terminados el *Digesto* y las *Instituciones* se tuvo que proceder a una segunda edición actualizada del Código, que entró en vigor el 29 de diciembre del 534. Esta segunda edición fue dirigida por Triboniano e incluyó, después de revisado el Código, las constituciones imperiales más recientes, dándole el cariz que se pretendía de actualización a la codificación justiniana.

El *Digesto*, también conocido con el nombre de Pandectas, fue expedido con el objeto de corregir completamente todo el derecho civil, toda la jurisprudencia romana y reunir en un sólo volumen las obras dispersas de la mayoría de los jurisconsultos.

Se compone de cincuenta libros en los que están ordenados fragmentos extraídos de las obras de los principales juristas romanos. Es en el *Digesto* donde se encuentran las famosas interpolaciones realizadas para adaptar aquellos textos, escritos tres siglos atrás, al derecho vigente en la época justiniana.

La obra fue encargada a una comisión de juristas bajo la dirección de Triboniano y a su vez se subdividió la tarea de compilación del Digesto a tres subcomisiones, las cuales debía seleccionar un conjunto determinado de obras. La primera se encargó de revisar todo lo referente al derecho civil y a integrar lo que se conoce como fondo sabiniano, debido a las obras de Sabino y sus seguidores. La segunda comisión, revisó las obras relacionadas con el derecho honorario contenido en los edictos de los magistrados. La tercera comisión se dedicó a analizar los escritos de Papiniano.

Las *Instituciones* son una obra didáctica, solicitada por el emperador para facilitar el aprendizaje de su derecho. Los cuatro libros que componen las Instituciones se redactaron paralelamente a los trabajos del Digesto. Tanto las Instituciones como el Digesto entraron en vigor a la vez, el 30 de diciembre de 529.

La obra también estuvo dirigida por Triboniano y con él colaboraron juristas como Teófilo y Doroteo quienes se basaron en obras de Ulpiano, Marciano y Gayo.

Por último, las *Novelas*, es una recopilación de las nuevas leyes, Constituciones imperiales, dictadas del 529 al 565.

Esta obra no forma parte del cuerpo unitario de las tres precedentes, sino que puede derogar las disposiciones contenidas en éstas; incluso la ley más reciente de las Novelas puede derogar leyes anteriores contenidas en la misma obra.

Con la muerte del emperador Justiniano en el año 565 se terminaría la etapa de creación del derecho romano.

En definitiva, Código, Digesto e Instituciones constituyen el núcleo de la compilación justiniana, mientras que las Novelas constituyen su actualización. Las cuatro obras de la codificación justiniana son las que se conocen con el nombre de *Corpus Iuris Civilis*, declarada por una doctrina mayoritaria como el hito más importante de la historia de la familia jurídica romano-germánica e incluso el hito más sobresaliente de la historia jurídica del mundo.

A pesar de la división señalada en diferentes etapas, hay que destacar que el derecho romano sobrevivió a Justiniano y sobrevivió, sin lugar a dudas, a la caída del Imperio Romano de Oriente en 1453 hasta llegar a nuestros días. En ese sentido, el desarrollo del derecho romano y sus influencias deben marcarse en la siguiente periodización, siguiendo de nuevo a Beatriz Bernal y a José de Jesús Ledesma; periodos de los cuales sólo analizaremos, en el presente trabajo, aquéllos que nos sirvan para determinar las características esenciales del derecho romano y por ende, características de la familia jurídica romano-germánica:



- 1) Desarrollo del derecho romano en oriente.
  - 1.1. Etapa del derecho romano bizantino (565-1453).
  - 1.2. Etapa de la dominación turca (1453-1830).
  - 1.3. Etapa de la codificación del derecho griego (1830-1945).
  
- 2) Desarrollo del derecho romano en Occidente.
  - 2.1. El derecho romano en los primeros siglos de la Europa medieval (473-1090).
  - 2.2. Las escuelas del derecho y su evolución.
    - 2.2.1. Escuela de los Glosadores.
    - 2.2.2. Escuela de los Postglosadores o Comentaristas.
    - 2.2.3. Escuela de los Humanistas franceses.
    - 2.2.4. Escuela holandesa o de la Jurisprudencia elegante.
    - 2.2.5. *Usus Modernus pandectarum*.
    - 2.2.6. Escuela racionalista.
    - 2.2.7. Escuela histórica y sus ramificaciones.
  - 2.3. Recepción del derecho romano en Europa occidental (1500-1900).
    - 2.3.1. Recepción en España.
    - 2.3.2. Recepción en Francia.
    - 2.3.3. Recepción en Alemania.
    - 2.3.4. Recepción en Italia.
    - 2.3.5. Recepción en Inglaterra.
  - 2.4. Movimiento codificador del siglo XIX (1804-1900).
  - 2.5. Tendencias actuales.

