

# EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA JURÍDICA ROMANO-CANÓNICA

## EL DERECHO COMPARADO

Marta MORINEAU

SUMARIO: I. *Historia. Concepto, naturaleza y objetivos.* II. *Agrupamiento de derechos.* III. *Bibliografía.*

### I. HISTORIA. CONCEPTO, NATURALEZA Y OBJETIVOS

#### 1. *Historia*

A lo largo de los siglos, se han realizado y se siguen realizando estudios jurídicos comparativos en casi todos los países del mundo occidental, aunque la historia del derecho comparado, como disciplina académica autónoma es relativamente joven.

Los autores alemanes Konrad Zweigert y Hein Kötz señalan como el primer estudio comparativo a *Las Leyes*, de Platón, obra en la que el filósofo compara el derecho de las ciudades-Estado griegas. Este pensador no sólo describe estos derechos, sino que además comprueba su eficacia a la luz de la Constitución ideal que concibió basándose en ellos. También Aristóteles comparó las Constituciones de 153 ciudades, aunque sólo se conozca la parte dedicada a Atenas.<sup>1</sup>

El estudioso francés René David menciona las comparaciones que precedieron a las leyes de Solón, en Atenas, y la *Ley de las XII Tablas*, que representa la primera gran ley escrita del derecho romano, aprobada entre los años de 451 a 449 a. C.

Agrega David que los juristas franceses antiguos al comparar las costumbres pudieron determinar los principios de un derecho común consue-

<sup>1</sup> Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *An Introduction to Comparative Law*, 2a. ed., Gran Bretaña, North-Holland Publishing Company, 1992, p. 48.

tudinario, lo mismo que sucedió en Alemania con relación al “Derecho privado alemán” (“*Deutsches Privatrecht*”).<sup>2</sup>

Tampoco hay que olvidar que el derecho inglés surgió tras la búsqueda y comparación de los elementos comunes de los diferentes derechos de los reinos sajones, que Guillermo el Conquistador ordenó que se hicieran, después de la conquista de Inglaterra, en el año de 1066; el resultado constituyó lo que los normandos llamaron la *comune ley*, o sea el derecho común que los tribunales reales deberían aplicar en todo el territorio.<sup>3</sup>

A pesar de los antecedentes mencionados, René David explica que el nombre “Derecho comparado”<sup>4</sup> no se utilizó sino hasta mediados del siglo XIX y principios del siglo XX, cuando se iniciaron los estudios de derecho comparado de una manera sistemática.

Esta circunstancia y, como nos dice René David, “la necesidad que han experimentado los juristas, tras una etapa de signo nacionalista, de restituir la ciencia jurídica a su anterior universalismo, en cuanto éste es atributo de toda ciencia”,<sup>5</sup> dieron lugar a la creación de institutos dedicados a la materia y la realización de congresos y coloquios sobre la disciplina.

Para seguir con esta historia hay que mencionar la creación, en Francia, de la Sociedad de Legislación Comparada, en 1869, y la Oficina de Legislación Extranjera, en 1876.

En 1900 se celebró, en París, el Primer Congreso Internacional de Derecho Comparado, y es importante mencionar que asistió un representante de la familia jurídica del *Common Law*, sir Frederick Pollock.

Al finalizar la Primera Guerra Mundial, las naciones aliadas emprendieron, en 1917, una gran labor con el fin de buscar una unificación legislativa que dio como resultado la creación de la Sociedad de Naciones, primera organización mundial de este tipo en la historia, que, después de la Segunda Guerra Mundial, cambiaría su nombre por el de Organización de Naciones Unidas.

Auspiciado por la Sociedad de Naciones, se creó, en Roma, en 1926, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

<sup>2</sup> David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, Aguilar, 1973, p. 3.

<sup>3</sup> Morineau, Marta, *Una introducción al Common Law*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 13-15.

<sup>4</sup> David, René, *op. cit.*, nota 2, p. 4.

<sup>5</sup> *Idem.*

En México se fundó en 1940 el Instituto de Derecho Comparado, dependiente de la Facultad de Derecho de la UNAM, que luego se convertiría en una dependencia del subsistema de la Investigación en Humanidades, con el nombre de Instituto de Investigaciones Jurídicas y cuyo primer director fue Felipe Sánchez Román, maestro español exiliado en el país a raíz de los acontecimientos de la guerra civil española y la caída de la República.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, y en gran medida como resultado de la Segunda Guerra Mundial, y de los grandes descubrimientos tecnológicos, sobre todo en los medios de comunicación, se ha tendido a la unificación del derecho por vía legislativa, para lo cual son indispensables los estudios de derecho comparado. Todo ello ha originado la aparición de diversos organismos de carácter mundial o regional, de los que destaca la Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea. La integración de estos organismos ha hecho necesarios los estudios jurídico-comparativos de muy diversa índole y ha propiciado, si no una unificación jurídica, cuando menos una armonización de los diversos derechos nacionales, tarea que coincide con el pensamiento de René David, cuando expresa: “El nacionalismo jurídico es más bien provincialismo, inconcebible con el auténtico espíritu científico, y representa un empobrecimiento y un peligro para el desarrollo y la aplicación del derecho nacional”.<sup>6</sup>

## 2. Concepto, naturaleza y objetivos

En el siglo XIX, el nombre “derecho comparado” empezó a utilizarse y desde entonces subsiste la polémica acerca de su connotación, cuestión estrechamente relacionada con la naturaleza y los objetivos de la disciplina.

El profesor inglés H. C. Gutteridge explica que la frase derecho comparado parece carecer de sentido y por eso, en alemán, “los abogados utilizan el término *Rechtsgleichung*, que connota un proceso de comparación, libre de cualquier implicación de la existencia de un cuerpo de normas que formen una rama distinta o un área específica del derecho”.<sup>7</sup>

El mismo autor señala que, sin embargo, en Inglaterra, así como en otros lugares, el nombre derecho comparado ha cobrado carta de ciudadanía y

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>7</sup> Gutteridge, H. C., *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research*, Cambridge, Cambridge University Press, 1946, p. 1.

debe ser aceptado, aunque sea equívoco y “oscurezca la verdadera naturaleza de las funciones que el método de estudio comparativo debe cumplir, tanto como la razón de su existencia”.<sup>8</sup> El profesor Gutteridge señala varias ramas del derecho comparado:

*Derecho comparado descriptivo.* Rama que se refiere al análisis de las variantes que se puedan encontrar entre los sistemas jurídicos de dos o más países.

*Derecho comparado aplicado.* Esta rama va más allá de la mera obtención de información del derecho extranjero y su utilidad puede ser tanto teórica, como práctica. En el primer caso puede referirse a un estudio comparativo que ayude a un filósofo del derecho a elaborar teorías abstractas que, a su vez, apoyen al historiador en el conocimiento de los orígenes y desenvolvimiento de instituciones y conceptos jurídicos. Desde el punto de vista de la práctica, el derecho comparado aplicado puede referirse a reformas jurídicas, tanto como a la unificación de derechos distintos.

