

2, 177



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
"ARAGON"

LA IMPORTANCIA DEL DERECHO COMPARADO  
EN LA CIENCIA JURIDICA

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A ;

GERARDO RAMIREZ MONROY

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

SAN JUAN DE ARAGON, MEX.,

1988



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

LA IMPORTANCIA DEL DERECHO COMPARADO EN LA  
CIENCIA JURÍDICA

I N D I C E

	pág.
INTRODUCCION	1
CAPITULO PRIMERO	
CONCEPTOS FUNDAMENTALES	
1.1. Origen y Desarrollo del Derecho Comparado	7
1.1.1. Los Precursores	9
1.1.1.1. Los Precursores Ingleses	10
1.1.1.2. La Aportación Francesa	12
1.1.1.3. La Aportación Holandesa	13
1.1.1.4. La Aportación de Italia y Alemania	14
1.1.2. Los Iniciadores	15
1.1.3. Los Comparatistas	16
1.2. Las Escuelas del Derecho Comparado	19
1.2.1. Escuelas Históricas	19
1.2.1.1. Escuela de Pavia y de Bo- lonia	19
1.2.1.2. Escuela de los Humanistas	21
1.2.1.3. Escuela del Derecho Natu- ral	22
1.2.1.4. Escuela Histórica	23

	pág.
1.2.2. Clasificaciones de las Escuelas del Derecho Comparado	24
1.2.2.1. Las Escuelas que buscan - la esencia del Derecho -- Comparado	24
1.2.2.2. Las Escuelas que buscan - el Objeto del Derecho <u>Com</u> parado	28
1.2.2.3. Las Escuelas que buscan - el Método en el Derecho - Comparado	30
1.3. La Terminología Jurídica en el Derecho Comparado	33
1.3.1. La Importancia de la Terminología - Jurídica	37
1.3.2. Los Tratados que se redactan en varias lenguas	38
1.4. Concepto del Derecho Comparado	41
1.4.1. Los conceptos que se han establecido para denominar al Derecho Comparado	44
1.4.2. Las diferentes concepciones del Derecho Comparado	49
1.4.2.1. Autores que consideran -- que la denominación no -- tiene importancia	49
1.4.2.2. El Derecho Comparado como Método	51
1.4.2.3. El Derecho Comparado como ciencia	54
1.4.3. Nuestro Concepto	57

## CAPITULO SEGUNDO

## NATURALEZA DEL METODO COMPARATIVO

2.1.	El Método Comparativo	58
2.2.	La Interpretación en el Derecho Comparado	67
2.2.1.	Definición de Interpretación	67
2.2.2.	La Interpretación Jurídica	69
2.2.3.	Métodos de Interpretación	72
2.2.4.	El Modernismo Jurídico	74
2.2.5.	La Interpretación en los Sistemas Jurídicos	76
2.3.	Las Fuentes del Derecho Comparado	79
2.3.1.	Fuentes Históricas	80
2.3.2.	Fuentes Reales	82
2.3.3.	Fuentes Formales	83
2.3.3.1.	La Costumbre en el Derecho Comparado	83
2.3.3.2.	La Legislación en el Derecho Comparado	87
2.3.3.3.	La Jurisprudencia en el Derecho Comparado	89
2.3.3.4.	La Doctrina en el Derecho Comparado	91
2.3.3.5.	Los Principios Generales de Derecho	94
2.4.	Las Estructuras Jurídicas de un Sistema Jurídico	95
2.4.1.	Concepto de Sistema Jurídico	96
2.4.1.1.	Criterio de Existencia	99
2.4.1.2.	Criterio de Identidad	100
2.4.2.	La Clasificación de los Sistemas Jurídicos	103



3.1.2.1.2.3.	Código Civil Español	124
3.1.2.2.	Los Derechos Extraeuropeos	125
3.1.3.	Estructura Jurídica	127
3.1.3.3.	Derecho Público y Privado	127
3.1.3.2.	La Norma Jurídica	129
3.1.4.	Las Fuentes del Derecho	129
3.1.4.1.	La Ley	130
3.1.4.2.	La Costumbre	134
3.1.4.3.	La Doctrina	134
3.1.4.4.	La Jurisprudencia	135
3.2.	Los Sistemas del Common-Law	137
3.2.1.	Historia del Derecho Inglés	137
3.2.1.1.	Los Tribunales Reales	139
3.2.1.2.	Los Writs	140
3.2.1.3.	El Common-Law y la In- fluencia de la Equidad	141
3.2.2.	Estructura del Derecho Inglés	142
3.2.2.1.	Common Law y Equity	143
3.2.2.2.	La Importancia del Dere- cho Adjetivo	145
3.2.2.3.	La Norma Jurídica	146
3.2.3.	Las Fuentes del Derecho Inglés	147
3.2.3.1.	La Organización Judicial	147
3.2.3.2.	La Jurisprudencia	150
3.2.3.3.	La Ley y la Costumbre	150
3.3.	La Familia Jurídica Soviética	153
3.3.1.	La doctrina del Marxismo Leninismo y el Estado y Derecho	154

3.3.2.	Historia del Derecho Ruso y Soviético	156
3.3.3.	El Derecho a partir de la Revolución de 1917	159
3.3.4.	Estructura del Derecho Soviético	162
3.3.4.1.	Principio de Legalidad Socialista	162
3.3.4.2.	Garantías al Principio de Legalidad Socialista	164
3.3.4.2.1.	La Abogacía	165
3.3.4.2.2.	La Comisión de Control Popular	167
3.3.4.3.	Las Clasificaciones del Derecho Soviético	169
3.3.5.	Las Fuentes del Derecho Soviético	171
3.3.5.1.	La Ley	171
3.3.5.2.	La Jurisprudencia	173
3.3.5.3.	La Costumbre	174
3.3.5.4.	La Doctrina	174
3.4.	Los Sistemas Filosóficos	176
3.4.1.	El Derecho Islámico	176
3.4.1.1.	Nacimiento del Islam y Expansión Árabe	177
3.4.1.2.	Las Fuentes del Derecho Musulmán	178
3.4.1.3.	El Derecho Musulmán Moderno	181
3.4.1.4.	El Derecho de los Países Musulmanes	182

	pág.
3.4.2. Los Derechos de Extremo Oriente	183
3.4.2.1. El Derecho Chino	184
3.4.2.1.1. El Derecho Tradicional Chino	184
3.4.2.1.2. La Legislación en la - China Moderna	187
3.4.2.2. El Derecho Japonés	188
3.4.2.2.1. Derecho Antiguo	188
3.4.2.2.2. La Occidentación del - Derecho Japonés	192
3.4.3. El Derecho Africano	193
3.4.3.1. Derecho Consuetudinario	194
3.4.3.2. El Periodo de Coloniza- ción	196
3.4.3.3. Los Estados Independien- tes	198
CAPITULO CUARTO	
LA IMPORTANCIA DEL DERECHO COMPARADO	
4.1. La Importancia del Derecho Comparado	201
4.2. El Objeto del Derecho Comparado	210
4.3. Aplicaciones del Derecho Comparado	218
4.4. La Utilidad del Derecho Comparado	225
CONCLUSIONES	231
BIBLIOGRAFIA	243

## INTRODUCCION

El interés que sirvió de base para la elaboración de este trabajo, nace por la inquietud de una serie de preguntas que todos los estudiantes de esta carrera nos hacemos, que es la de saber y conocer la esencia de nuestro sistema jurídico, al cual sólo podremos llegar cuando conozcamos el derecho en su carácter general, y no aislarnos en un nacionalismo jurídico, pues las actuales tendencias en las instituciones en la enseñanza del Derecho parece que se encaminan a la tarea de crear teorías y prácticas del derecho patrio y se olvida que los principios que rigen al derecho y a la ciencia jurídica se extienden hacia una concepción universal, los cuales son por su propia naturaleza inmutables a los hombres, por lo que los estudiantes de esta licenciatura debemos volver la cara hacia atrás y observar al derecho, no como la carrera que formara abogados técnicos o prácticos, sino como la ciencia que el hombre descubrió para realizar la armonía en la sociedad y el buen funcionamiento de ésta.

Para poder conocer a la ciencia jurídica, hay que estudiar las diferentes disciplinas que la conforman, como lo -

En el derecho comparado hay que conocer una serie de conceptos previamente, como las distintas concepciones históricas, filosóficas, religiosas, o económicas, para poder conceptuar un sistema jurídico en particular, esto nos permitirá observar que la concepción por ejemplo de las fuentes del derecho estarán dadas en razón directa a un sistema en particular, por lo que las viejas concepciones que prevalecen en países como el nuestro, al establecer a la ley como la fuente primaria originadora de la norma jurídica, se verá que es distinta a otros sistemas jurídicos, en los que las fuentes jurídicas estarán dadas en otras fuentes como pudieran ser, la costumbre, la jurisprudencia, o tal vez, conceptuarlas en otras fuentes, como son las fuentes reales del sistema soviético, en las que el origen del derecho se encuentra en una concepción económica, cuya base lo es la doctrina del marxismo.

Asimismo, el conocimiento del derecho comparado implica el conocer en forma por demás amplia y general nuestro sistema jurídico, para poder establecerlo ya sea de una manera particular o en una forma general, ubicarlo en tiempo y espacio y poder hacer una clasificación de las diferentes concepciones jurídicas afines a la nuestra, así como poder establecer las diferentes clasificaciones y conceptos jurídicos existentes en ese sistema, tales como la división existente en nuestros sistemas romanistas, de derecho públi

son la introducción al derecho, la filosofía, la historia - del derecho, así como el derecho comparado, el cual en este trabajo recepcional es la materia a analizar, en tanto esta rama del saber jurídico nos dará su verdadera dimensión a - cualquier rama del derecho o en su caso, hacerla más com- - prensible a los ojos de los juristas y de los abogados, así como a cualquier estudiante o investigador de la ciencia ju- rídica.

El derecho comparado no sólo habrá de ser el "comparar dos o más derechos vigentes", como generalmente se presupone, sino que entraña una serie de conocimientos y principios que van a guiar no sólo la mente, sino también el espíritu humano y jurídico de todos aquellos que les interesa - esta materia.

La creación, su aplicación, el conocimiento de esta materia, obligará a los juristas a mejorar el nivel del derecho de cada país, valiéndose de instituciones y de las experiencias de otras legislaciones.

La propia historia ha demostrado que el interés de conocer legislaciones extranjeras ha surgido desde que el derecho existe, y éste, como una obra e ingenio del hombre se da desde que la conducta del humano se plasma en todo tipo de documentos, materiales e ideas y manifestaciones jurídicas.

co y derecho privado, con las diferentes ramas existentes, como derecho civil, o derecho mercantil, y que a la luz de otros sistemas veremos que son inexistentes, por lo que aparecen otro tipo de clasificaciones y conceptos, como es el caso del sistema inglés, en cuyas divisiones son completamente desconocidas, de tal forma que ellos consideran a nuestro sistema como civilistas.

Veremos que esta serie de diferencias va a marcar una tajante división y concepción de la formación de las estructuras jurídicas que van a conformarse dentro de un sistema. Por lo que la infraestructura jurídica que conforme a un sistema se apartará de un derecho a otro, e incluso dentro de países que pertenezcan a un mismo sistema jurídico van a existir algunas diferencias que le darán cierta particularidad a cada uno de ellos.

Por lo que entonces tendremos que analizar a cada sistema jurídico, y compararlo con otros, utilizando un método científico que hará que al generar el derecho comparado se haga en forma científica y metódica, por lo que al hacer esto, podremos tener una visión general de los diferentes sistemas y podrá hacer una minuciosa tarea de selección de las figuras jurídicas existentes en los diversos sistemas jurídicos, y de acuerdo al desarrollo que presente un país, su idiosincrasia, valores, costumbres, etc., ver qué beneficios

puede presentar el conocer ese sistema extranjero y así poder desarrollar el nuestro, ya sea dentro del derecho interno o su proyección hacia el campo del derecho internacional.

De tal manera que el derecho comparado nos ayudará a conocer, a mejorar y perfeccionar no sólo nuestro derecho, sino que permitirá el desentrañar las otras disciplinas de las que se sirve la ciencia del derecho, para hacer de ésta una ciencia en que se apoyen otras diferentes ciencias sociales, como son la sociología, la economía, la ciencia política, etc.

De acuerdo a esto, entonces debemos los estudiantes, así como todas aquellas personas que están relacionadas con el derecho, el estudiar el derecho comparado como parte de la ciencia jurídica y no verlo de acuerdo a la opinión de un eminente jurista mexicano como lo es el Doctor Héctor -- Fix Zamudio, como una materia "exótica".