De esta periodización, destacamos, como dijimos, aquellos sucesos jurídicos que marcaron y que han seguido marcando los caracteres de la familia que estamos analizando.

La civilización romano-bizantina legó a la alta edad media de la Europa occidental un derecho romano sistematizado, codificado; este suceso condicionó la existencia del derecho romano hasta nuestros días porque hizo posible aplicarle el conjunto de técnicas interpretativas que la teología cristiana estaba aplicando al libro por excelencia, la Biblia. La organización de las escuelas medievales, facilitó el estudio de la materia jurídica y religiosa, no hay una posición autónoma entre el derecho y la religión, tan sólo la manifestación de que el derecho se englobaba en la ética y en la lógica,

según Cervantes. No cabe duda que con el establecimiento de las universidades, se inició el apogeo en el campo de la doctrina jurídica.

Se reconstruye la compilación justiniana; se busca, de nuevo, la unidad legislativa y así aparece la actividad de los glosadores y comentaristas creando junto al derecho privado, derecho público.

La escuela de los glosadores, se inicia a finales del siglo XI y tiene lugar en la Universidad de Bolonia, al norte de Italia. El movimiento comienza con Irnerius, un monje que enseñaba artes liberales, el cual se dedicó a hacer comentarios y anotaciones marginales, las denominadas glosas, a la obra jurídica de Justiniano, al *Corpus Iuris Civilis*.

Siguiendo a Román Iglesias tenemos que: de las obras publicadas por dicha escuela, que tiene una vida de seis generaciones, la más importante, completa y última en su aparición, es la llamada *Glosa Grande* o *Glosa de Accursio*, compuesta por este jurista aproximadamente en el año 1260.

Son diferentes las interpretaciones, la finalidad, forma y contenido de cada una de las glosas depende de los juristas que las realizan, como ejemplo podemos destacar a Martinus que en sus glosas se denota una cierta inclinación hacia la equidad en todos sus comentarios.

En cambio, la escuela de los postglosadores, continuación de la escuela de los glosadores, nace en el siglo XIV, en la ciudad de Perugia, con la idea clara de ir más allá de la teoría y “aterrizar” en la aplicación en la práctica jurídica. A esta escuela se le debe la elaboración del *Ius Commune*. Tenemos que añadir que la recepción del *Ius Commune* varió según las diversas circunstancias de la Europa continental, como ejemplo tenemos que en Alemania la recepción del *Ius Commune* tuvo un matiz especial ya que se convirtió en derecho alemán y llegó a ser: “el primer país en tener una ciencia jurídica propia, llamada *Usus Modernus Pandectarum*”.

Como portaestandarte de esta escuela de postglosadores o comentaristas tenemos a Bartolo de Sassoferrato.

Una vez más, los integrantes de esta escuela se dedicaron a la obra de Justiniano y a las glosas realizadas sobre ella, con la finalidad de crear un derecho acorde con su época, la actualización de la que partió la idea primigenia del Emperador Justiniano.

Desde la época bizantina con las escuelas de los glosadores y los postglosadores hasta el renacimiento y la Ilustración, las relaciones entre los particulares se han regido por el *Corpus Iuris Civilis*.

Ya en el siglo XIX, la compilación justiniana es sustituida por una codificación fundada en los principios racionales de la Ilustración y así nace un nuevo texto “sagrado”: el Código de Napoleón de 1807.

Es evidente que ya el siglo XIX deparó una serie de cambios como la acumulación de la riqueza, el progreso de las ciencias exactas y la economía de mercado, entre otras, que producen efectos sociales que el legislador, hasta ese momento, no había previsto. La virtud del siglo XX ha sido, precisamente, respetar el sistema de actualización que se generó desde el año 528, con la compilación justiniana, y seguir con la puesta al día de sus códigos según lo demande la sociedad, según lo demande los cambios que experimentan los gobiernos.

## B. Filosofía, valores comunes

Esos valores, esa filosofía que caracterizan a la familia jurídica romano-germánica; esos principios que forman parte de la unidad cultural de Occidente son: la común ideología de los pueblos que integran esta gran familia jurídica romano-germánica, en el triple orden moral, político y económico.