*Derecho comparado abstracto o especulativo.* Esta rama también se designa como derecho comparado puro y utiliza la comparación para ensanchar la suma total de los conocimientos jurídicos. Gutteridge cuestiona la existencia y utilidad del derecho comparado abstracto o especulativo. Considera que en teoría se puede concebir una comparación hecha en el vacío, que no se ubique en el ámbito del derecho comparado descriptivo porque su perfil no es simplemente informativo y que tampoco tenga el perfil del derecho comparado aplicado, porque no tiene razón de ser salvo desde el punto de vista de la curiosidad científica. Agrega que, si se refiere al análisis de las diferencias entre sistemas jurídicos, parecería pertenecer a la categoría de la comparación descriptiva, mientras que, si estas diferencias se contemplan a la luz del desarrollo histórico del derecho o de las metas sociales que debe cumplir y que son la razón de su existencia, la comparación perdería su carácter abstracto para acercarse al campo del derecho comparado aplicado.<sup>9</sup>

Peter de Cruz, profesor de la universidad inglesa de Staffordshire, dice que en un principio, el nombre de derecho comparado se utilizó para refe-

<sup>8</sup> *Idem.*

<sup>9</sup> *Ibidem*, pp. 8-10.

rirse básicamente a un método de estudio, sin embargo, este autor añade que la disciplina cuenta con un número suficiente de principios metodológicos, como para considerar que se ha convertido o está en vías de convertirse, por derecho propio, en una rama autónoma de las ciencias sociales, aunque no contenga un núcleo sustantivo, como otras ramas del derecho, por ejemplo, el derecho penal o el sucesorio.<sup>10</sup>

Para los profesores alemanes Konrad Zweigert y Hein Kötz, el nombre derecho comparado hace alusión a una actividad intelectual que tiene por objeto al derecho y por método a la comparación. Agregan que se pueden comparar diferentes reglas o normas de un sistema legal específico, pero que el alcance del derecho comparado es más amplio, y uno debe tener en mente, además de la comparación de instituciones de un determinado derecho nacional, el aspecto internacional de la disciplina, en otras palabras, el derecho comparado implica también la comparación entre los diferentes sistemas jurídicos del mundo.<sup>11</sup>

El investigador mexicano, Héctor Fix-Zamudio, explica que ha predominado el criterio de considerar al derecho comparado como un método y no como disciplina académica autónoma, y que en cuanto al nombre de la materia se utilizan también: “método jurídico comparativo”, “comparación jurídica” y “estudios jurídicos de derecho”, aunque Fix-Zamudio agrega que el de “derecho comparado”, “...es el más generalizado, con la aclaración de que estamos conscientes de su significación equívoca”.<sup>12</sup>

A todo lo anterior se puede agregar que hay quienes consideran que el derecho comparado es tanto un método, como una disciplina autónoma y que la principal preocupación del derecho comparado es el estudio sistemático de sistemas jurídicos o de normas jurídicas específicas sobre la base de su comparación. Otros objetivos o preocupaciones del derecho comparado son:

*Un mejor conocimiento del derecho nacional.* Se ha dicho reiteradamente por los diversos comparativistas de distintos países que para cono-

<sup>10</sup> Cruz, Peter de, *Comparative Law in a Changing World*, 2a. ed., Londres, Cavendish Publishing Limited, 1995, p. V.

<sup>11</sup> Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *op. cit.*, nota 1, p. 2.

<sup>12</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “La modernización de los estudios jurídicos comparativos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, p. 65.

cer, apreciar y valorar más certeramente su derecho, esta tarea se verá agilizada con la utilización del método comparativo; constituyendo éste un instrumento indispensable para llevar a cabo la renovación de la ciencia jurídica, a la vez que nos permitirá conocer mejor, profundizar y comprender el derecho propio.

Según René David, el papel del derecho comparado es parecido al de la historia; dándole al estudioso del derecho nacional la perspectiva necesaria para tener una visión adecuada de los puntos fundamentales y la evolución de su derecho, y permitiéndole, por otro lado, un planteamiento más exacto de los posibles problemas que se presenten, para lograr una mejor solución a las cuestiones jurídicas que se deban resolver.

No se puede hablar de una cultura jurídica sobre la base exclusiva del derecho nacional.

Pretender limitar la ciencia jurídica a fronteras nacionales y querer exponerla o perfeccionarla sin tomar en cuenta, tanto la teoría como las prácticas extranjeras, es limitar la potencialidad del jurista, puesto que el derecho nacional, y más hoy en día, está influenciado tanto por fenómenos y circunstancias internas, como externas.

*El conocimiento de otros derechos; la unificación de derechos.*<sup>13</sup> El distinguido profesor de la Universidad de Edimburgo, Alan Watson, cuando busca la naturaleza del derecho comparado, comienza por decir lo que no es y enuncia sus diferencias con otras disciplinas académicas.

Para empezar, el derecho comparado no consiste en el estudio de un sistema jurídico extranjero o de alguno de sus elementos.

En segundo lugar, un recuento elemental de varios sistemas legales o de varias “familias”<sup>14</sup> jurídicas no es el objetivo propio del derecho comparado como disciplina académica autónoma, ya que tal descripción carece de contenido intelectual.

En tercer lugar, Watson agrega que el derecho comparado no debe limitarse meramente a establecer comparaciones. De tal forma, si uno conceptualiza al derecho comparado como una disciplina intelectual, hay que considerar que su alcance rebasa el estudio de un derecho extranjero con el fin

<sup>13</sup> David, René y Jauffret-Spinosi, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11a. ed., París, Dalloz, 2002, pp. 4-8.

<sup>14</sup> Watson, Alan, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, 2a. ed., Atenas, The University of Georgia Press, 1993, p. 4.

de compararlo con el derecho propio, por ello, debe considerársele como el estudio de las relaciones de un sistema jurídico y sus normas, con respecto de otro.

La naturaleza de esas relaciones, las razones de las similitudes y las diferencias, entre derechos diferentes, se descubren sólo a través del estudio de la historia de los sistemas jurídicos y sus normas.

Por eso, el derecho comparado tiene una relación muy cercana con la historia del derecho, y tiene por objeto de estudio las relaciones entre sistemas. Sin embargo, el derecho comparado no es una rama de la historia del derecho, sino algo más. Si uno descubre la manera en que esas similitudes y diferencias entre sistemas legales, se desarrollaron se debe considerar la naturaleza del derecho y, especialmente, la naturaleza de su desenvolvimiento. Watson agrega:

Estos dos elementos —historia y filosofía del derecho— que se derivan del estudio de las relaciones entre sistemas jurídicos, son los ingredientes esenciales del derecho comparado, como disciplina intelectual autónoma, por derecho propio, además de que, la importancia de la historia de las normas jurídicas, ha sido reconocida, desde hace tiempo, por los comparatistas.<sup>15</sup>

Al hablar de las relaciones entre sistemas jurídicos, Watson apunta tres clases distintas.

Primero, la relación histórica que busca los orígenes de un determinado sistema o una determinada norma. El autor opina que ésta es la relación más importante, para determinar que un sistema o alguna de sus normas derivan de otro, con o sin modificaciones; o que dos sistemas o normas de éstos derivan de un tercer sistema; o que un sistema ha influido sobre otro.