## CAPITULO PRIMERO

### 1.1.- ORIGEN Y DESARROLLO DEL DERECHO COMPARADO

La idea de conocer legislaciones extranjeras surge desde tiempos muy antiguos, es una disciplina que tiene pergaminos- (1), ya que el estudio del derecho comparado fué un atractivo para todos los estudiosos del derecho, pero el derecho comparado se diferencia del estudio de los derechos extranjeros -- que abarca éste, sólo una parte del derecho comparado, es al- decir de Lambert (2) "el estudio de uno o de varios derechos- extranjeros no es derecho comparado, aunque se haga en forma- paralela no es derecho comparado."

Dichos términos se especificarán y diferenciarán más adelante, por lo pronto nos interesa que dichos conceptos no se confundan para poder así hacer una clasificación de las diferentes etapas que ha sufrido esta materia, ya que utilizaremos la división que hace Sola de Cañizares (3) al dividirla -

---

<sup>1</sup> Sarfatti, Mario. Introducción al Derecho Comparado, pág. 8.

<sup>2</sup> La Funtion du droit Compare. París 1903 pág. 99.

<sup>3</sup> Sola de Cañizares, Felipe de. Introducción al Derecho Compa- rado. Pág. 47.

en tres etapas que son: la de los Precursores, la de los Iniciadores y la de los Comparatistas.

La primera etapa, comprende las primeras actividades en lo que se refiere al conocimiento del derecho extranjero, - , abarcando varios siglos de antecedentes esporádicos, hasta -- que en el siglo XV, se suceden las obras con fines polémicos, históricos, filosóficos, o sociológicos, con autores especialmente ingleses en los siglos XV y XVI, cerrándose esta etapa en el siglo XVII con Montesquieu y Feurbach, siendo todos estos antecedentes dispersos y heterogéneos, pero se practica - la comparación.

En la segunda etapa se generalizan autores especialmente en Alemania, Francia e Inglaterra, que inician diversas actividades en lo que se refiere al derecho extranjero; se publican ya algunas revistas especializadas, aunque con finalida--des prácticas y no científicas. A estos iniciadores prácti--cos, surgen otros de tipo científico vinculándolo a la historia y a la filosofía, y ambos prácticos y científicos terminan iniciando la organización de los estudios de derecho comparado, creándose ya revistas científicas, es pues el siglo - XIX, en que surgen no sólo en Europa, sino también en América estudios de la materia que crean el ambiente propicio y los - medios adecuados para culminarlo en el "Gran Congreso de Pa--rís de 1900".

La tercera etapa, se inicia con la celebración del Congreso de París, en este congreso surgen grandes comparatistas como Lambert, Levy-Ullman, Pollock, Kohler, etc., y es a partir de este congreso en que se organizan y se crean asociaciones, cátedras, institutos, revistas, etc. Pero al mismo tiempo que se multiplican las tendencias y las escuelas, se definen en el derecho comparado en razón de la función que cada comparatista le asigna. Esta etapa los autores ven el estudio como una ciencia diferenciada que estudia el derecho vigente en los países civilizados y que pueden tener las más diversas funciones dadas, así como aplicaciones desarrolladas - especialmente por Gutteridge quien domina la noción contemporánea de la nueva ciencia comparativa.

#### 1.1.1. LOS PRECURSORES

Desde tiempos muy antiguos se ve una influencia por el estudio de los derechos extranjeros, se dice que Solon y Licurgo hicieron una recopilación de diversas legislaciones el cual fueron el inicio de los principios que inspiraron la ley de las doce tablas, y que el *ius gentium* era el derecho común para las personas de nacionalidad diferente de las de Roma, - incluso en las fricciones que se daban entre vencedores y vencidos actuaron las leyes romanas y las de los pueblos germánicos invasores, por lo que se podría establecer la existencia-

de un sistema comparado para los germánicos (4). Sin embargo, puede citarse como primer ensayo de legislación comparada la "Collatio Legum Romanarum at Mosaicarum", probablemente del siglo IV, y que se refiere al Derecho Romano y al Derecho Judáico.

Durante la Edad Media, se da una etapa de esterilidad para este tipo de estudios, y aunque se intenta elaborar estudios a base de derechos Romanistas Canónicos y Longorbardo, no puede decirse que se hiciera derecho comparado ya que sólo eran glosas las que en esa época imperaban.

#### 1.1.1.1. Los Precursores Ingleses

Los juristas ingleses fueron los que pusieron en una situación más favorable a sus estudios, en virtud del carácter original del Common-Law, ya que fue hasta el siglo XVII en que se realiza en forma crítica el estudio de la materia (5), de la cual el derecho inglés afirma su unidad separándose del derecho Canónico Romano, así que divide el estudio crítico -- por razones de orden político, y el jurista inglés desconfía de los derechos extranjeros y es el primero en realizar estudios comparativos, siendo los más representativos los siguientes:

---

<sup>4</sup>Cano Llopis Manuel. Introducción al Derecho Comparado. pág. 20.

<sup>5</sup>Gutteridge H.C. en Estudios del Derecho Comparado. pág. 15.

Fortescue, traza un escrito que pone de manifiesto el paralelismo en el derecho inglés y el derecho francés, haciendo un estudio comparativo de las principales instituciones judiciales y jurídicas, así como con el derecho continental.

Otro inglés fué Saint-Germain, que hace una exposición comparativa del Common-law y el Derecho Canónico apoyado en principios del derecho natural desarrollada en su obra "Doctor and student", contribuyendo al desarrollo de la equity inglesa.

En 1602 William Fulback hace un estudio del derecho romano y el canónico con el common-law, siendo ésta sólo una exposición paralela de derechos, ya que para el jurista Pollock, establece que al realizarse sin ningún método no puede ser catalogado como derecho comparado.

Francis Bacon, propone al rey Jacobo I estableciera un libro con dos columnas que contendrían una comparación del derecho Inglés y el derecho Escocés enmarcando sus diferencias, obra que no fué de manera trascendental.

Los últimos juristas ingleses son John Selden, quien subraya la importancia y necesidad de los estudios comparativos, haciendo comparaciones basándose en los derechos occidentales y orientales, por lo que se le considera que aisla el contenido de las instituciones inglesas de su época y, Lord Manfield

quien con sus estudios de derecho romano y francés revitaliza el derecho inglés "common law".

#### 1.1.1.2. La Aportación Francesa

Montesquieu, es para muchos estudiosos de la materia uno de los verdaderos precursores del derecho comparado, que en su obra "El Espíritu de las Leyes", comprende que una regla de derecho no debe ser considerada en la historia como una -- abstención de la abstracción (6), sino debe ser encuadrada en su historia y dentro del medio social en que funciona. Diferenciándolo del método de Grocio y Vico, utiliza el método de la observación objetiva y la comparación de las instituciones jurídicas, identifica las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas, utiliza las diferencias legislativas y busca sus causas en la sociedad, la historia y la política, así como las costumbres y todos los factores que -- circundan a los hombres, ya que estas causas explican por que las leyes son propias de cada pueblo. (7)

Montesquieu aplica el método empírico e histórico, que mantiene el análisis en un marco de realidad alejándolo de -- cualquier especulación. Examina las formas de gobierno, las instituciones y los sistemas jurídicos políticos, creando un-

---

<sup>6</sup> Este método de la observación es realizado por Selden. Cf - Leontin Jean Constantinesco. Tratado de Derecho Comparado.- Vol. I. pág. 92.

<sup>7</sup> Constantinesco, ob. cit. pág. 95.

tipo de método experimental y comparativo, aunque tiene algunas deficiencias e insuficiencias se le critica especialmente porque la información utilizada proviene de libros y establece premisas no comprobables, basándose en los hechos y las deducciones, abusando del método deductivo y desconociendo el método histórico, llegando a falsear la verdad, compara cosas incomparables, pues pertenecen a pueblos e historias muy distintas.

#### 1.1.1.3. La Aportación Holandesa

Hugo Grocio en su obra "De jure belli ac pacis", establece las bases del derecho natural, siendo éste el fundamento del derecho internacional, del cual también contribuyó enormemente. Señala que en ausencia de cualquier autoridad dotada de poder de coerción, existía un derecho supranacional, basando su obra en el conjunto de experiencias humanas expresada por la tradición teológica, romanista e histórica. Cree en ciertos principios e instituciones jurídicos, que se encuentran en todos los órdenes jurídicos. Debido a sus conocimientos enciclopédicos estudia los derechos extranjeros de distintos estadios jurídicos, tomados de la tradición moral canonista, con el objetivo de fundamentar su teoría.

#### 1.1.1.4. Las aportaciones de Italia y Alemania

Vico en Italia y Leibniz en Alemania, toman conceptos universalistas del mundo, al tratar de explicar la historia de la unidad, no como una noción abstracta, sino como una unidad universal, ya que por un lado Leibniz considera a la historia universal como el marco de la historia del derecho, creyendo en la observación como el fundamento de los hechos jurídicos reales, por lo que considera que el derecho romano, no es la única fuente del derecho, esto es, busca el derecho -- real de los pueblos el cual no debería ser establecido de manera deductiva y abstracta, por lo que sería más propiamente una dimensión histórica y universalista.

Vico ve en el concepto universalista la realización de un verdadero sistema de filosofía de la historia, con la concepción de hacer protagonistas a los pueblos de la cultura y dar a la historia un movimiento cíclico. En cuanto a la historia de los pueblos, que pasa por los ciclos que presentan a las mismas etapas del desarrollo, cree que las leyes de los pueblos se basan en el buen sentido de la humanidad, y son -- originariamente idénticos; sus ideas constituyen el punto de partida de una corriente científica, que despertaría un profundo eco en los espíritus de Europa.

Todos estos antecedentes hacen que en la historia se establecieran antecedentes para la creación del método compara-

tivo, pero ésta, no podía surgir antes de que se dieran ciertas condiciones necesarias para su surgimiento y esto provocaría una forma distinta de concebir el derecho, ya que habría que liberarse de la teología y otras influencias ajenas al derecho. (8)

### 1.1.2. LOS INICIADORES

Esta etapa se desarrolla en el siglo XIX en que aparece el derecho comparado como un método más o menos sistemático, y en Europa donde especialmente se desarrolla, se crean cátedras y revistas especializadas, así como la idea de traducir leyes de diversos países.

En Francia en 1831 se crea una cátedra de historia y filosofía de las legislaciones comparadas, aunque no a nivel universitario, en 1847 en París se crea la cátedra de derecho criminal y penal comparado.

En Italia se publica una crítica de la legislación comparada en 1856, así como en Inglaterra se publica en 1861 la obra de "Ancien Law" donde se expone la historia del derecho en el tiempo y en el espacio.

---

<sup>8</sup>Constantinesco. Ob. cit. pág. 122. Se le considera como una rama del derecho al establecer que no podía existir un derecho comparado.

En el año de 1869 se crea en París la Sociedad comparada de París, donde se intensifica el estudio del método comparativo, así como una revista "Anuario de Legislación Comparada" en la que se traducen las principales leyes.

En esta etapa se extienden y se intensifican los trabajos legislativos, así como las cátedras y las revistas especialmente en Alemania, Inglaterra, Francia, España e Italia, así como una gran serie de organismos y organizaciones que harán que se den las bases para la creación del derecho comparado.

Pero estos estudios ya se empiezan a extender a América, especialmente a las universidades norteamericanas, así como se da en los países latinos. (10)

### 1.1.3. LOS COMPARATISTAS

Para muchos autores, es en el año de 1900 en que se da al derecho comparado la calidad de la cual se ha hecho merecedor, y donde surgen los grandes autores del derecho comparado en la que sus obras han servido de guía para la creación de tal materia; así surgen las figuras de Lambert, y Saleilles en Francia, en donde estos autores tratan de descubrir los --

---

<sup>10</sup> Sola de Cañizares Felipe. Ob. cit. pág. 62.

principios jurídicos universales, así como la formulación de reglas para países que tengan un mismo nivel de civilización, asimismo, se crea el instituto de derecho comparado de la Universidad de París.

En Alemania Ernest Rabel, funda el Instituto de Derecho Comparado en Munich, donde se estudia el derecho privado extranjero, así como el público, y la publicación de revistas - especializadas (11).

En Italia Mario Sarfatti, inaugura una cátedra de Derecho Comparado, en Turín así como en Nápoles se crea una cátedra de derecho privado comparado, y del Vecchio crea su tesis sobre la ciencia del derecho universal comparado; así también en este país surgen una serie de revistas especializadas y de institutos que van a fortalecer a la materia.