Siguiendo a Castán Tobeñas, lo que caracteriza fundamentalmente el derecho de la familia romano-germánica, pese a las desviaciones que haya sufrido en algunos pueblos y épocas, es constituir un derecho basado en la supremacía de los valores morales, esos valores espirituales humanos.

No olvidemos, asimismo, la labor de los humanistas cuyos estudios eran considerados parte de la historia y la filosofía. Como corriente de pensamiento, el Humanismo forma parte del proceso general de renovación ideológico, político, artístico e intelectual que culmina en el fenómeno cultural del Renacimiento a comienzos de la Edad Moderna. De modo especial, el Humanismo partícipe también de la convicción de que los fundamentos de la cultura occidental se encuentran en el mundo griego y romano, propugna, no obstante, la búsqueda de su expresión auténtica e históricamente originaria, frente a la actitud científicamente acrítica del pensamiento medieval. El Humanismo venía a situar en un primer plano la dimensión histórica del fenómeno jurídico y, con ello, la necesidad de adecuar el derecho a las exigencias de la realidad político-social de cada momento y a las condiciones de los diferentes pueblos europeos, cuya unidad cultural quedaba asegurada, precisamente, por el fundamento en común proporcionado por los valores universales de la cultura clásica.

Asimismo, se estima como valor supremo del romano-germánico, la consideración de las instituciones jurídicas, sin olvidar como tuvo lugar el nacimiento de las universidades y su desarrollo —en principio de forma privada— en donde se estudiaban las nuevas corrientes filosóficas, teológicas y de derecho de la época; e instituciones sociales bajo un prisma esencialmente civil y político, muy distinto de aquel tinte religioso y sacerdotal

que con frecuencia reciben en Oriente, pero, a la vez, el acercamiento de dichas instituciones a las ideas morales y sobre todo a la de justicia, fundamentalísima en las concepciones jurídicas de occidente. Es una base moral y filosófica de respeto a la dignidad del hombre y a sus libertades fundamentales, que sirve de apoyo a la civilización del mundo occidental.

René David, nos realza los valores mencionados de justicia y moral, buscados a través de la ciencia jurídica, representado en el derecho civil, centro de la ciencia jurídica.

No olvidemos que como parte de estas corrientes filosóficas tenemos que el racionalismo jurídico fue una escuela de filósofos. Los filósofos dicen que el mundo social se rige al igual que el mundo natural por leyes naturales, de esta forma surge la idea del derecho natural, con el iusnaturalismo racionalista.

Posteriormente, tenemos otra escuela de filósofos que dan el sustento codificador a través del positivismo jurídico; el modelo de ordenamiento jurídico codificado venía a dar respuesta al problema de la claridad y la certeza del derecho; por otro lado, facilitaba su adopción por parte de otros Estados en un momento histórico en el que las ideas incorporadas por la Revolución francesa venían a satisfacer el proceso de transformación social impulsado por el liberalismo.

Por último, tal y como mencionamos, no debemos dejar de decir que como fuente formal mediata del derecho, tenemos la equidad romana, *aequitas*, en donde el juzgador se tiene que fijar en la particularidad del hecho y resolverlo en justicia, más que legal, de sentido común.

### C. Orden de prelación de las fuentes del ordenamiento jurídico

La familia jurídica romano-germánica, se caracteriza por ser un derecho eminentemente legislado, un derecho codificado. En ese orden de ideas y por ende en relación con el orden de prelación de las fuentes del derecho, debemos colocar en el primer escalafón a la ley; la ley construida o sistematizada en los códigos y plasmada a través de la codificación de la familia jurídica romano-germánica. Pero la ley sistematizada en los códigos, como decimos, no es la única fuente del derecho occidental. Los códigos están complementados por otros elementos como son la jurisprudencia, la costumbre, la doctrina y los principios generales del derecho.

No creemos necesario ampliar este apartado ya que a los juristas a los que va dirigido este trabajo, principalmente, son juristas formados en una familia romano-germánica, como es México o España, y ha sido parte toral de su educación académica.

## II. Los llamados sistemas híbridos

Dentro de las familias jurídicas, que pudiéramos llamar occidentales, tenemos casos particulares con una posición intermedia entre la familia jurídica romano-germánica y la familia jurídica del *Common Law*; nos estamos refiriendo a los sistemas híbridos o mixtos de Louisiana, Escocia y Quebec, entre otros muchos.

### 1. Louisiana

El Código Civil de Louisiana representa un enclave que el sistema romanístico y, en concreto el derecho francés, mantiene en los territorios estadounidenses, pertenecientes al *Common Law*.