Watson considera que en cualquier estudio de derecho comparado, general o introductorio, la relación histórica debe ocupar un lugar preferente porque:

- La relación misma es más obvia.
- Facilita el conocimiento del grado de préstamos y adaptaciones que un sistema realiza con relación a otro sistema; así como el conocimiento de los factores relevantes del desarrollo jurídico.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 7.

- Desarrollo, que por lo que toca al mundo occidental, se ha hecho con base en los préstamos y adaptaciones realizados por los sistemas jurídicos entre sí.

En segundo lugar, la relación interna, que debe considerar que las similitudes entre los pueblos y su desarrollo no dependen solamente de sus posibles contactos históricos, sino de las relaciones espirituales y psicológicas entre dos grupos sociales diferentes.

Por último, la relación que existe entre los modelos de desarrollo teórico, que se basa en la noción de los que creen que todos los sistemas jurídicos, en su inicio, y ulterior desarrollo, atravesaron por las mismas o parecidas fases de evolución.<sup>16</sup>

Sin embargo, Watson aclara que es imposible generalizar en cuanto a la presencia de esta última relación, sin desconocer que pueda existir entre algunos sistemas jurídicos tempranos.

Resumiendo lo anterior, el autor señala que el derecho comparado como disciplina académica autónoma, se refiere al estudio de las relaciones, sobre todo la relación histórica, que puedan existir entre los sistemas jurídicos o entre las normas de más de un sistema.

Watson piensa que es importante delimitar el campo de acción del derecho comparado, tal como se ha hecho con la lingüística comparada, por ejemplo.

Aunque Watson considera que los estudios comparativos deben referirse a las similitudes y diferencias en el contexto de una relación histórica, destaca también que el conocimiento de un sistema jurídico extranjero puede ser muy valioso, tanto desde un punto de vista académico, como desde el lado práctico.

Un ejemplo del primer caso puede ser el hecho de que un investigador llegue a conclusiones específicas sobre el desarrollo de un sistema y pueda confirmar la posibilidad de la existencia de ese desarrollo al comprobar que un desenvolvimiento jurídico parecido ocurrió en otro lugar.<sup>17</sup>

El valor práctico se manifiesta cuando los encargados de modificar su derecho, para mejorarlo, lo hagan a través de soluciones adoptadas por otros sistemas. Nuestro autor agrega, además, que no es necesario que la

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 7-9.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 9.



investigación tenga una base sistematizada para que produzca resultados. Por otra parte, Watson señala los peligros del derecho comparado:

El derecho comparado es superficial, ya que, si es difícil conocer a fondo una rama específica de un sistema jurídico, el conocimiento de su historia y sus relaciones con otro sistema y su historia, es casi imposible.

De ahí que, un curso universitario relacionado con un sistema legal extranjero no requiera la profundidad con la que se estudia el derecho propio.

El derecho extranjero se puede interpretar equivocadamente. Este error es probablemente más frecuente en el derecho comparado que en cualquier otra área del conocimiento jurídico. Lo anterior proviene de un pobre conocimiento de las fuentes originales, conocimiento que se hace aún más difícil por la barrera del idioma. Lo que en otros contextos se pueda considerar como un buen conocimiento de una lengua extranjera, tal vez no sea suficiente, o no sea el adecuado con relación a la comparación jurídica.

La comparación no es siempre sistemática.

Los sistemas seleccionados como objeto de estudio pueden no estar relacionados entre sí y por ello las conclusiones carecerán de significado o serán erróneas.

El autor inglés no sólo se refiere a los peligros del derecho comparado, sino que también habla de sus virtudes. Por un lado, las virtudes de la disciplina, de manera general y por el otro, de manera específica, las que el conocimiento del derecho extranjero, pueda proporcionar.

Watson señala las ventajas del derecho comparado:

El derecho comparado facilita la comprensión de la naturaleza del derecho, tanto como la de su desenvolvimiento. Utilizando el método comparativo, se pueden aislar los factores que realmente han dado lugar a una verdadera innovación jurídica al seno de un grupo social determinado. También se podrá apreciar cuándo una norma jurídica, trasplantada de un sistema jurídico a otro, pudo subsistir, sin cambios, en el nuevo entorno. De tal forma, es posible distinguir, con mayor precisión, los factores que favorecen el desarrollo jurídico, de aquellos que lo obstaculizan.

Aun cuando no se amplíe nuestro conocimiento de las fuentes formales del derecho, mejorará la percepción que tenemos de los hechos que incidieron en su creación.

A través del conocimiento de la historia de esos hechos, el derecho comparado ayudará al legislador en su quehacer, lo que le permitirá discernir hasta qué punto son, y cuáles deben ser los elementos susceptibles de ser

trasplantados de otro sistema u otros sistemas y prever si es razonable adoptar las soluciones extranjeras, con o sin modificaciones.

Tras haber distinguido el contenido del derecho comparado, del mero conocimiento del derecho extranjero, y haber establecido que el campo de acción del primero lo constituye el estudio de las relaciones entre diferentes sistemas legales y sus reglas, Watson no rechaza que el conocimiento del derecho extranjero conlleva su propio valor intelectual. Además, el conocimiento sistemático de uno o más derechos nacionales es esencial para quien pretenda dedicarse al derecho comparado, así como también ayudará al abogado postulante cuyo trabajo tenga pretensiones supranacionales, tanto como al legislador que busque modificar su propio derecho, con la esperanza de mejorarlo.

Cabe aquí también señalar que un trasplante de un sistema legal a otro, puede afectar a ambos sistemas y es importante detectar si la norma en cuestión puede ser adaptada a otro sistema modificándola o no, así como la dimensión que tendrán las modificaciones, en caso de ser necesarias.<sup>18</sup>

## II. AGRUPAMIENTO DE DERECHOS

Uno de los principios metodológicos más importantes del derecho comparado consiste en agrupar los diferentes derechos o sistemas jurídicos nacionales, que muestran rasgos comunes, para englobarlos dentro de grupos más amplios como son las familias jurídicas o familias de derechos. La razón de ser de este método es la de facilitar la comparación entre sistemas.

Los criterios para llevar a cabo estas agrupaciones, pueden ser de diversa índole, como son las características que debe tener la norma jurídica, la forma en la que se concibe, la enseñanza de esa norma, la forma de crearla, o bien, la evolución meramente histórica de esa norma, así como, el marco espacial y temporal de su aplicación.

Finalmente, se puede señalar, que se pueden conjugar varios de estos, u otros criterios, para formar una familia; pero, por regla general, no puede estimarse que dos o más derechos pertenezcan a la misma familia si sus fundamentos filosóficos, económicos y políticos son contradictorios y además si van dirigidos a sociedades enteramente diferentes.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 16-20.