En el resto de Europa siguen surgiendo una serie de autores, revistas, e institutos que van a darle una forma ordenada a la materia, en esta época encontramos ya organismos internacionales que se harán cargo de realizar estudios comparativos, organismos e institutos europeos que prevalecieron hasta la segunda guerra mundial en que se suspenden toda clase - de actividades legislativas comparativas. (12)

Pero después de terminar esta guerra y que la situación-

---

<sup>11</sup> Ibidem, pág. 65.

<sup>12</sup> Ibidem, pág. 67.

política y geográfica de muchos países fue modificada, algunos de ellos tienen la imperiosa necesidad de volver a retomar esta materia, de tal manera que ya algunos institutos europeos cuentan con una bibliografía extensa, y hay la creación de obras jurídicas que hasta nuestros días han sido la base y apoyo para el estudio de esta materia. (13)

En América también ya hay un marcado interés por estos estudios comparativos, así se dan en Norteamérica una serie de obras en universidades como la de Tulane, y la realización de revistas e instituciones tanto privadas como gubernamentales que se encargaran de realizar obras comparativas. (14)

Para esta época América Latina ya cuenta con escuelas, revistas e institutos en todos los países latinoamericanos; así se dan en Argentina, Brasil, Ecuador, Chile, Perú, así como hay algunos grupos de la Sociedad de Legislación comparada de París.

---

13. Ibidem, pág. 78.

14. Ibidem. pág. 79.

## 1. 2. LAS ESCUELAS DEL DERECHO COMPARADO

Como una disciplina jurídica, el Derecho Comparado - - cuenta con una gran serie de tendencias o escuelas que han - tratado de explicar su naturaleza, esta serie de escuelas -- son extensas y muy variadas, las cuales al tratar de estu - diarlas y analizar a cada una de ellas sería un trabajo gi - gantesco, por lo que de forma por demás breve trataremos de - establecer estas corrientes respecto al Derecho Comparado.

Así como el historiador ve a la historia tratando de ex plicar sus diferentes etapas, el comparatista se propone exa minar el derecho existente a su alrededor, haciendo de éste - el marco que le servirá para estudiar algunas escuelas que - serán las primeras que se interesarán por la ciencia del de - recho y que de alguna manera realizarán estudios comparati - vos, aunque no con una técnica jurídica muy avanzada.

### 1.2.1. ESCUELAS HISTORICAS

#### 1.2.1.1. Escuelas de Pavia y de Bolonia

En la edad media en Italia se desarrolla una manifesta - ción de los estudios jurídicos comparativos (15) que se ex--

---

<sup>15</sup> Sarfatti Mario, ob. cit. pág. 10.

tendieron a diversos cuerpos de derecho.

La escuela de Pavía analiza al mismo tiempo el derecho longobardo, el derecho romano y el derecho canónico, comprendía en sus investigaciones todos estos variados elementos, ya que por un lado los partidarios del derecho longobardo preferían el *ius antiqui*, y los partidarios del derecho romano preferían el *ius moderni*, y esto formaba parte del derecho común en la Europa continental de occidente, y constituían las agrupaciones jurídicas más importantes de su tiempo.

En el siglo XI, aquella variedad de derechos cedió el campo a la compilación *justineana* (16), sustituyendo a las fuentes romanas, como fundamento de la época extendiéndose en calidad de *ratio scripta*, a los centros de Europa.

Pero ésta se da por los posglosadores o comentaristas (1260-1500), cuya presencia de Bartoldo de Sassoferrato se les conoció como Bartoldistas.

En Alemania se valen también del derecho romano como medio para desenvolver su derecho local, pero sólo para enmarcar su superioridad de derecho local.

---

16. Iglesias Juan, Derecho Romano, pág. 80.

### 1.2.1.2. La Escuela de los Humanistas

Esta escuela prevalece en el siglo XVI realizando un estudio crítico histórico de las fuentes del derecho, restaurando el antiguo derecho romano clásico (mos gallicus) dedicado al estudio doctrinal.

Esta escuela prevalecerá en toda Europa ya que se desarrolla en Alemania por Zasio (17), en Italia por Alciato, en Francia por Cuiacio y Donello y en Holanda por Voet.

Esta escuela humanista, fue creadora de la escuela de los juristas nacionales (18), dedicados a la investigación científica y a la aplicación práctica de las leyes nacionales y al estudio del derecho Romano paralelamente.

Así estas recopilaciones locales se llevaron a cabo en Francia por Michel de l'Hospital y Charles Demoulin, y en España por Espinoza, siendo estas recopilaciones tan importantes como el propio Corpus Iuris Civilis y el Corpus Iuris -- Canonici (19).

En Holanda sin duda alguna fué la obra de Grocio el que

---

17. Molitor-Schossler. Perfiles de la nueva historia del derecho privado, pág. 32.

18. Sarfatti Mario. Ob. cit., pág. 17.

19. Ibidem, pág. 19.

da la forma a lo que se conoce como derecho Romano Holandés, fusionado con elementos germánicos y fundar el derecho natural, en la naturaleza humana y en la razón, alejándolo del concepto de derecho divino.

En Alemania la nueva tendencia se funda sobre el *usus modernus juris romani in foro germánico*, por Herman Conring, asimismo se desenvuelve en Inglaterra y en Italia.

### 1.2.1.3. La Escuela del Derecho Natural

La doctrina jusnaturalista que dominó en los siglos XVII y XVIII, elabora sus principios de derecho mediante deducciones de tipo universal, y sobre ella fundan la doctrina con independencia de otra escuela.

Grocio (20) se vale de estudios comparativos para realizar y buscar los principios universales sobre distintos sistemas jurídicos, y Leibniz propone realizar una investigación universal comparativa del derecho, manteniendo con la idea del imperio romano y del derecho romano común, que él, sin embargo para fines didácticos simplificó en el sentido del derecho natural, sistematizándolo y logrando codificar como derecho privado del imperio. (21)

---

20. Molitor-Schösser. Ob. cit., pág. 51.

21. Ibidem, pág. 54.

Estos autores tratan de establecer la importancia de los estudios comparativos pero tratando de encuadrarlos dentro de un marco de derecho natural, teniendo el atributo que sus ideas son originales y muchos de estos autores fundan -- las bases para la creación del que ahora conocemos como derecho internacional, que se basa en crear normas de índole jurídicas aplicables y comunes a varios estados en una comunidad internacional, así como una de las necesidades del derecho comparado como lo es la unificación legislativa.

#### 1.2.1.4. Escuela Histórica

Esta escuela basa su doctrina en una oposición a la legislación, ya que la evolución legislativa que se alcanza en la escuela del derecho natural, provoca una evolución legislativa (22), se producen con independencia de la voluntad humana y de forma espontánea, con una orientación hacia las -- exigencias humanas y basada exclusivamente en el derecho romano, por lo que se negaba la existencia del derecho comparado, aunque esta tendencia se observó propiamente en Alemania.

Así de esta forma que anteriormente habíamos señalado -- como breve, nos remitiremos ahora a tratar de hacer de manera muy general una exposición de las distintas escuelas o --

---

22. Ibidem, pág. 80.

tendencias que tratan de explicar y establecer dentro de esta materia, las distintas concepciones filosóficas. Así siguiendo las clasificaciones que ya previamente han realizado Neojiro Sujiyama (23), Eduard Lambert (24), que las clasifican de acuerdo al fin, al objeto y al desenvolvimiento histórico.

## 1.2.2. CLASIFICACIONES DE LAS ESCUELAS DEL DERECHO COMPARADO

1.2.2.1. Las escuelas que tienden a establecer la esencia fundamental del derecho, o bien, las leyes o ritmos de la evolución.

### a) Primera Clasificación

Escuela de la jurisprudencia etnológica. Representada principalmente por Post y Kohler.

Escuela de la jurisprudencia comparada, de los diversos grupos de derecho, es decir del método comparativo, que toma por unidad de comparación cada familia de un mismo tipo de legislaciones nacionales; tendencia representada bajo formas diversas por Bushige, Hozumi, Tarde, Esmein, Levy-Ullman y Wigmore.

Escuela de la filosofía comparativa del derecho, repre-

23. Neojiro Sujiyama. Ob. cit. pág. 45 y sigs.

24. Eduard Lambert. Introduction a l'etudie du droit compare. pág. 135 y sig

sentada por Le Fur, y del Vecchio.

Escuela que tiende a establecer los principios generales del derecho, comunes a las naciones civilizadas, invocados -- por el artículo 38 del estatuto del Tribunal Permanente de -- Justicia Internacional y el artículo 28 del acta general para resoluciones pacíficas de los conflictos internacionales de - 1928, elaborados por el Instituto Internacional para la Unifi cación del Derecho Privado en Roma.

b) Segunda Clasificación

Escuelas que tienden por fin a investigar el mismo dere- cho positivo y se subdivide en:

Escuela del derecho extranjero. Esta escuela confunde - al derecho comparado con el derecho extranjero, que no es más que una disciplina preparatoria del mismo.

Escuela de la historia comparativa del derecho, y a esta escuela histórica del derecho extranjero, se le clasifica co- mo la ciencia del derecho extranjero.

Escuela que consiste en hacer la comparación del derecho nacional, clasificados por los estados, sin embargo, esta es- pecie de estudios no es más que uno de los procedimientos pa- ra el derecho comparado.

Escuela que tiende a la clasificación de los conceptos jurídicos, y a clasificarlos por categorías, preconizadas -- por Roguin, pero como la mayor parte de los comparatistas, -- no pudo considerar que el fin del derecho comparado sea la clasificación de los conceptos jurídicos en categorías y éste no es más que un método del método comparativo.

Escuela de la jurisprudencia comparativa de los diversos grupos de derecho.

Escuela que tiende a la investigación comparativa, se da de acuerdo a los principios generales del derecho común a las naciones civilizadas.

c) Tercera Clasificación

Escuelas que tienen por fin hacer efectivos los progresos del derecho positivo.

Escuela de la ciencia nacional del derecho comparado.

Escuela de la ciencia nacional absoluta del derecho comparado, representada por Montesquieu, Meilli Nussbaum y Niboyet.

Escuela de la ciencia nacional relativa del derecho comparado, y representada por Sailles.

Escuela de la ciencia universal del derecho comparado,-

denominada también ciencia nacional del derecho.

Escuela de la ciencia universal absoluta del derecho - comparado, aunque hay pocos autores que sostengan esta tendencia es representada principalmente por Grasseire y Consenti.

Escuela de la ciencia universal del derecho comparado, - esta corriente representa, en la época actual, la tendencia predominante del derecho comparado, en donde sobresalen Lambert, Levy-Ullman, Gutteridge, Rabel, etc. Desde ciertos -- puntos de vista, pueden colocarse asimismo, Saleilles, Neojiro, sostenedores de esta tendencia. Haciendo notar que existen en la doctrina de estos autores, numerosos matices, bastante marcados que distinguen a unos de otros autores. Al mismo tiempo no existe demarcación estricta entre la ciencia nacional relativa del derecho comparado y la ciencia universal relativa del derecho comparado, sólo diferencias de rango separan a esta escuela.

Ahora bien, de acuerdo a Neojiro (25) si se admite la tesis del particularismo nacional, y la de su corolario, el derecho comparado en particular, la comparación entre un derecho nacional y otros derechos nacionales sería absurdo. - Por lo que la escuela histórica concluye en negar la razón -

---

25. Neojiro Sujiyama. Concepto y Métodos del Derecho Comparado, pág. 52.

de ser del derecho comparado. Y si se admite la tesis del - derecho universal y la del derecho comparado universal, su - corolario resulte lógico, al buscar un sistema jurídico uni- versal, mediante la comparación de los derechos nacionales, - siendo incomparables el derecho comparado con el particula- rismo nacional, así como la escuela histórica y la cual no - puede existir teóricamente.

1.2.2.2. Otra clasificación que se hace en cuanto a las escue- las, es la que se desarrolla atendiendo al objeto buscado -- por el derecho comparado.

a) Primera Clasificación

Se establece, según que se limite a la comparación de - las legislaciones, de sistemas o tendencias similares o que- se extienda, por el contrario, esta comparación a legislacio- nes de tipo diferente.

b) Segunda Clasificación

Constituida por la escuela que tiende a la comparación de las legislaciones en su conjunto y por las que se preocu- pan solamente de la comparación de materias determinadas.