El Estado de Louisiana estuvo sometido a las *Coutumes de Paris* hasta 1769 y desde esa fecha al derecho español. Permaneció fiel, asimismo, a la tradición del derecho romano después de su incorporación a los Estados Unidos en 1803; esto dio lugar, como consecuencia, a una región, a un sistema híbrido entre la familia jurídica romano-germánica y la familia jurídica del *Common Law*.

Louisiana, en el contexto americano, recibió, como apuntamos, influencias ajenas a la anglosajona, influencias españolas y francesas, con un grado de supervivencia sobre todo del derecho francés, en donde, hasta la fecha, muchas instituciones de raigambre romano-germánica, heredadas del derecho francés, conviven y se mezclan con aquellas derivadas del *Common Law*. En este sentido, tenemos que en 1808 se promulgó un Código Civil profundamente inspirado en el francés. Este código fue sustituido por el de 1825 que, a su vez, fue revisado en 1870 y recibió varias modificaciones en 1947, tal y como nos señala Marta Morineau.

No hay que obviar que después de la Independencia de los Estados Unidos, éste se convirtió en una república federal, adoptando, de este modo, igualmente siguiendo a Morineau “una organización político-constitucional diferente de la inglesa, razón por la cual el derecho histórico inglés tuvo que desenvolverse en una estructura política distinta de la original”. Asimismo, los sistemas jurídicos locales de cada uno de los estados de la unión americana, no son iguales entre sí y existen especificidades que permiten diferenciarlos. La más importante, tal vez, aparezca en Louisiana, en cuyo derecho, confluyen los mencionados elementos: *Common Law* y romano-germánico. Los elementos del primero, del *Common Law*, se encuentran también en los demás estados, constituyendo de algún modo

lo que algunos autores califican como una versión constitucionalizada del *Common Law* inglés. Los elementos romano-germánicos, por otro lado, aunque provengan de los derechos francés y español, se puede decir que se han “americanizado”, para constituir un subsistema distinto, que por un lado también puede considerarse como un sistema constitucionalizado de la familia romano-germánica.

Si calificamos a Louisiana como, hasta ahora hemos venido haciendo, un sistema híbrido es, entre otras razones por su:

Infraestructura, método y derecho público de tanta relevancia en el *Common Law*, mientras que su derecho privado, específicamente el derecho civil, regulado por el mencionado *Louisiana Civil Code*, que contiene las normas referentes a las personas, la familia, las obligaciones, los contratos y las sucesiones, encuentra su base en la familia romano-germánica, a través del derecho francés, del cual descende. Del orden jurídico de Louisiana, esta rama es la que tiene más impacto en la vida diaria de sus habitantes, ya que regula casi todos los aspectos de las relaciones entre los particulares, de tal suerte, que para éstos, la rama más importante del derecho moderno del lugar, probablemente esté representada por el *droit civil*.

## 2. Escocia

Es importante apuntar, en este momento, que Escocia es parte de los territorios encuadrados en lo que se conoce, hoy en día, como el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

Partiendo del presupuesto de que en 1066 d.C. se produjo la conquista normanda, por la cual subió al trono Guillermo I El Conquistador como rey de Inglaterra se incluyó un elemento más, el normando, a un territorio rico en influencias externas. El nuevo monarca, más guerrero que jurista, asumió la organización jurídica del momento y se limitó a centralizar la organización judicial dejando amplios poderes al estamento forense y en concreto a los jueces.

Después que los normandos conquistaron Inglaterra en 1066, se sintió, más que nunca en Escocia, la influencia anglosajona y, por supuesto, la influencia anglo-normanda.

Tal y como nos dice René David, por obra de los jurisconsultos y, especialmente, por obra del Vizconde Stair, autor en 1681 de sus *Institutions of the Law of Scotland*, considerado como el texto supremo del derecho escocés, se

operó en Escocia una verdadera recepción del derecho romano. A través de la mencionada obra, se plasmó una gran parte del derecho escocés que, además de tener elementos romanos, de hecho su composición, seguía la sistematización de las Instituciones de Justiniano y fundamentó sus principios en fuentes romanas y canónicas.

Es importante destacar que el libro de Stair conserva hasta la fecha una gran autoridad. Se ha dicho que su influencia es tan grande que hasta el día de hoy, se refleja en la manera en la que los jueces escoceses elaboran sus sentencias, siguiendo en gran medida el estilo de los jueces continentales. Primero tratan de hallar el principio general, para deducir la solución de un caso concreto, antes de recurrir al procedimiento; a su vez tenía grandes influencias irlandesas y celtas; un derecho reducido, hasta ese momento, a la aplicación de las costumbres locales.