Para lograr esta unidad familiar es indispensable un vocabulario, unas categorías y método similares, aplicables a los diferentes derechos nacionales. René David explica la teoría de las familias jurídicas y nos dice:

Existen en el campo del derecho, al igual que en las demás ciencias, categorías generales que sobresalen por encima de la gran variedad de los derechos particulares; en dichas categorías, cuyo número es limitado, nos es posible agrupar los diferentes derechos. Del mismo modo que el teólogo o el especialista en ciencia política acepta la existencia de ciertos tipos en la realidad religiosa (cristianismo, islamismo, budismo, fetichismo) o entre los diversos regímenes políticos (monarquía, oligarquía, democracia parlamentaria o presidencialista), también el comparativista puede clasificar los diferentes sistemas jurídicos reduciéndolos a ciertos tipos.<sup>19</sup>

Por otro lado, es importante destacar que cuando los especialistas reúnen a los derechos nacionales en grupos más amplios, que constituyen las familias jurídicas, la tarea es arbitraria y subjetiva, y aunque los autores generalmente coinciden cuando señalan el contenido de los diferentes grupos, también se encuentran diferencias entre ellos. Al respecto, René David se expresa con las siguientes palabras: “En las ciencias sociales no se puede aspirar a la precisión matemática”.<sup>20</sup>

### 1. Terminología

Los grupos de derechos a los que se aludieron en los párrafos anteriores, son designados de varias maneras, hay autores que los designan como familias jurídicas o familias de derechos, otros hablan de sistemas jurídicos y otros más, los designan como tradiciones jurídicas.

#### A. Familias jurídicas

Aunque el título del libro, *Les grands systèmes de droit contemporains*,<sup>21</sup> haga referencia a los sistemas jurídicos contemporáneos, René David y Camille Jauffret-Spinozi cuando explican la razón de incluir en un grupo o

<sup>19</sup> David, René, *op. cit.*, nota 2, p. 10.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>21</sup> David, René y Jauffret-Spinozi, Camille, *op. cit.*, nota 13.

clase a los derechos nacionales que tengan algún parentesco, utilizan entonces el nombre de familias de derechos.<sup>22</sup>

Para el establecimiento de estas familias, los profesores franceses toman como base esencial la estructura del derecho, esto es, su división en diferentes ramas; las fuentes de creación del derecho, en cada una de las familias, su jerarquización y también el concepto que adoptan de la norma jurídica. Distinguen las siguientes familias.

#### *a. Familia romano-germánica*

David y Jauffret-Spinosi la llaman así para destacar la importancia, no sólo de las universidades latinas, sino también la que tuvieron las universidades alemanas en la formación de esta familia.<sup>23,24</sup>

En términos generales estos autores explican que esta familia agrupa a los países en los que la ciencia jurídica tuvo como base al derecho romano y que, a partir del siglo XIX, los países de la familia le otorgaron un papel predominante a la ley y además codificaron su derecho.

Otra característica de la familia es que la pertenencia de los derechos que la integran obedece sobre todo a razones históricas. La familia es producto de las universidades de Europa continental y se extendió a otras regiones como resultado de la colonización, aunque también se puede hablar de una recepción voluntaria por parte de países que no fueron colonias europeas.

David y Jauffret-Spinosi señalan que entre los derechos de los países de la familia existen múltiples diferencias, cada país tiene el derecho nacional que le es apropiado. Por otro lado, la recepción del derecho europeo no fue la misma en los países pertenecientes a la familia, en algunos lugares se percibe una recepción parcial y cabe señalar que se conservaron algunas normas de los derechos autóctonos.

#### *b. Familia del Common Law*

Esta familia tiene como principal ingrediente al derecho inglés, creado fundamentalmente por los tribunales reales, después de la conquista nor-

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>24</sup> En esta tesis se utiliza el nombre de familia romano-canónica por considerar que el derecho canónico, junto con el derecho romano son los dos elementos formativos más importantes de esta familia.

manda, en el año de 1066. David y Jauffret-Spinosi consideran que la familia del *Common Law* incluye “salvo algunas excepciones, a los derechos de todos los países de habla inglesa”.<sup>25</sup>

Contrariamente de lo que sucedió con la familia romanista, en principio, el derecho inglés buscó solucionar controversias, más que formular reglas generales de conducta y su origen está asociado al poder del rey.

Por otro lado, cabe mencionar, que como sucede con la familia romanista, en la del *Common Law*, también se encuentran diferencias entre el derecho del Reino Unido y los países que no forman parte de éste, por ejemplo Estados Unidos y Canadá, en palabras de los autores que se comentan, “el derecho de esos países, pudo, por eso, reivindicar una gran autonomía al seno de la familia del *Common Law*”.<sup>26</sup>

### c. Antigua familia de los derechos socialistas

Los autores que se analizan consideran que con la caída de la Unión Soviética y la aparición de la Federación Rusa, no sólo los países europeos que formaron parte del bloque socialista, sino también el derecho ruso, se reencuentran, paso a paso, con la familia romanista, ya que con anterioridad al socialismo, sus sistemas jurídicos pertenecieron a esta familia.

La familia nació en la Unión Soviética, después de la Revolución de Octubre, en 1917. Se extendió, más tarde, después de la Segunda Guerra Mundial, a países de Europa central y del este, y algunos países de Asia, como China, Corea del Norte y Vietnam, y a Cuba en el continente americano.

### d. Otras concepciones del orden social y del derecho.

#### Otros sistemas

David y Jauffret-Spinosi incluyen aquí, a los derechos musulmán, hindú y judío; los derechos del Extremo Oriente, de China y Japón y los derechos de África y Madagascar.<sup>27</sup>

Sólo mencionan, sin analizarlo, al derecho judío, que explican que a pesar del interés que puede tener, su ámbito de influencia es muy restringido.

<sup>25</sup> David, René y Jauffret-Spinosi, Camille, *op. cit.*, nota 13, p. 221.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 347-466.

*Derecho musulmán.* En términos generales, se puede caracterizar como un derecho arcaico, casuista y poco sistematizado, además de que no constituye una disciplina autónoma, sino que forma parte de la religión.

De tal suerte, su principal fuente es el *Corán*, libro sagrado del Islam, que contiene las revelaciones hechas por Alá a Mahoma, su último profeta y enviado, quien vivió en la tierra entre los años de 570 a 632, aproximadamente.

Las disposiciones jurídicas del *Corán* no son abundantes y por eso se complementan con otras fuentes.

La *Sunna*, que se constituye por las tradiciones relativas a los actos y palabras de Mahoma. Fue objeto de una investigación minuciosa que hicieron, en el siglo IX, dos doctores musulmanes, para establecer la autenticidad de aquellos actos y palabras.

El *Idjma*, que contiene la opinión de los jurisconsultos y constituye la base dogmática del derecho musulmán, ya que representa la interpretación infalible y definitiva del *Corán* y la *Sunna*, que aunque se consideran como las fuentes fundamentales del derecho (*fiqh*), son fuentes históricas y en la actualidad el juez no tiene la facultad de interpretarlas, ya que al aplicar el derecho debe recurrir al *Idjma*.

Finalmente, en la interpretación del derecho, los juristas pueden recurrir al razonamiento por analogía, o *quiyás*, que les permite conciliar la revelación con la razón.