### Tercera Clasificación

Escuelas que estudian únicamente las relaciones jurídicas internas y aquellas otras que consideran a la vez las relaciones jurídicas internas y externas.

Escuela que estudia únicamente las relaciones jurídicas internas, se tenía antes en la ciencia jurídica la idea de que el comercio jurídico interno y las relaciones jurídicas de él nacían, constituyeran todo en la relación del derecho. Hacia de ellos el objeto únicamente del estudio legislativo e interpretativo del derecho. El derecho comparado no era considerado más que una disciplina jurídica comparativa de los medios de solución en cada legislación para la reglamentación de las relaciones internas, y que en consecuencia, -- era un medio complementario de la ciencia jurídica.

Escuela que considera a la vez las relaciones jurídicas internas o nacionales y externas, o internacionales. En la vida actual, existe al lado de las relaciones jurídicas internas, relaciones jurídicas externas o supranacionales, procedentes del comercio jurídico internacional, cuyo campo se amplía de un día a otro. Sucede pues, que para regular las situaciones externas o supranacionales, no se debe atender demasiado a los métodos que están destinados únicamente a la reglamentación de las relaciones jurídicas internas o nacionales.

1.2.2.3. Existe otra diversidad de tendencias o escuelas del derecho comparado, atendiendo al método que se emplea para analizarlo y dichas posturas se dividen en:

a) Primera Clasificación

Se hace atendiendo a la practicidad del mismo.

Escuela práctica, persigue la realidad presente y se preocupa por el método práctico que se realiza, es el método utilizado por la gran mayoría de los comparatistas, debiendo sobre un fondo teórico, tender a preocupaciones prácticas.

Escuela teórica, tiende a considerar esencialmente el porvenir lejano, y a investigar el fundamento teórico del derecho.

b) Segunda Clasificación

No existe ningún derecho comparado, que no exija una comprobación positiva, comparativa y sistemática; que consista en suma, en investigar la sustancia del derecho vigente, para observar los que se derivan de ella y las circunstancias sociales que se encuentran detrás de ese derecho. Sin embargo, en lo que atañe a los métodos existen dos ramas del derecho comparado.

Escuela del positivismo puro. Se pueden colocar en - -

ella diversas escuelas que tratan de establecer la esencia del derecho, así como las diversas escuelas que tienen por fin investigar el derecho positivo.

Escuela positiva del libre arbitrio. Las diversas corrientes que tienden a hacer efectivos los progresos del derecho positivo, aplican métodos que, si se parte de la misma comparación material, concluye en el libre arbitrio jurídico, es decir en un método que consiste en emitir un juicio sobre el valor del derecho vigente y en establecer una ideal destinado a formar política jurídica.

#### c) Tercera Clasificación

Abarca a las escuelas legislativas y escuela interpretativa. En cuanto a los medios de realización comparativa del libre arbitrio, no existe, en la época de la éxegis, más que la escuela de la legislación comparada simple. Pero son raros hoy los comparatistas que descuidan los métodos interpretativos comparados, en tanto existen paralelamente con los métodos legislativos comparados. Para poder entenderlos los clasificaremos en:

##### c.1. METODOS DE LEGISLACION COMPARADA

Legislación comparada del derecho nacional.

Legislación comparada para formación del derecho mundial.

Legislación uniforme y obligatoria para cada país, por la conclusión de un trabajo o tratado; tratados que rigen a la vez las relaciones jurídicas internas y externas, tratados que persiguen únicamente la reglamentación de las relaciones jurídicas externas.

Legislación uniforme facultativa.

Legislación casi automática por medio del contrato tipo, de acuerdos corporativos internacionales.

#### c.2. METODO DE INTERPRETACION COMPARATIVA

En virtud de que la escuela de la *éxegis* obstaculiza el desenvolvimiento del derecho comparado, la interpretación -- flexible del derecho constituye, una de las condiciones requeridas por las disciplinas, y se desarrollan propiamente en la escuela de la interpretación evolutiva, fundada por Sa leilles, y la escuela de la libre investigación científica -- comparada y que es fundada por Francisco Geny.

### 1.3. LA TERMINOLOGIA JURIDICA EN EL DERECHO COMPARADO

Siempre que vayamos a expresar una idea debemos de partir de una premisa; esto es, que la idea que intentamos comunicar llegue de manera correcta.

Dentro de las ciencias jurídicas, y especialmente dentro del derecho comparado la tradición ha marcado una serie de diferencias que han sido y se han dado por diferencias de tipo político, religioso, social, e incluso geográficas. Así Montesquieu (26) señala..." Las leyes deben de ser de tal modo adecuadas al pueblo para el que se hacen que es una gran casualidad el que una nación pueda convenir contra. Las leyes deben de estar en relación con la geografía del país, con el clima caluroso o templado, con el género de vida del pueblo - agrícola, cazador o ganadero; deben de estar de acuerdo con el grado de libertad que puede sufrir la constitución, con la religión de sus habitantes, sus riquezas, su comercio, sus -- costumbres, su manera de vivir, etc. Estas relaciones es lo que se llama el espíritu de las leyes". Así vemos que van a existir una gran variedad de ordenamientos jurídicos tanto como estados existan, en la que el idioma (27) va a marcar una

26. Montesquieu. El espíritu de las leyes. Libro I cap. III pág. 6.

27. Gutteridge H. K. Introducción al Derecho Comparado. pág.-- 245.

primera causa de la división de la humanidad, creando la división de los sistemas jurídicos y provocando que se den una -- gran diversidad de usos y de términos jurídicos, que van a -- provocar el distanciamiento y desconocimiento de los estudios jurídicos extranjeros, ya que las actuales tendencias jurídicas están encaminadas a la propagación de un derecho nacionalista, olvidándonos que existen otros sistemas que podríamos apoyarnos y obtener beneficios en nuestro derecho.

Por lo que hay algunos estudiosos del derecho comparado que han intentado establecer un vocabulario común para la realización de los estudios comparativos. Así Gutherige (28), -- señala, "Así el médico, el farmacéutico, el matemático, etc., emplean términos que son comunes en el mundo científico a desarrollar, mientras que los estudios jurídicos comparativos, el uso de la terminología jurídica que va a estar de -- acuerdo a cada país, e incluso esta misma diferencia se ve -- marcada en una ley o reglamento de un mismo país". Lo que va a provocar problemas de tipo interpretativo (29), y que repercutirá directamente en el abogado, el catedrático universitario, el juez, etc., para comprender la esencia de la figura jurídica de que se trata, haciendo que su entendimiento pueda ocasionar y de hecho ocasione problemas para su estudio.

---

28. Ibidem, pág. 246.

29. Respecto a la interpretación ésta se realizará en capítulo aparte.

Así podemos señalar que para compenetrarse dentro de una terminología jurídica adecuada, hace falta tener conocimiento del vocabulario jurídico del país en que el comparatista vaya a realizar sus estudios, o del sistema jurídico a comparar, necesitando en primer lugar el conocimiento del idioma del que se trate; este conocimiento debe ser de manera profunda y sistemática dominando perfectamente el idioma, así Batista (30) señala "parecerá quizá superfluo a este instrumento -idioma- que más debería estimarse como un principio fundamental y elemental o presupuesto implícito en el de recho comparado", por lo que se le considera que el uso y co nocimiento del idioma es un requisito sine-qua-non, para poder realizar estudios comparativos, proponiendo además que debiera intensificarse el estudio de lenguas extranjeras en los diversos países y enfocar este conocimiento a la ciencia del derecho, por lo que debiera existir cursos para poder co nocer la terminología jurídica, repercutiendo esto directamente para que el comparatista utilice los materiales adecuados para poder realizar su labor y evitar traducciones malas que repercutirán en su trabajo de investigación.

Así este conocimiento o desconocimiento es una parte im portante para el uso de la terminología jurídica pues David-

---

30. David Rene. Los Grandes Sistemas. pág. 194.

(31) establece que "cuando uno entra a un país socialista los conceptos de propiedad privada se ven modificados por conceptos de propiedad familiar o estatal, y que el adjetivo socialista es a los ojos de la juristas soviéticos la legitimación de la obligación de obedecer las leyes confiriéndole el sentido de legalidad (32), así como la palabra "posesión" empleada en todos los sistemas jurídicos del derecho occidental, pero su significado no es siempre el mismo, así las diferencias de posesión del derecho inglés son distintas a las de derecho francés (33), por lo que al hacer uso de esta clase de "términos" debe de hacerse con las reservas oportunas, ya que hay palabras que son utilizadas en ambas legislaciones pero no significan lo mismo.

Como estos ejemplos, podríamos ir dando una serie por demás abundante de diferencias, de términos jurídicos, e incluso esta diversidad se da no sólo en los diferentes sistemas o familias jurídicas, sino que éstas existen dentro de una misma familia como es el caso de la familia jurídica ro-

---

31. David Rene. Los Grandes Sistemas. pág. 194.

32. Ibidem. pág. 147.

33. Gutteridge H. K. Ob. cit. pág. 246. Al establecer la diferencia del derecho francés con el inglés es porque este autor analiza este derecho, pero la diferencia de sentido que el da a la palabra "posesión" con el derecho inglés es de igual forma con nuestro derecho en virtud de que éste sigue al modelo francés.

manista, ya que en México, Alemania o Suiza puede darse un -derecho federal a un derecho cantonal (34), y en Alemania -- una forma de caducidad denominada -verwirung- (35), en México una figura denominada ejido y en Suecia una institución -denominada Obudsman.

Otro punto que es de vital importancia, es el del conocimiento de las fuentes del derecho admitidas por los juristas del país del cual vaya a realizarse la investigación, ya que ésta debe de estudiarse como lo haría un jurista de ese país, debiéndose guiar por los principios que rigen al historiador del derecho, ya que el comparatista debe de ubicarse de acuerdo a la ideología, idiosincrasia, valores, costumbres, etc. como lo haría un jurista nacional, no debiendo de pensar que los procedimientos técnicos de investigación y de interpretación a que se haya habituado tengan un valor universal.

### 1.3.1. La Importancia de la Terminología Jurídica

Esta importancia se puede ver cristalizada en el manejo del derecho internacional, y en la aplicación de los acuerdos internacionales.

La redacción de un tratado en dos o más idiomas acarrea

---

34. David Rene. Ob. cit. pág. 68.

35. Literalmente podría significar "perder" o "acción de perder".

problemas de tipo interpretativo, y así como contradicciones y obscuridades, ya que a menudo los tratados se redactan en una sola lengua (36), y posteriormente se realizan las tareas de traducción, proceso que involuntariamente puede deformar las verdaderas intenciones de sus autores, ya que éstos tienen en sus mentes las ideas jurídicas de sus propios sistemas y otorgan un concepto que nunca estuvo en la mente de sus autores.

Otro problema es cuando la palabra utilizada no significa un objeto concreto (37), sino la creación mental del traductor debe, ser dirigida al concepto o ideas que aquellos surgen en su propio idioma (38), y después habiendo fijado claramente este concepto o idea debe expresarlo con propiedad y proividad, en las palabras del idioma en que se ha de realizar la traducción.

### 1.3.2. Los tratados que se redactan en varias lenguas

Las diferencias de idioma a veces pueden originar conflictos dentro del derecho internacional, como en el derecho interno; dentro del derecho interno se podrá dar en estados-

---

36. Gutteridge. Ob. cit. pág. 247.

37. Estos problemas se encuentran en todos los idiomas ya que no existe una traducción literal.

38. Gutteridge Ob. cit. pág. 249.

en donde predominen dos o más idiomas (39) debido a cuestiones de tipo cultural, social o países en que la influencia de residentes haga que se encuentren una pluralidad de idiomas y tenga que ocasionar que se redacten en varios idiomas la legislación o los ordenamientos jurídicos.

Por lo que los redactores de los tratados internacionales, deben ser peritos en la materia, así como Gutteridge,-- (40), considera que se deben de adoptar medidas de acuerdo a la historia del derecho inglés, en que es la adopción de un idioma único, como lo es el latín.

Ahora bien el problema de la terminología jurídica, dentro de la aplicación del método comparativo, es primordial-- en virtud de que para poder aplicar dicho método es necesario el buen manejo del idioma del cual se van a realizar los estudios, aunque estas diferencias también pueden darse en sistemas de la misma lengua, por lo que el comparatista al elegir el tema a investigar deberá hacerlo aunado a los materiales a los que ha de menester utilizar.