Eran tiempos difíciles aquellos en donde la ausencia de universidades en Escocia, propiciaba la educación de sus abogados en las universidades europeas más prestigiosas de aquel momento; nos referimos a las escuelas de derecho de Francia, Holanda, Alemania e Italia, en donde el derecho romano era estudiado y aceptado con agrado por parte de los futuros juristas escoceses. Posteriormente, la carrera de derecho se fundó en Escocia en la que, en un principio, siguiendo:

La tradición continental se enseñaba el derecho romano y el derecho canónico; después se incrementó un número de materias para incluir también la enseñanza del derecho local y todo esto sucedió antes de que el eminente jurista inglés Blackstone, catalogado como doctrina de autoridad, empezara a enseñar el derecho inglés en la Universidad de Oxford.

Bajo el régimen feudal, en tiempos del rey escocés David I (1124-1153), la Iglesia se hizo poderosa y sus tribunales ejercieron jurisdicción sobre un buen número de materias. Fue, precisamente, a través de los tribunales eclesiásticos como se introdujo el derecho romano y el derecho canónico que tanta influencia ejercieron para la constitución de un sistema tan *sui generis* como el que presentamos, a través de Escocia.

En 1426, se decretó que todos los súbditos debían acatar el derecho real escocés, lo cual dio lugar al establecimiento de una especie de *Common Law* local, circunstancia que nos puede servir para explicar por qué el derecho escocés se desarrolló por cauces distintos de los del derecho inglés.

En el siglo XVI, la ley aparece como la principal fuente del derecho escocés, incluso se dieron, en esa época, varios proyectos de codificación.

Además, por lo que a las decisiones judiciales respecta, hay que agregar que, en esos momentos, no se publicaban las sentencias y que sólo se conservaban sus principios en notas redactadas por los abogados para su propio conocimiento y guía.

La reforma religiosa del siglo xvi se extendió por Escocia y de esa manera el Parlamento escocés desconoció al Papa; consecuentemente, los tribunales eclesiásticos desaparecieron pero no así el derecho que habían venido aplicando, salvo que fuera expresamente modificado.

Si avanzamos en el tiempo, tenemos que la dinastía Estuardo convirtió a Edimburgo en residencia real, sede del Gobierno y, por ende, capital de Escocia. La reina inglesa Isabel I, muere sin descendencia y en 1603, se produce la unión de las coronas, por la cual Jacobo VI de Escocia sube al trono como Jacobo I de Inglaterra trasladando su residencia a Londres. La unión de ambos reinos culminó en 1707 cuando se fusionaron el Parlamento escocés y el Parlamento inglés.

El sistema de influencias claramente romanas, siguió predominando incluso después de efectuarse la unión del Parlamento de Escocia con el Parlamento de Inglaterra en 1707, aún cuando fue afectado, considerablemente, por la inevitable penetración, por vía legislativa y jurisdiccional, de las concepciones jurídicas inglesas. Se promulgaron leyes aceptando los artículos de la fusión que respetaban la organización judicial escocesa y el sistema jurídico local, salvo en algunos aspectos relativos a la administración pública. No obstante, el derecho inglés comenzó a reemplazar, paulatinamente, al derecho romano como la principal fuente del derecho escocés. No siempre hubo un respeto por los artículos de la unión, de la fusión:

Inglaterra trató a Escocia como si fuera una provincia conquistada y ocupada; (y vemos como) ante situaciones como la descrita el derecho escocés conservó muchos de sus propios rasgos que la han ubicado como un sistema híbrido o mixto. Como dirían los comparativistas alemanes Konrad Zweigert y Hein Kötz, el derecho escocés es digno de mayor atención por parte de los estudiosos de la materia, ya que es un buen ejemplo de una simbiosis de las dos tradiciones jurídicas: la inglesa y la continental.

Hoy por hoy, sin dejar de perfilar cuáles fueron sus orígenes y su evolución, se denota al derecho escocés, si pudiéramos denominarlo así, como un derecho basado en principios y distinciones entre procesos legales y sustantivos de derecho. Así tenemos que, “en cuanto a la estructura del sistema jurídico, existe una diferencia esencial entre Escocia e Inglaterra, ya que el derecho escocés jamás conoció la división entre *Common Law* y *Equity*, di-



visión que, como ya sabemos, es una de las características sobresalientes del derecho inglés”.

Finalmente, y por lo que a las ramas profesionales se refiere:

[...] en Escocia también existe, al igual que en Inglaterra, dos ramas:

- Los *advocates*, que equivalen a los *Barristers* ingleses; y
- Los *solicitors*

Los *advocates* se agremian en la *Faculty of Advocates* que es una agrupación semejante a los *Inns of Court* de Inglaterra.