Se debe destacar que ningún Estado islámico se rige exclusivamente por el derecho musulmán, sino que también se recurre a la costumbre y la legislación, que han permitido un cierto grado de secularización de la ciencia jurídica, salvo por lo que se refiere al estatuto personal, que incluye los derechos de las personas, el derecho de familia y las sucesiones, en cuya regulación se aplica de manera estricta el derecho clásico.

Asimismo, se puede hablar de un acercamiento a los sistemas jurídicos occidentales, a través de la facultad reglamentaria del gobernante, que inclusive ha sentado las bases para la creación de nuevas ramas del derecho.

Sin embargo, en los últimos tiempos y por influencia del fundamentalismo religioso, se ha dado pie a un neo-islamismo, con repercusiones en el campo del derecho penal y el restablecimiento de los tribunales religiosos, con competencia en los casos que se refieren al estatuto personal.

*Derecho hindú.* René David y Camille Jauffret-Spinosi incluyen al derecho hindú en el grupo que califican como de derechos tradicionales.

Señalan, además, que el derecho hindú aparte de regir en la India, también tiene influencia en otros países de Asia y África que se han adherido al hinduismo, como religión.

El hinduismo, más que un dogma, se puede considerar como una determinada concepción del mundo, y la manera en que los seres humanos deben comportarse. Señala un modo de vivir, y sus preceptos representan, mayormente, el rol que en otras sociedades corresponde a aquél asumido por las reglas jurídicas.

Por estas razones, el derecho autóctono de la India es principalmente importante en el ámbito del estatuto personal, más que en el campo del derecho público, que muestra una indudable influencia de las concepciones jurídicas inglesas.

Los investigadores franceses dividen el estudio del derecho hindú en dos grupos que corresponden a dos momentos históricos distintos: “el derecho tradicional de la India” y “el derecho moderno de la India”.<sup>28</sup>

*Derecho tradicional.* Comprende fundamentalmente a los libros llamados *sastras*, o reglas, que David y Jauffret-Spinosi traducen como “ciencias”,<sup>29</sup> y que están compuestos por tres grupos o clases, que determinan el comportamiento de las personas.

En primer lugar, se sitúan las reglas que se refieren a la virtud, en segundo lugar, las que se refieren al interés y en tercer lugar, las que tienen que ver con el placer.

En otras palabras, el primer grupo contiene las normas morales, que buscan la beatitud eterna; el segundo, está compuesto por las reglas que rigen el comportamiento de gobernantes y gobernados, o sea, normas políticas y finalmente, el tercero, se refiere a la naturaleza de cada quien y se supone que debe indicar la manera de alcanzar una vida larga y feliz.

Estos grupos de reglas o “ciencias” no se aplican de forma igualitaria y es así que, si bien, las reglas del tercero, relativas al placer, se aplican por igual a todos los hombres y mujeres, sucede que, las reglas de los otros dos grupos, las morales y las políticas, se aplican en forma diferenciada, esto es, de acuerdo con el estrato social al que cada uno pertenezca.

Este orden jurídico y social se complementa con la costumbre, la legislación y la jurisprudencia.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 373.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 375.

*Derecho moderno.* A partir de 1600, Inglaterra jugó un papel predominante en el subcontinente.

En ese año la reina Isabel I autorizó la creación de una sociedad comercial, la *East India Company*, para encargarse del comercio con la India.

Lo que comenzó como una aventura mercantil, terminó por ser una de tipo político, y la región cayó bajo el dominio de la corona británica.

Por esta razón, el derecho moderno de la India pertenece, en gran parte, a la familia del *Common Law*, aunque existan diferencias sustanciales entre el derecho de la India y el derecho inglés.

Por un lado, el derecho hindú no conoce la división entre *Common Law* y *Equity*, que es una de las características sobresalientes del sistema angloamericano y por el otro, aunque, en algunos aspectos, el derecho hindú conserva la terminología inglesa, la reglamentación de que se trate es diferente, como en el caso de las normas que regulan la tenencia de la tierra.<sup>30</sup>

Hay que agregar que cuando la India pudo sustraerse del dominio inglés y promulgó su propia Constitución, en el año de 1950, aunque este cuerpo legal reconoció la vigencia del derecho anterior, logró algo que Inglaterra nunca pudo alcanzar, que fue la abolición del sistema de castas.

Además, otras leyes, posteriores a la Constitución, han logrado modernizar al derecho hindú, por ejemplo, en el caso del matrimonio, que por virtud del *Hindu Marriage Act*, de 1955, requirió del consentimiento de la mujer para celebrarlo, suprimió la poligamia e introdujo el divorcio.<sup>31</sup>

*Derecho chino.* Hasta el siglo XIX, la noción del orden social, según la tradición china, se desarrolló sin ninguna influencia extranjera. Su base fue la concepción de un orden cósmico, en el que interactúan el cielo, la tierra y los seres humanos.

El equilibrio del mundo dependía de la armonía entre los individuos entre sí y de éstos con la naturaleza. En las relaciones sociales debían privar la conciliación y el consenso.

Históricamente los chinos desconfiaron del derecho, tanto como de los abogados.

Las leyes no fueron la manera normal de regular las relaciones intersubjetivas de los miembros del grupo social, si bien podían ser de utilidad tanto para provocar conducta valiosa, como para desalentar la que no lo fuera.

<sup>30</sup> Morineau, Marta, *op. cit.*, nota 3, p. 53.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 54.



Siguiendo la doctrina de Confucio, se consideró que la célula social básica estaba constituida por la familia, organizada jerárquicamente bajo la autoridad del padre de familia.

Los organismos públicos, incluyendo al Estado, siguieron el modelo de la organización familiar. Mientras que, los miembros de la comunidad debían vivir de acuerdo con los ritos correspondientes a cada grupo social, según el estrato al que pertenecieran. La observancia de estos ritos, prescritos por la costumbre, sustituía a la ley.

De manera excepcional, en el siglo III a. C., se rompió la tradición con el surgimiento de la escuela de los legistas, que predicó la utilidad de vivir bajo la ley. Esta corriente creía en la necesidad de leyes permanentes que deberían ser conocidas por los gobernantes y bajo cuyo imperio estarían sometidos inexorablemente los gobernados.

La influencia de los legistas fue superficial y breve, ya que con el advenimiento de la dinastía Han, en el año de 206 a. C., la doctrina de Confucio fue restablecida.

En la China moderna, anterior al comunismo, apareció el deseo de acercarse al Occidente. Hubo un distanciamiento de la tradición y pareció que la escuela de los legistas, que había aparecido tantos años atrás, influyó el pensamiento jurídico chino. Penetró la idea de la codificación y así, entre 1929 y 1931, entró en vigor un código inspirado en el modelo alemán, de 1900, que abarcaba el derecho civil y el mercantil; en 1930 apareció un código agrario y en 1932, uno de procedimientos civiles.

*Derecho japonés.* Hasta el año de 1853, el Japón, prácticamente no tuvo contacto alguno con el Occidente, aunque sí tuvo influencia de China.

Las compilaciones jurídicas que aparecieron desde el año de 646 establecieron las obligaciones de los miembros de la sociedad que estaba dividida en estratos bien diferenciados. Dichas compilaciones estaban constituidas mayormente por normas de carácter represivo y normas administrativas.