Otro factor que ayudaría el buen manejo de la terminología jurídica, sería el uso de un diccionario que debería contener las distintas lenguas más usadas dentro de la termino-

---

39. Este es el caso de Suiza en donde el ZBG (Código Civil -- Suizo" se redactó en alemán, francés e italiano.

40. Respecto a esto hay que señalar que en el derecho romano las compilaciones se redactaron en latín, así como también lo hace el corpus iuris canonis, y el derecho inglés (Sistema Judicial Inglés) se llevaron los juicios o litigios-- en latín durante siglos.

logía jurídica, por lo cual traería beneficios incalculables para la investigación dentro del derecho comparado. Actualmente sólo se cuenta con un diccionario de derecho comparado que está redactado en alemán; por lo que debido a que el idioma no es muy común, y más en los países occidentales, haga que no sea de gran utilidad para los juristas de lengua hispana. Esto anteriormente estudiado lo reduciremos a establecer que dentro de las ciencias jurídicas comparativas, debía de ser adecuado el uso de la terminología para no distorsionar la figura jurídica, y el estudio realizado sea acorde a la legislación en que se realiza ésta, lo que hace que todos aquellos que realizan trabajos de investigación profundas como es el caso de una tesis profesional, establezcan -- dentro de su esquema o tema a investigar un capítulo de derecho comparado sin tener en cuenta todos estos conocimientos, así como las fuentes y las estructuras jurídicas, no será un estudio de derecho comparado, "Sino únicamente parangones jurídicos".

#### 1.4. EL CONCEPTO DE DERECHO COMPARADO

El intentar definir el concepto de derecho comparado no es tarea fácil, ya que éste se ha dado en razón a las circunstancias que rodean a la materia, pues las diversas denominaciones se orientan a vincular el concepto de acuerdo a las distintas corrientes filosóficas o históricas que le dieron origen, así en los países latinos, en los de lengua inglesa y los escandinavos, la denominación de "derecho comparado" es empleado para designar la rama del derecho que estudia la comparación científica y sistemática de los ordenamientos jurídicos. (41)

En los países de lengua alemana la denominación es más adecuada al utilizar el término de "rechtsvergleichung", que indica una comparación de derechos y por lo tanto da una idea más exacta del objeto y la función de la materia que estudiamos, aunque también se emplea la expresión de "vergleichenderecht". (42)

En el siglo pasado la denominación empleada era la de legislación comparada, así durante las primeras cátedras que

---

41. Fix Zamudio Héctor, Derecho comparado en la ciencia jurídica mexicana. LXXV años de legislación jurídica mexicana, V. II. pág. 158.

42. Sola de Cañizares Felipe de, Ob. cit. pág. 95 y 96.

se llevarán a cabo en Francia y España y en las sociedades tanto francesas como inglesas, se les denominaron de "legislación comparada" y Lambert utiliza el término de Legislation compare (43), denominaciones que han caído en desuso.

En los países de lengua inglesa el término utilizado era el de "Comparative jurisprudence", ya que en las cátedras de Inglaterra y en Oxford se denominaban "Historical and comparative jurisprudence" y Pollock tituló su ensayo sobre la historia del derecho comparado "The history of comparative jurisprudence" (44), siendo esta denominación de acuerdo a una concepción filosófica-histórica.

Así entre todas estas denominaciones establecidas surge el término de "derecho extranjero" y, respecto a esta denominación estableceremos, que no es la más indicada, ya que este término sólo encierra aplicaciones de tipo práctico, cuando se hacen estudios microcomparativos o posiblemente microcomparativos, y que no se encaminan a finalidades de orden filosóficas o históricas comparativas, y además no se hace empleando el estudio del método comparativo que es lo que va a nutrir a nuestra materia de un espíritu de cientificidad, así entonces podremos dar la siguiente concepto de derecho extranjero "el estudio de algunos sistemas o figuras jurídi-

---

43. Lambert Eduard. Ob. cit. pág. 103.

44. El término jurisprudence, de acuerdo al vocablo inglés, -- significa "case law".

cas, sin poder precisarlo o establecerlo dentro de una jerarquía de cientificidad y analizando sólo los sistemas jurídicos sin emplear método alguno. "Por lo que de acuerdo a algunos conceptos dados de derecho comparado, como una ciencia -- que estudia las semejanzas y las diferencias, sólo dan una delimitación de lo que es derecho extranjero y no comparado.

Otro problema que entraña nuestra materia, es el de establecer si la denominación de derecho comparado es la más adecuada, ya que siempre hemos entendido por derecho el que establece que es "un conjunto de normas jurídicas coercitivas, y reguladoras de una conducta humana" y así entonces podemos hablar de una conducta o de un derecho civil, penal o mercantil, por lo que Gutteridge, (45) considera que los juristas -- alemanes se percatan de esta denominación, el emplear el término de "Rechtsvergleichung" el cual enuncia el de sólo un -- proceso de comparación y no permite suponer el de la existencia de un conjunto de normas, --las de derecho comparado--, formando entonces una rama especial del derecho.

Lo anteriormente expuesto nos hace ver que el derecho -- comparado no tiene una delimitación en cuanto a su denominación, ni en cuanto a su concepto, que éstos sólo se han dado de acuerdo, como veremos, a la finalidad que se le ha asigna

---

<sup>45</sup> Gutteridge, Ob. cit. pág. 9 y 10.

do, ya sea en cuanto a su objeto o en cuanto a los fines perseguidos.

1.4.1. Los conceptos que se han establecido para denominar al Derecho Comparado

Existe una gran variedad de conceptos que se han dado respecto al derecho comparado, así Constantinesco nos dice (46) "...aparece el fenómeno de una ciencia que se ha puesto de moda y que sigue estando en un estado de hipótesis, ya -- que no obstante que se han postulado una gran variedad de -- conceptos de derecho comparado, no se llega a precisar su naturaleza, en virtud de los diferentes estadios a los que se ha visto inmerso, cambios que a veces han sido verdaderas mutaciones que se han dado de acuerdo a los fines que se quieren alcanzar con él", así vemos que en el siglo XIX los autores intentaban integrar el derecho comparado en un marco universal de evolución o tratar de encontrar las leyes de la humanidad, marcando el principio de la etnología jurídica, -- ciencia que se va a encargar del estudio del derecho enfocando al desarrollo de los pueblos y de las razas.

Así Sola de Cañizares sostiene (47) "que el derecho comparado es, la comparación científica de sistemas jurídicos --

---

46. Constantinesco. Ob. cit. pág. 257.

47. Sola de Cañizares. Ob. cit. pág. 98.

vigentes distintos, o de un aspecto de los mismos y de las causas que los han producido y los efectos que han resultado de los medios respectivos".

Esta comparación está enmarcada a los sistemas vigentes, apartándose de las concepciones históricas, que lo analizan de acuerdo a los diferentes estadios que ha sufrido el derecho, así permite la microcomparación como la macrocomparación.

Asimismo, el autor trata de ver a esta disciplina como una forma razonada de comparar derechos distintos, aclarando que no se trata de un conjunto de reglas aplicables a una materia determinada, sino el de un proceso que puede referirse a cualquier materia.

Por su parte Castan Tobeñas (48) lo ve como "Aquella -- disciplina que utilizamos como materiales de investigación -- determinadas manifestaciones históricas o positivas del derecho trata de poner en relación unos sistemas jurídicos con otros, para fijar los elementos comunes y obtener no sólo finalidades de reconstrucción histórica, sino también otras -- muy variadas, de índole cultural y formativa de alcances interpretativos y de orden crítico y político o de forma".

Este autor ve al derecho comparado en forma muy general,

---

48. Castan Tobeñas José. Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos. pág. 12.

al establecer una reconstrucción de tipo histórico y de tipo cultural, confundiendo la historia comparativa del derecho, con el derecho comparado.

Neojiro Sujiyama (49) nos lo define a su vez como: "La comparación de las disciplinas jurídicas en una ciencia del derecho supranacional apoyada por un derecho natural, tendiente a crear un nuevo derecho nacional o mundial, mediante la comparación sistemática de los derechos e incluso mediante la producción jurídica".

Este autor al establecer al derecho comparado dentro de un derecho supranacional y apoyado en el derecho natural, lo establece de acuerdo a la finalidad que se le asigna, que es el de establecer una unificación universalista, unificación que es uno de los fines que persigue el derecho comparado, pero no es la esencia de nuestra disciplina, a su vez compartiendo su misma tendencia Kohler (50), lo ve como un miembro adecuado de la civilización humana y de examinar su desarrollo para entender el desarrollo de la humanidad.

Gutteridge (51) afirma que el término de derecho comparado designa un método de estudio y de investigación, y que el derecho comparado no es una rama o apartado especial del

49. Neojiro Sujiyama. Ob. cit. pág. 45.

50. Kohler, De la metode du droit comparé, 230 Apud. Ancel -- Marc. Utilite du droit Compare pág. 45.

51. Gutteridge, Ob. cit. pág. 168.

derecho, y asimismo Saleilles (52) lo entendía como un método auxiliar de la crítica legislativa, método que consiste en apreciar y juzgar la ley nacional comparándola con leyes similares o instituciones análogas de otros países. (53), y más adelante sigue escribiendo "El derecho comparado así conocido aparece como una ciencia que se constituye como un estado independiente, con su objeto propio, sus leyes y sus métodos". Por lo que de esto podemos deducir que estos autores no logran descifrar perfectamente lo que es el derecho comparado, remarcando las concepciones de Saleilles, al tratar de descifrarlo de manera arbitraria, como método o ciencia auxiliar, como ciencia o ciencia principal.

Josserand (54), concibe al derecho comparado de acuerdo a la función de revelar la orientación jurídica al establecer "...El derecho comparado constituye solamente el punto de separación de búsqueda de las constataciones interesantes y sobre todo desligar fácilmente a través de la infinita variedad de detalles las tendencias comunes a las diversas legislaciones".

Otras definiciones que siguen las mismas corrientes son las de Bryce, que establece "El derecho comparado estudia --

---

52. Saleilles, Droit Compare, Cf. Constantinesco ob. cit. pág. 267.

53. Josserard. Conception General du Droit Compare, vs. Procés Verbaux. pág. 237.

54. Gallardo Rueda Arturo. Sobre el Concepto y Significación del Derecho Comparado, pág. 45.

las reglas jurídicas en vigor en los países civilizados y analiza de que forma solucionan problemas, que son equivalentes a estos países. Estas definiciones hacen resaltar las diferencias técnicas, pero no logran explicar la complejidad del derecho comparado.

Gallardo Rueda, negando la existencia de ésta como disciplina nos indica que (55) "...que más que hablar de derecho comparado se debe de hablar de método jurídico, siendo un instrumento auxiliar de la investigación jurídica, ya sea histórica, doctrinal o positiva, a los fines unificadores materiales, o de las normas de colisión de todas las disciplinas jurídicas, pero más singular de las del derecho internacional privado".

De acuerdo a todas estas definiciones vemos que existe una gran diversidad de ideas de lo que realmente es el derecho comparado, ya que no existe el criterio uniforme de poder considerarlo como una ciencia, como un método, o una disciplina, por lo que entonces tendremos que examinar qué es un método, qué es una ciencia, y lo que es una disciplina de las ciencias jurídicas, para poder tratar de definir y establecer la naturaleza y el concepto del derecho comparado, ya que en la actualidad no se ha llegado a precisar si el dere-

---

55. Gallardo Rueda Arturo. Sobre el Concepto y Significación del Derecho Comparado, pág. 45.

cho comparado es una ciencia, un método o una disciplina - (56), lo que se puede sólo especificar es que sólo de acuerdo al objeto y a las funciones que desempeñan los estudios - comparativos se le asigna una denominación en cuanto a ciencia o en cuanto a método y que crean tres corrientes filosóficas (57), donde la primera sostiene que no tiene importancia, la segunda sostiene que constituye un método de estudio, aumentando dicha tendencia a partir de la segunda guerra mundial y la tercera sostiene que es una disciplina.

#### 1.4.2. Las diferentes concepciones del Derecho Comparado

##### 1.4.2.1. Autores que consideran que la denominación no tiene importancia.

En los años posteriores al Congreso de París, se han -- suscitado una serie de problemas metodológicos, al saber si el derecho comparado es un simple método o una ciencia autónoma, lo que ha provocado un exceso de especulación doctrinal (58), especialmente en los países latinos.

---

56. Esta corriente es sostenida por el Dr. Héctor Fix Zamudio, en las diferentes entrevistas que sostuvo con él; asimismo en Setenta y Cinco Años de Legislación Jurídica. México, U.N.A.M. pág. 189.

