

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.⁹ Se trata obviamente de una simple ironía. Es cierto que las reglas de

⁹ 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.¹⁰

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.

¹⁰ 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