En el año de 1185 apareció un feudalismo militar, en cuya organización, el emperador subsistió, gracias a la importancia de sus funciones religiosas, pero el poder lo detentaron los señores feudales pertenecientes a la casta militar.

A partir de 1868, la estructura social japonesa quedó renovada y un Estado democrático, parecido a los Estados occidentales, sustituyó al régimen feudal.

La legislación aproximó a Japón con Occidente, específicamente con las naciones pertenecientes a la familia romano-canónica.

En 1882, siguiendo el modelo francés, se promulgaron un código penal y uno de instrucción criminal; en 1890, una ley de organización judicial y un código de procedimientos civiles, que siguieron el modelo del derecho alemán. En ese año también se promulgó una ley que contenía los principios fundamentales del derecho internacional privado y en 1898 y 1899 los códigos civil y de comercio.

En el campo del derecho público es importante mencionar la Constitución de 1889.

Después de 1945, como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial y por el influjo del derecho americano aparecieron innovaciones muy importantes en el derecho japonés.

Una nueva Constitución fue promulgada en 1946, y también fue importante la reforma de la administración pública, que incluyó a la judicatura y la policía, como también diversas modificaciones a los códigos existentes.

La Constitución de 1946, de corte democrático y que entró en vigor al año siguiente, garantiza los derechos fundamentales del individuo, acoge el principio de pacifismo absoluto y establece la división de poderes. El príncipe celeste con facultades muy limitadas, según la propia Constitución es el símbolo del Estado japonés, mientras que, la soberanía nacional se deposita en el pueblo.

El Poder Legislativo corresponde al parlamento, bicameral, compuesto por la Cámara de representantes y la de consejeros, cuyos miembros se eligen por sufragio universal, por un periodo de 4 y 6 años, respectivamente.

El Poder Ejecutivo lo ejerce el primer ministro, auxiliado por los miembros de su gabinete.

A su vez, la Constitución también reconoce la supremacía e independencia del Poder Judicial, encabezado por la Corte suprema, que, como sucede en Estados Unidos, tiene el control de la constitucionalidad de las leyes. Después se encuentran los tribunales de derecho común y los de distrito.

*Derechos de África y Madagascar.* En este apartado David y Jauffret-Spinosi analizan el derecho de los países africanos ubicados al sur del desierto del Sahara, así como el derecho de Madagascar y señalan que tienen una base consuetudinaria en la que la costumbre está vinculada con la concepción mítica del universo.

En el siglo XIX, África entera y Madagascar cayeron bajo la dominación europea, pero la política de los países colonialistas no fue siempre la misma.

Franceses, españoles y portugueses siguieron por su parte una política de asimilación, basada en un doble postulado, en primer lugar, la consideración de que todos los seres humanos tienen igual valor, aunque, asumiendo en segundo lugar, la superioridad de la civilización europea.

Hacia finales de la era colonial, la Constitución francesa de 1946 otorgó la ciudadanía a los nativos, permitiéndoles conservar sus propias costumbres por lo que al estatuto personal se refiriera. La política belga fue la misma y en ambos casos la metrópoli se encargó directamente de la administración.

Los ingleses, por su lado, establecieron una administración indirecta “(*indirect rule*)”,<sup>32</sup> que permitió que los habitantes se gobernarán ellos mismos, siguiendo sus costumbres pero bajo el control de los británicos.

El derecho de los Estados que fueron colonias inglesas pertenece a la familia del *Common Law*, mientras que el de aquellos que fueron colonias francesas, belgas, españolas o portuguesas pertenece a la familia romanista.

Los autores alemanes Zweigert y Kötz consideran que la teoría de las “familias jurídicas”<sup>33</sup> trata de resolver varios dilemas del derecho comparado y que la idea de agrupar diferentes derechos nacionales en clases más amplias, como son las familias de derechos, obedece principalmente a motivos taxonómicos, para facilitar la ubicación del gran número de sistemas jurídicos particulares, en lo que constituye una ordenación más asequible.

Otra manera de agilizar el quehacer del comparatista, consiste en determinar qué sistemas jurídicos son representativos de cada uno de los grupos, así, el especialista podrá, en algunos casos, concentrar su atención en alguno de ellos.

Además de los que ya se mencionaron, Zweigert y Kötz consideran otros factores, para poder configurar a las familias de derechos.

En primer lugar, estos autores, piensan que el factor relevante es lo que ellos llaman “estilo de las familias legales”.<sup>34</sup> El estilo al que aluden se encuentra en los antecedentes históricos y desarrollo de cada familia, la manera de pensar de sus juristas, sus instituciones jurídicas distintivas, sus fuentes jurídicas y su ordenación, y su ideología.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> David, René y Jauffret-Spinozi, Camilla, *op. cit.*, nota 13, p. 447.

<sup>33</sup> Zweigert, Honrad y Kötz, Hein, *op. cit.*, nota 1, p. 63.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 69.

Los autores alemanes también aconsejan estudiar alguna institución jurídica específica representativa de la familia que se analice. Zweigert y Kötz distinguen las siguientes familias jurídicas.

e. Familia jurídica romanista

Para hacer el análisis de esta familia, estos autores centran su estudio en el derecho francés, que escogen como modelo representativo del grupo. Ese estudio abarca los siguientes puntos:

- 1) Historia del derecho francés.
- 2) Espíritu y características esenciales del Código Civil francés de 1804.
- 3) Su recepción.
- 4) La profesión legal, esto es, la actividad de jueces y abogados.<sup>36</sup>

Como una de las instituciones jurídicas distintivas de la familia romanista, se refieren a la situación que en ella guardan los hijos ilegítimos.<sup>37</sup>

Zweigert y Kötz piensan que, aunque a finales del siglo XVIII y principios del XIX aparecieron diversos códigos en el occidente y centro de Europa, se puede considerar que el Código Civil francés de 1804 es el más importante.

A pesar de que el Código Civil francés sea un cuerpo legal representativo de la Revolución, el ordenamiento conservó elementos tradicionales del derecho basado en las costumbres.

Ilustrativa de esta afirmación es la cita que hace Portalis,<sup>38</sup> y que se reproduce a continuación:

Hicimos un compromiso, si se nos permite utilizar esta expresión, entre el derecho escrito y las costumbres, cuando fue posible reconciliar sus provisiones o modificarlas, unas a la luz de las otras, sin infringir la unidad del sistema, y sin causar un gran malestar.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> *Ibidem*, pp. 76-136.

<sup>37</sup> Para el estudio de esta institución Zweigert y Kötz remiten al lector a la 1a. ed. de su libro.

<sup>38</sup> Jean-Étienne-Marie Portalis, uno de los juristas más famosos de su tiempo y también uno de los redactores del Código Civil francés, nació en Le Beausset, Provenza, en 1746 y murió en París, en 1807.

<sup>39</sup> Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *op. cit.*, nota 1, p. 89.

Señalan que el Código Civil francés tuvo especial influencia en Italia, España y Portugal, así como en los derechos de los países de Centro y Sudamérica.