57. Constantinesco, ob. cit. pág. 239.

58. Ancel Marc. Utilité et méthodes du droit compare: pág.-- 30.

Esta tendencia, es aplicada especialmente por los autores ingleses (59), ya que ven al derecho comparado como un método, en el cual se aprecian los resultados, resolviendo por demás toda clase de controversias que pudieran suscitarse; por su parte Mc Dougal piensa que la consecuencia de este dilema es una literatura bastante voluminosa, obsesivamente repetitiva, y además estéril, así se piensa también que es un problema teórico, y esta cuestión hay que dejarla a la filosofía del derecho, la cual será la encargada de describir el problema, la cual se concentrará en establecer lo que es método y lo que es una ciencia, considerando que la respuesta encontrará sólo un beneficio en favor del amor propio y con escasos beneficios a la ciencia jurídica. (61)

Otros autores tratan de evadirla al tratar de sustituir los términos usados o tratan de no poder encontrar un valor-práctico a dichas posturas.

Estos autores como vemos, tratan de buscar un sentido práctico para saber si el derecho comparado es un método o una ciencia, y sólo exponen en forma general sus posturas, y no argumentando, además que al indicar que la controversia es estéril, y por demás irrelevante, sin saber precisar un concepto de otro, y al que no pueden delimitarlo, sólo lo ven de manera superficial. También que al no reconocer un

---

61. Constantinesco. Ob. cit. pág. 272.

carácter definido, no pueden precisar su ámbito de aplicación de lo que atañe a esta área jurídica, y al no poder precisar su naturaleza, no podrán estudiarla. De tal manera, que nosotros no podremos comprender algo que no conocemos, como el -- ejemplo del médico que no conoce anatomía, no podrá estudiar el cuerpo humano, o el químico que no sabe lo que es el átomo, no podrá estudiar las reacciones químicas, por lo que con sideramos que esta postura es además de inadecuada, irrelevante para el estudio de la investigación de un comparatista.

#### 1.4.2.2. El Derecho Comparado como método

Tal parece ser, que los estudiosos de la materia, mientras más estudian ésta, más niegan la existencia de que se le considere algo más que un simple método de estudio (62), así como al analizar los conceptos que se han dado en cuanto a esta materia, muchos autores lo delimitaban como un método de estudio, ya sea argumentándolo o simplemente mencionándolo, - así Gutteridge (63), Lambert y David (64), lo califican como un método de estudio.

Criterio establecido ya desde el Congreso de París, ya - que Pollock afirmaba..." le droit comparé n'est pas une - -

---

62. Constantinesco, Ob. cit. pág. 284.

63. Gutteridge H. K. Ob. cit. pág. 25.

64. David Rene. Derecho Civil Comparado, pág. 4.

science prope..." (65), criterio por demás debatido, ya que - otros autores lo calificaban como ciencia o método de manera indistinta, y más algunos añaden que si el objeto del derecho comparado es el de comparar, no puede ser una ciencia.

Pero, si entendemos que un método "es una forma ordenada de realizar una actividad que puede pertenecer a una ciencia o a una disciplina o a cualquier tipo de quehacer humano" - - (66), entonces diremos que el derecho comparado se compone de un método, pero que el método no es la ciencia. Ya que el método nos va a marcar el camino o la directriz a seguir pero - no nos dirá los procedimientos y lineamientos a seguir.

Por otra parte Gutteridge (67) critica la poco afortunada expresión de "Comparative law", en virtud de que nos puede dar la impresión de que se trata de un cuerpo jurídico establecido por la comparación, criterio seguido por David (68), - al establecer que si el derecho designa un conjunto de normas jurídicas no podemos decir que hay un derecho comparado, ya que éste sólo toma las normas ya existentes, para su estudio específico, analizándolas de los diferentes sistemas jurídicos, y por consiguiente no se puede llamar de una materia de-

---

65. Pollock. Le droit compare. Apud. Leontin Ob. cit. pág. 279.

66. Definición propia.

67. Gutteridge. Ob. cit. pág. 39.

68. David Rene. Ob. cit. pág. 9.

nominada derecho comparado, como hablar de derecho civil o de recho penal.

Otro argumento por él presentado, es el del uso que se da al derecho comparado, al aplicar el método comparativo, -- pues si se utiliza para aclarar la historia del derecho, esto es de la historia de las instituciones jurídicas, se le denominaría como historia del derecho o etnología jurídica, y servirse de él para deducir las leyes del desarrollo de las sociedades, es hacer filosofía del derecho o sociología jurídica, y aplicarlo para mejorar el derecho nacional es hacer política legislativa, y para terminar con una manera sencilla -- concluye "...el derecho comparado no existe, no puede existir, lo mismo que no pueden existir los comparatistas". (69)

Asimismo Kaden establece que (70) son tal los deseos -- de hacer derecho comparado que se confunde la comparación con los resultados por ellos obtenidos, puesto que se ha hecho -- una comparación jurídica de una ciencia independiente.

Ahora bien, si es cierto que el derecho comparado no -- constituye un cuerpo legislativo vigente, no por eso vamos a negar que no constituye una rama del derecho positivo, tal como lo es el derecho civil o penal, ya que la noción de ciencia es independiente de que se trate de una rama del derecho-

---

69. David Rene. Ob. cit. pág. 12.

70. Keden. Apud. Leontin Ob. cit. pág. 279.

positivo, vigente o no vigente, ya que al negar el carácter de ciencia, negaremos dicho carácter a otras ramas del derecho, como la filosofía jurídica, la sociología jurídica, y -- restaremos importancia al estudio del derecho romano, que como veremos más adelante éste fue el único sistema que nace y se desarrolla en las universidades.

#### 1.4.2.3. El Derecho Comparado como ciencia

Tendencia que es sostenida por gran número de autores, -- algunos de los cuales se limitan a sostener esta tendencia -- sin aportar argumento alguno en que pudieran apoyarse o justificarse.

Como hemos sostenido, es en el congreso de París, en donde de las confusiones sobre método o sobre ciencia, se hicieron notar, y entre los objetivos por ellos planteados, respecto a descubrir las leyes naturales de las diferentes culturas Lambert señalaba que "la idea común era que el derecho comparado tenía por misión la de revelar las leyes naturales, obedeciendo las manifestaciones de la vida social, siendo la que compone el derecho comparado de la ley natural y la razón, permitiendo con esta transformación descubrir las instituciones -- que corresponden a las diferentes fases del desenvolvimiento social y los regímenes económicos (71)".

---

<sup>71</sup> Lambert. Rapport général. 29. apud. Constantinesco Ob. cit. pág. 288.

Saleilles (72), por su parte se funda en la idea de un derecho justo y tipo ideal de instituciones, cuyo objetivo de la comparación sería el de resaltar las instituciones y las normas jurídicas comunes para crear un derecho común de la humanidad civilizada, que en realidad será la creación de un derecho natural secular, portador del principio de universalidad.

Así como Lambert ve que el uso de dos disciplinas, la historia comparativa y la legislación comparada, trata al derecho comparado como una disciplina, ya que la primera se va a encargar de hacer el análisis de la historia del derecho, así como el uso de la sociología jurídica, cuya misión es la de preparar para el estudio comparativo las relaciones de sucesión que existen entre fenómenos jurídicos, es decir, al hacer uso del estudio de los fenómenos jurídicos, por medio de los estudios comparativos, indicaba que era producto de una ciencia del derecho, y no por un simple método, además que la legislación comparada va a ser uno de los instrumentos para la creación y aplicación de el derecho, mediante la confrontación de sistemas jurídicos buscando un fondo común de las instituciones jurídicas.

Así entonces, se debe ver al derecho comparado como una

---

72. Saleilles, Conception et objet de la science juridique du droit comparé. Proces-verbaux I, 168 Apud. Constantinesco. Ob. cit. páq. 289.

rama especial de la ciencia jurídica, que tiene por objeto el acercamiento de los sistemas jurídicos de los países civilizados, y así opina Levy-Ulmann, que los juristas comparatistas-tienen por tarea la de organizar un derecho internacional público, y la de buscar un fondo de derecho uniforme que reglamente las relaciones dentro de países diferentes, es así como la generalidad de autores que estudian esta materia la conciben como una ciencia. Podemos sacar como enlace de los sistemas jurídicos, el tratar de encontrar un punto en común, en el que, el derecho comparado va a servir de acuerdo a la concepción universalista, mediante el restablecimiento de sistemas jurídicos comunes, que van a estar enmarcados en familias jurídicas, familias que se van a encargar de precisar los principios fundamentales relativos, y coordinarlos en un sistema de derecho positivo actual.

Así como la naturaleza jurídica de esta materia va a estar dada en razón de la naturaleza teórica de la investigación que se propone a deducir nuevos conocimientos y que va a estar apuntada hacia finalidades prácticas (73), es decir, un "estudio de derecho comparado, podría considerarse como -- perteneciente a la ciencia, si se desarrolla con un objetivo-teórico y como perteneciente al método si se desarrollara con fines y un objetivo práctico. (74)

---

73. Constantinesco. Ob. cit. pág. 298.

74. Ibidem. pág. 299.

### 1.4.3. Nuestro Concepto

Así, una vez que hemos estudiado los diferentes ámbitos de estudio del derecho comparado, el de las finalidades por él perseguidas, y la comunión que trata de buscar una uniformidad del derecho, así como el de que los juristas puedan mediante el análisis de los sistemas jurídicos contemporáneos, lograr el mejoramiento de su derecho, valiéndose además de -- otras disciplinas jurídicas comparativas, como lo son la etnología jurídica, la historia comparativa, trataremos de establecer un concepto de lo que es para nosotros el derecho comparado, "Es una disciplina jurídica que se encarga, mediante el - previo agrupamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos, y apoyándose en los elementos jurídicos que rodean a los sistemas, el de buscar posibles soluciones al derecho propio mediante el análisis de los sistemas externos, realizando esto, mediante la agrupación de los sistemas jurídicos que se encuentran unidos por razones jurídicas, históricas y económicas."

## 2.1. EL METODO COMPARATIVO

Los estudiantes de derecho debemos comprender que ésta es una ciencia dinámica y cambiante, en la que debido a los avances tecnológicos y científicos que se van dando en todo el mundo, van surgiendo nuevas formas de regulación jurídica, por lo que los estudiosos del derecho tendrán que amoldarse al dinamismo que el derecho va marcando, teniendo que conocer toda esta evolución que se va dando dentro del derecho.

Así los (75) "legisladores, juristas, políticos están obligados a conocer hoy las normas sociojurídicas de otros países, buscar las diferencias y concordancias a fin de deducir por comparación algunas ventajas de las experiencias jurídicas de las diversas instituciones extranjeras; lo que interesa es comparar las instituciones informarse de sus características, de su evolución, para llegar a comprenderlas mejor, y mas aún para inspirarse en ellas en vista del mejoramiento de su propio sistema jurídico."

Así entonces este conocimiento nos lo va a dar el estu--

---

75. Cadere Victor. Algunas Reflexiones sobre los estudios de la Ciencia Jurídica Comparada. pág. 199.

dio del derecho comparado, y su forma de aplicación nos lo dará el método comparativo, entonces este método jurídico comparativo va a consistir (76) "En un conjunto de pasos y procedimientos que se encadenan mediante un proceso racional destinado a traer al espíritu jurídico a la comprobación de un proceso metódico y progresivo de confrontación y de comparación -- las semejanzas y diferencias y las causas de los sistemas jurídicos", es decir finalmente las respuestas producidas existentes entre las estructuras jurídicas y las funciones de los términos a comparar pertenecientes a órdenes jurídicos diferentes.

Como vemos, este método no es un procedimiento desordenado o arbitrario, por lo que los estudios que se realizan sin seguir los pasos o procedimientos que enmarca el método comparativo, no será un estudio de derecho comparado.

Luego uno de los primeros pasos a realizar es el conocimiento de los derechos extranjeros, y de los sistemas jurídicos, este conocimiento se hará mediante un exhaustivo conocimiento e investigación de la bibliografía con la que se va a contar, de acuerdo a las clases de estudios que se quieran -- realizar, como el conocimiento de las particularidades jurídicas de cada sistema a tratar. Por lo que se refiere al cono-

---

76. Constantinesco Leontin. Traite du Droit Comparé. T-II -  
"La Methode Comparative" Pág. 24.

cimiento de estos derechos, diremos que ningún jurista se jactará de tener un conocimiento exhaustivo o casi universal de los sistemas jurídicos, aunque también es cierto que este conocimiento deberá de ser de la forma más amplia que sea posible, y no se pretende que sea de una forma universal de los sistemas jurídicos, ya que ningún jurista tiene en sus manos el conocimiento de los derechos universales. (77)

Este conocimiento de los derechos extranjeros deberá con tener el estudio de las fuentes jurídicas, ya sea en cuanto a sus manifestaciones reales, formales o históricas, pues como veremos más adelante, la importancia de las fuentes del derecho van a realizarse en razón directa y de acuerdo al sistema jurídico a tratar, la formación judicial, el valor que tiene ésta, la formación de su estructura jurídica, como el de sus peculiaridades y sus categorías jurídicas especiales.