Para ejercer la profesión, tanto los *advocates* como los *solicitors*, deben de tener el grado universitario y también cierto tiempo de práctica profesional.

### 3. Quebec

Podríamos partir del hecho de que en Canadá coexisten dos familias jurídicas: Canadá como parte de la familia del *Common Law*; y la provincia de Quebec como un sistema híbrido o mixto en el que confluye *Common Law* en cuanto al derecho público y romano-germánico en cuanto al derecho privado.

Desde que Canadá fue cedido por Francia a Inglaterra en 1763, se constata la presencia de diferentes influencias que, sin lugar a dudas, va a ser determinante para los lineamientos de su ordenamiento jurídico.

En 1774, los súbditos franceses de la colonia que, desde la conquista, vivían totalmente bajo el dominio de las leyes inglesas, lograron que Londres les otorgase el derecho de vivir, en materia de propiedad y de derecho civil, bajo el régimen de sus leyes y sus costumbres francesas.

Junto con la población originaria francesa se mezcla también población inglesa, esta dualidad o dicotomía cultural se establece con mayor rigor desde que en 1791, Inglaterra decidió establecer allí dos parlamentos y dos gobiernos para corresponder a las dos culturas. Se estableció, entonces, el Bajo Canadá y el Alto Canadá, dotando a cada una de estas nuevas colonias de un parlamento local, bajo la supervisión de un gobernador nombrado por la metrópoli. Dicho régimen de gobierno, que concentraba el poder verdadero en un consejo legislativo oligárquico, dejó poco margen al control de los parlamentos coloniales.

Ante presiones tanto de los canadienses, colonos irlandeses e ingleses demócratas que reclamaban un gobierno “responsable” en donde los nacio-

nalismos cada vez se marcaban más y más; ante el abuso o arbitrariedad de la metrópoli, en 1837-1838 se originó una rebelión por parte de los patriotas del Bajo Canadá y definitivamente en 1838 se decretó la disolución de la Asamblea Parlamentaria del Bajo Canadá y así en 1840, se reunificó la colonia y nació la provincia de Quebec.

A principios de la década de 1860, las colonias inglesas del Norte (Canadá Unido, Nueva Brunswick, Nueva Escocia, Isla del Príncipe Eduardo y Terranova), consideraron la posibilidad de formar una unión política.

En la provincia de Quebec surgieron dos coaliciones que discrepaban sobre la forma del nuevo gobierno. La coalición más fuerte, preconizaba una fórmula federal ya que el federalismo representaba una oportunidad única para recuperar la autonomía perdida en 1840 y así dar a la población del antiguo Bajo Canadá sus propias instituciones representativas; buscaban: “un pacto constitucional que les permitiera afirmarse como pueblo distinto en condiciones de igualdad con la mayoría anglohablante”. Atendiendo a las peticiones de los parlamentarios de la provincia de Canadá, de Nueva Brunswick y de Nueva Escocia, Westminster creó, en 1867 a través de una Constitución denominada *British North American Act*, promulgada en el mismo año, el *Dominio de Canadá*, integrado por un gobierno central y cuatro provincias, entre ellas las de Quebec.

El país que se diseñó en 1867, seguía siendo una colonia que aún no ejercía todos los atributos de la soberanía. Era una monarquía constitucional que, desde hacía poco tiempo, realizaba la experiencia de ese gobierno “responsable” tan demandado.

El texto constitucional de 1867, concentraba muchos desequilibrios, ya que algunas de sus disposiciones otorgaban al gobierno federal los poderes y el estatuto de un gobierno unitario. Sus leyes y decisiones podían ser anuladas por el gobierno federal, gracias a una gama de poderes unilaterales. Asimismo, éste podía incrementar sus competencias mediante una declaración unilateral de su Parlamento.

No obstante, el compromiso de 1867 sellaba un pacto entre dos naciones, un convenio bilateral entre “dos pueblos fundadores” que, reconocidos en su igualdad de derecho, elegían el federalismo para vivir mejor juntos y dejar a la nación canadiense francesa los medios para proteger sus instituciones, sus leyes y su carácter propio. No hay que olvidar, siguiendo a Reeves, que con el nombre de:

Código Civil del Bajo Canadá, apareció un Código Civil para Quebec, inspirado en el Código de Napoleón, que adquirió fuerza de ley el 1 de agosto de 1866. Además, se ordenó que las leyes vigentes hasta esa fecha, que fuesen contrarias

a lo dispuesto por el código, quedaban abrogadas. Este Código no sólo fijó el derecho civil de la provincia, unificándolo, sino que también logró garantizar la supervivencia de la tradición romano-germánica en la materia.