*f.* Familia jurídica germánica

En relación con esta familia nuestros autores estudian la historia del derecho de Alemania y el Código Civil alemán, tanto como los códigos civiles de Austria y de Suiza.

Zweigert y Kötz consideran que aunque las familias romanista y germánica están estrechamente relacionadas, no dejan de existir importantes diferencias de estilo en los sistemas jurídicos de Europa continental.

Señalan, en primer lugar, que los derechos de Francia y Alemania muestran un desarrollo histórico diferente.

La recepción del derecho romano en Alemania fue tardía, se dio a mediados del siglo XV, aunque fue más profunda que la francesa. Lo anterior se explica si se considera que en la Alemania medieval, mientras que el poder imperial declinaba, crecía el poder de los diferentes gobernantes territoriales. En consecuencia, no existían órganos políticos y judiciales centralizados que pudieron haber sentado las bases de un derecho privado uniforme en la región. Tampoco existió en aquella época, algún grupo sólido de juristas imperiales.

Estas circunstancias facilitaron la recepción del derecho romano, ya que es posible afirmar que existía un vacío jurídico, que el derecho romano vino a llenar.

El derecho tradicional alemán se encontraba en una etapa “pre-científica”,<sup>40</sup> y era disperso y desordenado, en donde no se podía encontrar una integración armoniosa de la cultura jurídica, de tal modo, el derecho romano fue aceptado con gran facilidad, en gran parte de los territorios alemanes y en relación con muchas ramas del derecho.

Por otra parte, no se consideró que el derecho romano representara uno de tantos derechos extranjeros, sino que más bien representaba al sistema jurídico del “*imperium romanum*”.<sup>41</sup> De ahí su autoridad e identificación con el Sacro Imperio Romano Germánico, considerado como sucesor del

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 140.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 141.

Imperio Romano, igual que el *Kaiser* alemán se suponía a sí mismo como heredero de los césares.

En relación con la familia jurídica germánica, Zweigert y Kötz analizan:

- 1) La historia del derecho alemán.
- 2) El Código Civil alemán, de 1900.
- 3) El Código Civil austriaco, de 1811.
- 4) El Código Civil suizo, de 1907.

Como institución distintiva de esta familia jurídica señalan a la doctrina del contrato real abstracto, cuyo estudio está incluido en la primera edición de su libro.<sup>42</sup>

#### g. Familia jurídica angloamericana

Por lo que toca a esta familia, inician su estudio con el desarrollo del *Common Law* inglés, para continuar con el análisis de los tribunales y la profesión legal en Inglaterra, la expansión del derecho inglés en el mundo y el derecho de Estados Unidos. A continuación incluyen un estudio comparativo de las fuentes del derecho y el derecho procesal de las familias del *Common Law* y romanista.

Mencionan al *trust* como una de las instituciones jurídicas distintivas del derecho angloamericano y para su estudio nos remiten a la primera edición de su libro.<sup>43</sup>

Es interesante destacar la opinión de Zweigert y Kötz en el sentido del paralelismo que encuentran entre el desarrollo del derecho inglés medieval y el desarrollo del derecho romano, cuando expresan:

En Roma, como en Inglaterra, la protección judicial de un derecho se otorgaba sólo si el actor podía obtener un documento específico para demandarlo (fórmula<sup>44</sup> o *writ*<sup>45</sup>), que era otorgado por un funcionario (el pretor o

<sup>42</sup> Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *op. cit.*, nota 37.

<sup>43</sup> *Idem.*

<sup>44</sup> Documento redactado por las partes en un juicio, en el que se hacían constar la pretensión del actor y la defensa del demandado, y que era la base sobre la que el juez dictaría sentencia. En su edicto, el pretor comunicaba las distintas fórmulas que se podrían utilizar en su tribunal.

<sup>45</sup> No hay un equivalente exacto de la palabra *writ* en español. Se ha traducido como mandamiento, auto, decreto, escrito, orden, proveído o mandato.

el Canciller). En ambos sistemas el número de estos documentos no fue muy grande. Se coleccionaron en registros (*Edictum perpetuum*, *Register of writs*) y con el transcurso del tiempo aumentaron en número, al crecer las demandas de los particulares. Las maneras tan parecidas en que el litigio empezaba dio lugar a que los abogados, en Roma y en Inglaterra, se concentraran más que en los derechos, en las clases de acciones, tal como fue mayor su interés con relación a casos concretos, sin preocuparse por el derecho sustantivo o por la creación de un sistema basado en algún método racional. De tal forma, el derecho romano y el *Common Law* medieval se enfocaron al derecho procesal, y en ambos sistemas las normas sustantivas fueron tardías. El desarrollo histórico de los dos sistemas recorrió caminos paralelos a pesar de la distancia temporal de mil años.<sup>46</sup>

#### h. Familia jurídica nórdica

Esta parte comprende la exposición del derecho escandinavo, histórico y actual. Zweigert y Kötz incluyen en este grupo a los derechos de Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia, no sin antes advertir que utilizan las expresiones “Nórdica” y “Escandinava”,<sup>47</sup> como sinónimos, aunque desde el punto de vista geográfico, ni Dinamarca, ni Islandia sean parte de Escandinavia.

Los autores que se analizan, explican que algunos especialistas en derecho comparado, con frecuencia asumen que los sistemas legales del mundo occidental pertenecen o bien a la familia del *Common Law* o a la familia romanista, pero opinan que los derechos de los países nórdicos no se pueden incluir en alguna de estas familias.

Consideran que ninguno de los países de la familia nórdica forma parte de la familia jurídica del *Common Law*, ya que esta familia comprende solamente a los sistemas jurídicos relacionados con el derecho inglés medieval y la historia de los derechos nórdicos tuvo otro desarrollo. Tampoco comparten el estilo del *Common Law*, con relación a las fuentes del derecho, la importancia esencial de las decisiones judiciales y el papel fundamental que tienen los jueces angloamericanos como órganos creadores del derecho, y tampoco tiene parecido con las áreas relevantes del derecho privado.

<sup>46</sup> Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *op. cit.*, nota 1, p. 193.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 287.

Les parece aún más difícil, incluir a la familia nórdica dentro de la familia romano-canónica, por más que tengan una cercana relación. Agregan que la gran familia romano-canónica incluye a los derechos de la Europa continental que fueron influenciados, en mayor o menor medida, por el derecho romano y que tradicionalmente han sistematizado sus derechos con base en la ley y códigos comprensivos de las diferentes ramas jurídicas.

Añaden que el rol del derecho romano en el desarrollo de los derechos escandinavos fue muy limitado, sobre todo si los comparamos con Alemania; además, los países nórdicos no cuentan con códigos como los códigos civiles alemán y francés. No obstante, que ambas familias muestren rasgos estilísticos comunes, que permitirían asimilar a los países nórdicos dentro de la familia romanista, los autores que se analizan, prefieren ubicarlos como una familia jurídica especial, al lado de las familias jurídicas romanista y germánica.<sup>48</sup>

Históricamente el derecho de los países nórdicos se basó en los derechos germánicos, aunque con algunas especificidades dentro de los diferentes territorios.