Una vez que el jurista quiera realizar estudios comparativos habrá tenido el conocimiento de los sistemas jurídicos y de los derechos extranjeros, tendrá que empezar a analizar y a comparar, de acuerdo a las funciones y metas a las que -- pretenda llegar, siendo esta comparación de acuerdo a un método y no a base de una simple parangonación de dos o más sistemas jurídicos o figuras jurídicas, sino que la comparación --

---

<sup>77</sup> David Rene. El Derecho Civil Comparado. pág. 6.

tendrá que ser (78), "una operación del espíritu humano, por lo que se reúnen dentro de una confrontación metódica, los objetos a comparar, a fin de que los rendimientos de la investigación sean precisos y de acuerdo a los fines perseguidos, ésta constituye un proceso general, que no es propio del pensamiento científico pero aparece al espíritu humano en forma somera".

Vemos que el comparar requiere del intelecto y del espíritu del hombre, por lo que vamos a tener que hacer una con-frontación de los órdenes a comparar, por lo que el método -- comparativo exige un cierto aprendizaje si se quiere emplear en forma correcta y obtener buenos resultados de él. Su manejo es difícil y delicado, de ahí que, cualquier estudio comparativo que no reúna estos requisitos no podrá ser considerado como tal (79), "valdría no hacer derecho comparado que pretender hacerlo sin estar preparado para ello "sin embargo, es -- preciso darse cuenta de quien no esté en situación de emplear el método comparativo, se verá privado de un medio y de una - herramienta de estudio sumamente importante y útil en el estudio de cualquier disciplina jurídica.

El método jurídico comparativo es difícil de aprender pero los resultados compensarán a quienes quieran iniciarse en-

---

78. Constantinesco. La methode Comparative. pág. 22 y 23.

79. David Rene. Ob. cit. pág. 7.

él, ya que las deducciones que de él se extraigan reflejarán-  
no sólo las semejanzas, sino también las tendencias generales  
que se deduzcan de la comparación. (80)

El conocimiento de los términos a comparar no puede rea-  
lizarse sino gracias a un examen analítico de las figuras ju-  
rídicas, pero para poder realizarlo hace falta fragmentar el  
término a comparar en sus diversos elementos y partes corres-  
pondientes. El punto de análisis de los términos a comparar,  
es el de llegar al conocimiento de lo más completo y lo más -  
exacto en ellos mismos, y dentro del cuadro del orden jurfdi-  
co. (81)

Ahora bien, como debemos analizar los sistemas jurídicos,  
ya que no hay que olvidar que cualquier persona que estudia -  
en un determinado país aprende a conocer su derecho, así como  
las diferentes técnicas legislativas, pero de su derecho na-  
cional, por lo que trata de estudiar los diferentes órdenes -  
jurídicos de la misma forma. Entonces, el comparatista ten-  
drá que crearse una mentalidad muy distinta en el análisis de  
un sistema extranjero, y no debe de pensar que el sistema al-  
que pertenece, se amoldan los otros sistemas jurídicos o aun-  
más peligroso sería que pensara que su sistema jurídico es el  
modelo y trata a los otros órdenes como si viera a su propio-  
sistema.

---

80. Ayasta González. Eficacia del Derecho Comparado. pág. 55.

81. Constantinesco. Ob. cit. pág. 131.

Por lo tanto, consideraremos algunas pequeñas reglas que ayudarán a realizar nuestro trabajo en forma metódica.

La primera regla es la de preguntarse si se va a estudiar el sistema jurídico tal cual es, o tal como debería ser, siguiendo una regla dogmática correcta, ya que esto provoca un choque entre el derecho ideal y el derecho real. Pues según Radbuch, la idea del rol dogmático, sería examinar una regla o ley susceptible de ser aplicable innecesariamente una ley que deja de tener vigencia, cuando sólo es parte de un estudio dogmático, y sería tratar de adivinar el objeto de estudio de una ciencia social. (82)

Así, el primer objetivo es el de atribuir al conocimiento lo más exacto de los términos a comparar, donde la funcionalidad de los órdenes jurídicos sean concordantes y se puedan realizar éstos.

La segunda regla, y antes de empezar la tarea comparativa, es la de estudiar las normas y reglas en forma individual y de manera separada.

Las fuentes que el comparatista debe de utilizar para analizar los términos a comparar, deben ser originales y auténticos, que tengan un valor científico auténtico, no es bueno utilizar o referirse a informaciones de segunda mano o a -

---

82. Ibidem. pág. 139.

traducciones literales o textos malos o incompletos. Esta exigencia debe ser una regla indispensable del método comparativo, y si evidentemente ella se aporta como una vanidad gran parte será ignorada y no solamente, respecto de la etnologfa-jurídica, sino de la historia del derecho, pero dentro de los sistemas actuales. (83)

Así tendremos que el conocimiento del derecho y de las fuentes va a provocar el conocimiento de las figuras jurídicas, al mismo tiempo provoca el conocimiento de la tercera regla, que será la de estudiar los términos dentro de la totalidad y la complejidad de las fuentes del derecho a considerar.

Esta tercera regla consiste en un examen sumario de las fuentes jurídicas, las cuales estarán dadas de acuerdo a la complejidad de los sistemas. (84)

En virtud a lo anterior, las fuentes de un sistema pueden ser más complejas que otras, de donde la diferencia principal reside en esta pluralidad y complejidad de ellas.

Así en los sistemas romanistas, no puede necesariamente la ley revelar la verdadera imagen de los términos a comparar, considerando que este sistema sigue una dualidad de corrientes, como lo es la histórica por parte de los sistemas -

<sup>83</sup>. Ibidem. pág. 156.

<sup>84</sup>. Ibidem. pág. 156.

germanos, o la canónica por parte de los sistemas latinos o franceses.

Por lo tanto la modificación de un texto legal para su aplicación práctica constituye un fenómeno que puede ser observado dentro de todas partes de la ciencia jurídica. (85)

La última regla va a consistir en que el comparatista -- que examina un derecho no sólo debe de saber cuáles son sus fuentes a considerar, sino cual es el valor y la función de la elaboración de la legalidad del derecho. La pluralidad de las fuentes implica una jerarquía, que haga que evidentemente tales normas de derecho no puedan tener el mismo valor dentro de las normas de derecho. (86)

Por jerarquía de las fuentes, entenderemos, el orden de prioridad que gobierna, sus respuestas respectivas, en donde las autoridades den el rol que un orden jurídico atribuye a cada fuente, para la elaboración de las reglas de derecho. El comparatista debe de respetar esta jerarquía en el derecho extranjero donde vaya a comparar.

Obtendremos que el conocimiento de las fuentes va a determinar la forma de aplicación del método comparativo, pero además será también necesario el de conocer la forma en que -

---

85. Ibidem. pág. 173.

86. Ibidem. pág. 176.

éstas van a ser aplicadas y como van a ser interpretadas, - por lo que además dentro del método comparativo es menester - el estudiar la interpretación jurídica y en base a la inter-- pretación de los tribunales se conocerá el valor que éstas -- puedan tener para la creación de las normas individualizadas.

## 2.2. LA INTERPRETACION EN EL DERECHO COMPARADO

### 2.2.1. Definición de Interpretación

La interpretación consiste en dotar de un significado - mediante un lenguaje significativo, a ciertas cosas, signos, - o acontecimientos, es determinar o asignar el sentido a ciertos hechos, signos, fórmulas o palabras. (87)

El intérprete, es una especie de mediador que comunica a los demás; el significado que se atribuye a ciertas cosas, -- signos o acontecimientos, poniendo frente a los demás el sentido de lo que corresponde, haciendo que esto tenga a los intérpretes en una posición mística por el conocimiento de esos métodos, originando la creencia de que estas personas poseían la extraña y sorprendente actitud de encontrar o desentrañar el sentido inmanente de las cosas.

Este sentido místico y esotérico se ve dentro del derecho romano en que los jurisconsultos eran sacerdotes, pues el derecho primitivo nace en una íntima relación con la religión y la magia, y aún en épocas posteriores se conserva algo de ello. (88)

Este sistema sacerdotal se ve influenciado en las XII ta

---

87. Tamayo y Salmoron Rolando. El derecho y la ciencia del derecho. pág. 151.

88. Floris Margadant. El Derecho Romano. pág. 63.

blas, en la que la interpretación y el rico repertorio de formularios procesales y negociables, que se venfa trasmitiendo, siguió siendo hasta comienzos del siglo III un monopolio celosamente custodiado por el colegio de los pontífices. (89)

Incluso en la edad media, que es cuando la cultura empieza a decaer y el derecho a degenerar, renace a menudo la conexión entre derecho y religión, con los juicios de dios.

Por lo cual la interpretación es dar el sentido a las cosas, y éstas se pueden dar en cualquier área o en cualquier rama.

Si el objeto a interpretar es un lenguaje, la función -- significativa de la interpretación consiste en la incorporación o asignación de un sentido a ciertas palabras a fin de hacerlas corresponder con determinados objetos. La interpretación de un lenguaje es la significación que se le incorpora (lenguaje interpretado) mediante el uso de un lenguaje significativo que le va a dar significación al lenguaje interpretado. (90)

---

89. Kunkel W. Historia del Derecho Romano. pág. 39.

90. Tamayo y Salmoron Ob. cit. pág. 155.

### 2.2.2. La Interpretación Jurídica

Si se considera que todo derecho tiene como condición de existencia la de ser formulada en un lenguaje (lenguaje jurídico), y siendo que éste existe desde que empezaron a formular el derecho en escritura, donde ha evolucionado y donde se han dado grandes codificaciones, y puede perfectamente consistir en darle una adscripción a un significado jurídico a ciertos hechos o acontecimientos o comportamientos en objetos jurídicos, o discursos jurídicos (leyes, constituciones). Estos discursos jurídicos son materiales formulados por escrito, los cuales van a ser el objeto de interpretación y estos materiales jurídicos van a estar dirigidos a una serie de personas, los cuales en base a esto van a dar dos tipos de interpretación jurídica que son: la interpretación orgánica y la interpretación inorgánica. (91)

#### a) Interpretación Orgánica

Los materiales jurídicos (leyes, constituciones, reglamentos), se encuentran dirigidos a ciertos individuos los cuales tienen que aplicarlos (jueces, magistrados) y son a estos individuos ubicados en esta posición a los que se les denomina "órganos".

---

<sup>91</sup> Ibidem. pág. 156.

Estos órganos tienen la tarea de establecer el sentido - de ese material jurídico y para lograrlo, es menester que lo interpreten mediante un proceso intelectual que acompaña al - proceso de aplicación del derecho de un grado superior a uno inferior, por lo que podemos decir, que este tipo de interpretación es, "el acto de significación mediante el cual el órgano determina el sentido del material jurídico que tiene que - aplicar a fin de seguir el proceso de creación del derecho de una norma general, va a crear una norma particular." (92)

Por su parte Gutteridge señala "...el término interpretación puede emplearse para indicar la actividad creadora de -- los jueces en el ejercicio de sus funciones y en la medida -- que les está permitido, aplican, restringen, modifican la - - aplicación de una norma jurídica correcta a la ley" (93) y el juez al aplicar el derecho debe de interpretar de acuerdo a - la vida jurídica. (94)

Esta interpretación orgánica juega un papel muy importante en el procedimiento de creación del orden jurídico; en - - efecto, el órgano aplicador decide el curso de creación y - - aplicación subsecuente del derecho en virtud del tratamiento-

---

92. Ibidem. pág. 157.

93. Gutteridge Ob. cit. pág. 159.

94. Lozano Mario. Los Grandes Sistemas Jurídicos. pág. 144.

que se les den a los materiales jurídicos, siendo ésta siempre de carácter subjetivo, ya que el órgano escogerá de acuerdo a su voluntad la forma justa, viable, siguiendo con ello ciertos métodos de interpretación o haciendo caso omiso a ellos. (95)

b) La Interpretación No Orgánica

La interpretación jurídica no es tarea exclusiva de los órganos del estado, puesto que cualquier persona que de un significado el lenguaje jurídico está realizando una interpretación, así los profesores, estudiantes, abogados, etc., y todos aquellos órganos que no tengan como misión la aplicación del derecho realizarán una interpretación, y ésta, por ser hecha por un órgano a los que no les está encomendada su aplicación se le conoce como interpretación "No orgánica". En la interpretación no orgánica, el intérprete es ajeno a la creación jurídica o judicial, puesto que no tiene posibilidades de aplicar el derecho que interpreta, entonces, la interpretación no orgánica se agota con la sola significación dada al lenguaje jurídico (96).