La historia jurídica de Quebec, es una historia que revela, por un lado, la preocupación por conciliar los intereses regionales dentro de la estructura federal, y por el otro, la lucha de una minoría étnica por preservar su identidad y su autodeterminación.

Junto con Pearl Eliadis a la que sigue Marta Morineau, a modo de resumen, destacamos una serie de fechas y periodos más sobresalientes de la historia jurídica de Quebec:

- 1) 1663-1664, periodo en que rigieron las Ordenanzas de Luis XIV, que establecieron que el derecho aplicable en Nueva Francia, sería el francés, particularmente la *Coutume de Paris*.
- 2) 1774, año en que se expidió el *Quebec Act*, se autorizó, aunque en forma limitada, la aplicación del derecho francés, en la provincia.
- 3) 1866, promulgación del Código Civil del Bajo Canadá.
- 4) 1867, promulgación del *British North America Act*, conocido también como la Constitución de 1867, que creó la federación canadiense y,
- 5) 1991, promulgación del Código Civil de Quebec, que entró en vigor en 1994 y sustituyó el antiguo Código Civil del Bajo Canadá.

No hay que olvidar que, aunque suponga dar un salto en el tiempo, antes de 1960, las peticiones de Quebec tuvieron como principal objeto la defensa de la autonomía provincial, que aunaba el no intervencionismo del Estado y la protección del carácter tradicional de Quebec.

Con la elección del gobierno Lesaje, en 1960, se renovó el discurso autonomista. Desde ese momento hasta el referéndum del 30 de octubre de 1995, cambió mucho el contenido de las peticiones de Quebec y en este sentido tenemos:

- 1) Se arranca de una “petición de reconocimiento”. Se trata de lograr que el resto de Canadá reconozca la presencia, en Quebec, de una comunidad política distinta, que existió antes de la creación de Canadá,

en 1867, y que ha conservado en el transcurso de la historia los rasgos de una comunidad nacional viva;

- 2) Se promueve “una petición de competencias”. Esta petición de competencias se refería a dos aspectos que son, la integridad y la coherencia del reparto de poderes. En primer lugar, los gobiernos quebequeses exhortaron regularmente al gobierno federal a que evitase intervenir en los campos de competencia ya reconocidos a las provincias por la Constitución (educación, salud, asuntos municipales o recursos naturales). En segundo lugar, afirmar la coherencia de sus competencias en el sentido que algunos poderes escapaban a las provincias, debido al lenguaje de la Constitución y al traslado paulatino de competencias al gobierno federal por decisión de la Corte Suprema, como sucede en materia de comunicaciones.
- 3) Por último, la participación en las instituciones federales. El Canadá de 1867, al igual que el de finales del siglo xx, se diferencia también de la mayor parte de las federaciones conocidas en el mundo por la ausencia de ciertos mecanismos de participación de las provincias en las decisiones federales. federales, jueces de la Corte Suprema, senadores y altos funcionarios.

Otro elemento fundamental para la vida jurídica de Quebec fue el 15 de abril de 1982, cuando la reina Isabel II de Inglaterra proclamó la entrada en vigor de la Ley Constitucional de 1982. El Parlamento de Westminster acababa de renunciar al residuo de dominio que poseía sobre Canadá; convirtiéndose Canadá en un país plenamente soberano, se dotó de una carta constitucional de derechos, consagró los derechos colectivos de los pueblos autóctonos, contrajo compromisos en materia de desigualdades regionales, precisó los poderes de las provincias en materia de recursos naturales y heredó una fórmula de enmienda de su nueva Constitución.

Desde 1867, Canadá no había conocido ninguna reforma tan importante como la de 1982. La Ley Constitucional de 1982 adoptada por el Parlamento británico introdujo en la Constitución canadiense una carta de derechos. Dicha carta, inspirada en el *Bill of Rights* estadounidense, confiaba a los tribunales, sobre todo a la Corte Suprema de Canadá, el mandato explícito de interpretar los derechos individuales y de anular, cuando fuese necesario, las leyes de las asambleas democráticas consideradas contrarias a dichos derechos.

La reforma de 1982 reemplazó el principio de soberanía parlamentaria, principio del derecho inglés que había imperado en Canadá desde 1867, por la supremacía de la Constitución y los tribunales.