Durante los siglos XVII y XVIII el derecho fue codificado tanto en Dinamarca, como en Suecia. De esta manera se logró la unificación del derecho privado, y de los derechos penal y procesal.

Aunque el derecho de los países nórdicos no tuvo el mismo desenvolvimiento histórico, no se puede negar que haya tenido relaciones con los de otros países de Europa continental.

Especialmente Suecia, que después de la Guerra de los Treinta Años, se convirtió en una gran potencia, tuvo también una importante presencia en la política del Continente, y en el siglo XVII tuvo también un estrecho contacto con la ciencia jurídica de los otros países europeos.

Años después, la codificación napoleónica influyó en el derecho escandinavo, sobre todo en las áreas del derecho familiar y sucesorio.

Sin embargo, la existencia de un pasado cultural e histórico común y el incremento de las relaciones comerciales, fueron las causas por las que desde finales del siglo XVIII los países nórdicos iniciaran un proceso de cooperación en el ámbito legislativo.

Se logró la unificación del derecho que regula los instrumentos negociables, marcas y patentes, registros mercantiles, sociedades y el derecho marítimo.

<sup>48</sup> *Idem.*



Siguiendo la misma tendencia, apareció una ley uniforme sobre la propiedad, obligaciones y contratos, que entró en vigor, entre 1915 y 1918, en Suecia, Dinamarca y Noruega, y en Finlandia, en 1929.

Zweigert y Kötz explican que estas leyes fueron precedidas por estudios comparativos, tanto del derecho inglés, como del derecho continental, especialmente el derecho alemán.<sup>49</sup>

Para terminar, los autores alemanes afirman que aunque los derechos nórdicos se relacionaron con los derechos de los otros países europeos continentales, mantuvieron sus características locales y es por eso que se puede considerar que conforman un grupo especial “Nórdico”,<sup>50</sup> al lado de la familia romanista.

#### *i. Familia jurídica socialista*

Tras afirmar que después del desmembramiento del bloque de los países socialistas en Europa, la mera existencia de un derecho socialista es cuestionable, los autores que se comentan, sostienen que todavía es difícil predecir si “la familia jurídica socialista está muerta y enterrada”.<sup>51</sup> Por ello, consideraron conveniente analizar los principios básicos del marxismo-leninismo, el papel que el derecho desempeña en esta teoría y sus implicaciones en relación con la práctica profesional y la economía.<sup>52</sup>

Consideran que quien quiera conocer el papel que el derecho representa en los países socialistas, debe conocer el concepto de “legalidad socialista”.<sup>53</sup> Se ha dicho que el marxismo-leninismo considera que el desenvolvimiento social sigue determinados objetivos y leyes naturales ineluctables. Estas leyes pueden ser demostradas científicamente, conforme un grupo social se aparta del capitalismo y se acerca primero al socialismo y después al comunismo. A la cabeza del proceso se encuentra el Partido Comunista, cuyos líderes tienen la capacidad para evaluar su desarrollo. Como el derecho debe apegarse a la “legalidad socialista”, debe estar en armonía con los objetivos del desarrollo social, según lo establezca el Partido.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 293.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 295.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 297.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 299.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 300.

Un rasgo estilístico importante del derecho socialista consiste en lograr que los individuos abandonen cualquier resabio burgués.

Otra característica típica es la de encargar las funciones legales a las células sociales.

Por otra parte, la doctrina marxista enseña que para evitar la lucha de clases y la explotación del hombre por el hombre, los medios de producción deben ser socializados. Para ello, el derecho socialista creó diferentes tipos de propiedad: la propiedad estatal, la propiedad de las organizaciones sociales o propiedad socialista y la propiedad privada. Los particulares son propietarios sólo de aquellas cosas necesarias para satisfacer sus necesidades básicas, materiales y culturales, como son el salario y los ahorros, el menaje de casa, un automóvil y el uso de una parcela y una casa.

#### *j. Otras familias jurídicas*

Dentro de este apartado Zweigert y Kötz incluyen a las familias jurídicas del lejano Oriente, que comprenden al derecho chino y japonés. También tratan aquí al derecho musulmán y al derecho hindú.

#### *B. Tradiciones jurídicas*

La denominación de familias jurídicas o familias de derechos, señalada en el apartado anterior, no es generalmente aceptada por los comparatistas de los países anglosajones, así, por ejemplo, John Henry Merryman utiliza el término de tradición jurídica y al respecto señala:

Una tradición jurídica, como el término lo indica, no es un conjunto de normas jurídicas acerca de contratos, de asociaciones y delitos, aunque tales normas serán casi siempre en cierto sentido un reflejo de esa tradición. Son más bien un conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la naturaleza de la ley, acerca de la función del derecho en la sociedad y en la forma de gobierno, acerca de la organización y operación apropiadas de un sistema jurídico y acerca del modo como el derecho debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la cual es una expresión parcial. Coloca al sistema jurídico dentro del ámbito cultural.<sup>54</sup>

<sup>54</sup> Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 15.

Merryman considera tres tradiciones jurídicas como las más importantes: la del derecho civil, que es el nombre dado por los autores angloamericanos a la familia romano-canónica; la del derecho común, o sea, la del *Common Law* y la del derecho socialista.<sup>55</sup>

Peter de Cruz, cuando habla de los grupos en los que se pueden clasificar los diferentes derechos nacionales, utiliza indistintamente los términos familia o tradición jurídica y emplea sistema jurídico como sinónimo de derecho nacional. Este autor afirma que la clasificación de los sistemas jurídicos en grupos o familias jurídicas es una práctica establecida entre los especialistas de derecho comparado.<sup>56</sup> De Cruz contempla los siguientes grupos:

- 1) Sistema del derecho civil, esto es, romanista.
- 2) Tradición inglesa del *Common Law*.
- 3) Derecho comunitario europeo.
- 4) Derecho socialista.
- 5) Otras clases de sistemas jurídicos, entre las que incluye lo que designa como sistemas jurídicos híbridos, y las concepciones legales orientales, la china y la japonesa.<sup>57</sup>

### III. BIBLIOGRAFÍA

DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, Aguilar, 1973.

\_\_\_\_\_ y JAUFFRET-SPINOSI, Camilla, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11a. ed., París, Dalloz, 2002.

CRUZ, Peter de, *Comparative Law in a Changing World*, 2a. ed., Londres, Cavendish Publishing Limited, 1995.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La modernización de los estudios jurídicos comparativos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989.

<sup>55</sup> Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 15.

<sup>56</sup> Cruz, Peter de, *op. cit.*, nota 10, p. 31.

<sup>57</sup> *Idem.*

- GUTTERIDGE, H. C., *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research*, Cambridge, Cambridge University Press, 1946.
- MERRYMAN, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971.
- , *La tradición jurídica romano-canónica*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2003.
- MORINEAU, Marta, *Una introducción al Common Law*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- WATSON, Alan, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, 2a. ed., Atenas, The University of Georgia Press, 1993.
- ZIMMERMANN, Reinhard, *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*, Nueva York, Oxford University Press, 2001.
- ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein, *An Introduction to Comparative Law*, Gran Bretaña, North-Holland Publishing Company, 1977.
- , 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 1992.