La reforma de 1982 se inspira en una visión centralizadora de Canadá, difícilmente compatible con la visión federativa y binacional de Quebec. Lejos de reconocer a Quebec como nación, pueblo o sociedad distinta, la reforma de 1982 parte del principio que en Canadá existe sólo una nación, integrada por individuos que gozan de derechos constitucionales iguales de un océano a otro. Después de 1982, lo que hemos encontrado es un Quebec debilitado a la búsqueda de una justa reparación. Tras el referéndum del 30 de octubre de 1995, resulta difícil saber si Canadá acabará reparando la pérdida del estatuto y de competencias impuesta a Quebec en 1982. Quebec es una democracia que se remonta a más de doscientos años, dispuesta a recoger los sufragios sobre cualquier gran debate y a cultivar la discusión y la polémica. En tres ocasiones, en mayo de 1980 y en octubre de 1992 y de 1995, los quebequenses ejercieron su derecho a disponer libremente de su futuro político, lo cual hicieron con orden y serenidad.

Por lo que respecta a la profesión legal, y siguiendo a Marta Morineau:

El ejercicio de la abogacía está controlado en Quebec, por la Barra de Abogados de Quebec y por el Consejo de Notarios [...] Para ejercer la profesión, además del grado universitario, se requiere acreditar el curso de admisión a la Barra y también un determinado tiempo de práctica profesional.

Los abogados registrados en Barras de otras provincias pueden solicitar su transferencia a la Barra de Quebec, pero deben presentar los exámenes que acrediten sus conocimientos del Código Civil.

En cuanto a la enseñanza del derecho, las universidades enseñan tanto *Civil Law* como *Common Law*. Seis universidades otorgan grados en *Civil Law*, que es el nombre inglés de la familia romano-germánica, y en dos de ellas, el estudiante puede obtener grados en ambos derechos: *Civil* y *Common Law*.

### III. Reflexión final

El estudio de otros ordenamientos jurídicos y en el caso particular esos ordenamientos jurídicos reconducidos en familias jurídicas, nos revelan puntos de conexión, problemas/necesidades y soluciones que pueden ser cruciales para solventar un determinado vacío legal, una laguna legal, un punto oscuro.

Legislar sobre una determinada materia, estudiando leyes que otro Estado ya previamente realizó, supone adelantar o avanzar tratando de no errar aquello que otros erraron. Si de algo debe servir analizar legislaciones de aquellos países que fueron pioneros en legislar una determinada cuestión jurídica es, precisamente, una cuestión de economía legislativa que debemos emplear, siempre y cuando traslademos la solución adaptándola al medio en el que pretendemos implantarla y variar los baremos según las necesidades y circunstancias del Estado al que se pretende adaptar, es decir, con una visión crítica, no acrítica.

Si no se efectúa de la manera descrita, quizás todo lo positivo que tiene, desde nuestra óptica, el análisis comparativo, se volvería en contra y en vez de conseguir logros, tendríamos retrocesos significativos en detrimento del avance y desarrollo necesario de los diferentes ordenamientos jurídicos.

Por otro lado, insistimos en la idea de que quizás la materia de la familia jurídica romano-germánica se debe estudiar conjuntamente con el *Common Law*, ambos parten de una unidad denominada como la formación de la tradición jurídica de Occidente, así lo dejamos apuntado en páginas anteriores. De esta manera, solicitamos que en el siguiente capítulo, dedicado al *Common Law* se analice el mismo sin perder de vista esta cuestión crucial para un buen entendimiento de la tradición jurídica de occidente.

Por último, la doctrina nos reitera que vamos hacia un nuevo orden común, y en esa puesta en común son determinantes los factores jurídicos que cada vez son más cercanos entre diversas y muy diferentes familias jurídicas. Ese concepto denominado globalización, mundialización y/o integración, nos guste o no, es la inercia y la tendencia mundial y en esa dinámica debemos concebir el estudio de los sistemas jurídicos contemporáneos, no podemos ni debemos salirnos de la “foto” que representa esta comunidad global hacia la que vamos derivando.

## Cuestionario

---

1. Enumere, al menos, cuatro denominaciones diferentes que recibe la familia jurídica romano-germánica.
2. Explique, extensamente, la tradición y/o historia común de la familia jurídica romano-germánica.
3. Explique en qué consiste un sistema híbrido o mixto.
4. Explique cuestiones puntuales del sistema híbrido de Louisiana.
5. Explique cuestiones puntuales del sistema híbrido de Escocia.
6. Explique cuestiones puntuales del sistema híbrido de Quebec.