En la interpretación no orgánica la significación dada a

---

95. Métodos que estudiaremos posteriormente.

96. Tamayo. Ob. cit. pág. 159.

los materiales no se manifiesta en actos de aplicación del de recho, entonces esta interpretación no acompaña a la produc-- ción de nuevos materiales y por lo tanto no es parte de la ex-- periencia jurídica, es decir, no es derecho, es sólo signifi-- cación del derecho, en tanto no prescriben nuevas fórmulas ju-- rídicas, y sólo lo describen, por lo que se le conoce como -- lenguaje jurídico descriptivo. (97)

### 2.2.3. Métodos de Interpretación

Puesto que hemos visto que la interpretación jurídica -- puede realizarse por cualquier persona que tenga un conoci- - miento del derecho, vamos a ver los distintos métodos que se han utilizado para lograr una interpretación del derecho para lograr su integración.

#### a) Interpretación Gramatical

Esta consiste en examinar la letra del texto legal, con-- siste en sacar las palabras mismas del lugar de la frase y de la sintaxis, el sentido exacto del estudio de referencia, lo-- que hará que una frase cambie el sentido de la ley, ésta des-- cansa en la idea de que el texto está amoldado al pensamiento del legislador y que está implicando fórmulas adecuadas. (98)

---

97. Ibidem. pág. 160.

98. Ayasta González Tulio. La Interpretación y la Ley. pág.504.

b) Interpretación Lógica

Cuando la interpretación de la letra es dudosa, hay que tratar de entender el contexto general con otras disposiciones jurídicas legales.

Este procedimiento de interpretación corresponde a la dualidad de la letra y del espíritu que se inscribieron en algunos códigos como el civil suizo (99).

c) La Intención del Legislador

Siendo los textos legales, la obra de una elaboración conciente y reflexionada de una persona (legislador), se dice que la intención de una disposición consiste en averiguar la intención expresada por el legislador.

Acarrea la ficción de que el legislador no es un ser único que ha registrado los menores problemas propuestos, sino una asamblea compuesta de numerosos cerebros, cuyas intenciones podrían ser vagas o divergentes. (100)

d) Interpretación Histórica

Consiste en averiguar en qué estado del espíritu humano se hallaban los autores, cuáles son los motivos que los lleva

<sup>99</sup>. Ibidem. pág. 505.

<sup>100</sup>. Ibidem. pág. 505.

ron a legislar y cómo se ha presentado la futura aplicación de los textos que elaboraron, y tomándose los primeros proyectos de ley, se compara con el texto definitivo para saber qué sentido han presentado y transformado su pensamiento el poder legislativo. (101)

#### 2.2.4. El Modernismo Jurídico

Estos métodos de interpretación se vinculan al modernismo jurídico, en donde en los siglos XIX y XX denuncian el abuso del intelectualismo, sosteniendo que el legalismo rígido, - lo mismo que la sutileza de las construcciones jurídicas conducen a juicios injustos, se opone a la evolución de la sociedad, a la movilidad de la ley, es el dualismo de la vida - real o la ciencia empolvada que crea una serie de tendencias.

Así la escuela de la exegesis, sigue el culto al texto a la ley, la búsqueda de la voluntad del legislador como gafa - segura para el intérprete, el carácter lógico que se manifiesta en cuanto a la existencia y función del derecho y en favor concedido al principio de la humanidad.

Por su parte, en Francia en 1899, se da la libre interpretación científica, ésta trata de que la ley no debería descubrir todo el terreno del derecho, buscando en la abstrac-

---

101. De Pina Rafael. Diccionario de Derecho pág. 251.

ción de los conceptos, en donde saldrá la solución, y éstos - serán tomados en la razón y en la conciencia de lo justo dentro de las realidades sociales (organización moral, espíritu público). (102) "El juez no debe aplicarse a buscar obstinadamente cual ha sido el pensamiento de los autores del código redactado, debe preguntarse lo que serfa si el mismo artículo fuese redactado por ellos".

La escuela Analftica de la Jurisprudencia fundada por -- Austin, defiende la existencia de una teorfa general del derecho que estudia los principios y las relaciones comunes a los órdenes jurídicos más desarrollados y perfectos, distinguiendo los conceptos jurídicos fundamentales y los conceptos jurídicos históricos, frente a la jurisprudencia nacional o particular.

En Alemania, se dan por un lado la escuela histórica del derecho fundada por Savigny la cual basa su escuela en la voluntad y el espíritu del pueblo a través de la historia la -- cual va a hacer que emane la norma jurídica. Por otro lado - la escuela libre de derecho, afirma que la naturaleza creadora del derecho deriva de la actividad del juez, pues, unas veces llena las lagunas con el criterio de éste y otras con el criterio subjetivo frente a un caso concreto (mandato legal).

---

102. De Pina Rafael. Diccionario de Derecho, pág. 251.

### 2.2.5. La Interpretación en los Sistemas Jurídicos

Hemos analizado los diferentes criterios que se han dado para lograr esclarecer las deficiencias de los textos legales, ahora analizaremos como estos criterios se han dado en los diferentes ordenamientos jurídicos y ver cual es la importancia que va a tener la interpretación dentro de cada uno de estos ordenamientos, ya que como es lógico precisar estas escuelas han marcado la pauta por los distintos ordenamientos jurfdi--cos, pues la técnica empleada a este fin no es la misma en todas las jurisdicciones, y por consiguiente se convierte en materia importante para nuestro estudio, por lo que la primera-cuestión a valorar, son las técnicas utilizadas por los diversos estados de derecho.

Dentro de los estados europeos-canónicos se da una interpretación atendiendo el sentido de la ley, en tanto que los - sistemas ingleses la labor interpretativa es más rigurosa, en virtud de que el juez inglés debe de ceñirse a lo que el le--gislador ha expresado en la ley, y sólo tiene en cuenta las - circunstancias ambientales cuando son notorias, debiendo de - sacar el máximo partido posible al texto, no estando faculta--do para consultar las relaciones de los debates parlamenta- - rios, ni cualquier otro testimonio de liberaciones. (103)

---

103. Gutteridge, H. C. Ob. cit. pág. 164.

En Alemania, se considera que cuando el significado de una ley es ambiguo, el juez debe de aceptar la interpretación que esté más de acuerdo a la finalidad económica o social de la ley, concepto compartido por las teorías francesas a través del but-social, que busca la finalidad social y no la de una forma de caprichosa de actuar, por lo que hará que el juez al utilizar una serie de formas elásticas realice los resultados del ideal de justicia y de la ley que no fueren adecuadas debidamente dentro del contexto social.

En el sistema suizo, el juez debe de interpretar no únicamente de acuerdo a la letra de la ley, sino de acuerdo al espíritu de las soluciones sancionadas por la doctrina, aunque también haga uso de la costumbre que permita al juez no otorgar ventaja al litigante que obre de mala fé. (104)

Dentro de los sistemas filosóficos, la norma se interpreta mediante técnicas jurídicas minuciosas y por personas muy especializadas, ya que no cualquier persona podrá hacerlo, pues es una tarea encomendada a los doctores los que podrán interpretar los libros sagrados. (105)

En tanto que los sistemas soviéticos, la interpretación se hará de acuerdo al marxismo y al principio de legalidad so

104. Ibidem. pág. 162.

105. Lozano Mario. Ob. cit. pág. 233.

cialista, aunque sea en forma parecida al derecho continen- -  
tal.

### 2.3. LAS FUENTES DEL DERECHO COMPARADO

El concepto de fuente de derecho deriva de la expresión metafórica del lugar en donde emanan o brotan las normas de derecho, siendo éstos los antecedentes donde surgen las normas del derecho.

Por lo cual al realizar un estudio jurídico de un sistema en particular, tendremos que hacer una recopilación de conocimientos extensos y amplios respecto de ese sistema jurídico en especial, en cuanto a su estructura jurídica, así como a la relevancia jurídica existente en cuanto a sus fuentes, tanto históricas, jurídicas, sociales, religiosas o económicas, que van a nutrir a ese derecho, ya que esas fuentes van a establecer el origen de ese derecho, toda vez que el criterio para la clasificación e importancia de las fuentes va a estar dada en razón directa del sistema jurídico a investigar, por ejemplo en los sistemas de origen continental o romanista, una de las principales fuentes se encuentra dentro de una de las fuentes formales como lo es la legislación, así como en los sistemas del common-law, va a estar dada en cuanto a los precedentes judiciales y actualmente en cuanto a la ley, lo mismo se podrá decir de los sistemas soviéticos que aunque la ley es una de las principales fuentes, ésta es influenciada enormemente por su régimen político-económico, como lo es el socialismo, en que el derecho estatal constituye la fuente --

más importante de este derecho. (106)

Por último en cuanto a los sistemas que denominamos fil<sup>o</sup>sóficos o religiosos, veremos que éstos tienen su principal fuente, no dentro de las fuentes formales (107), sino dentro de los fenómenos religiosos, como es el caso del derecho musulmán o por un sistema basado en las tradiciones ancestrales e históricas que se adecúan a los derechos de oriente, como es el caso del derecho chino o japonés, en los que hasta el siglo pasado tiene contactos externos, y ocasiona una etapa legislativa; proceso que va a estar dado en razón de sus tradiciones, o un derecho que se basa esencialmente en las costumbres que incluso algunas veces no tiene antecedentes escritos en que se asientan estas costumbres.

### 2.3.1. Las Fuentes Históricas

Aquí haremos una pequeña remembranza de las fuentes del derecho.

En cuanto a las fuentes históricas diremos que están -- constituidas por todos aquellos documentos históricos que hablan o se refieren al derecho, siendo éstos de índole diversa, tales como papiros, inscripciones en tablillas o estelas, monumentos arqueológicos, en la que los pueblos antiguos estam-

106. Grigorian L. Fundamentos del derecho estatal soviético. - pág. 17.

107. Dentro de estos sistemas sigue predominando las normas religiosas, dentro de lo que nosotros conocemos como derecho familiar, aunque en el derecho público se ve marcado un -- proceso legislativo.

paban sus leyes. (108)

Asimismo, para el estudio de las fuentes históricas, dentro del derecho comparado entraña el estudio de la etnología jurídica que domina el pensamiento jurídico del siglo XIX, ya que ésta, se proponía descubrir las leyes de la evolución de las sociedades humanas. (109)

Esta etnología jurídica en la que sus corifeos consideraban al método comparativo como su principal método de conocimiento, y como idea fundamental la del transformismo, basado en que las leyes sociales pueden ser tratadas como ciencias naturales, gobernadas por leyes inmutables.

Morgan, también asienta bases profundas, pues establece una de los principales temas de la etnología jurídica; el parentesco, dividiéndolo en el desarrollo del hombre en tres etapas que son: el salvajismo, la barbarie y la civilización. A su vez cada etapa la dividía en períodos, pues el dogma del progreso se veía apoyado en la evolución necesaria de toda humanidad; en el decurso de las etapas preestablecidas del proceso unilineal, tuvo bastante acogida dentro de las teorías marxistas, ya que Engels en su obra "El origen de la familia y de la propiedad", apoya su demostración dentro de las teo-

---

108. García Maynez. Introducción al... pág. 51.

109. Leontin establece que Darwin en su Origen de las Especies donde se asientan estos principios. Ob. cit. pág. 169.

rías de Morgan, la cual junto con las bases establecidas por Marx, sienta las bases del sistema político-jurídico soviético. (110)

### 2.3.2. Fuentes Reales

Dentro de las fuentes materiales o fuentes reales, término no utilizado por algunos autores, diremos que son de vital importancia ya que son las que van a estar dadas en virtud de la razón y los ideales de justicia de los hombres, y estarán en estrecha vinculación a la experiencia humana y a las circunstancias históricas.

Entonces, las fuentes materiales o reales resulta de dos coordenadas dadas, uno por los ideales de justicia fruto de toda sociedad al tratar de establecer una sociedad perfecta dentro del espíritu humano, y por otro lado las particularidades dadas al ser corpóreo que se ubica en un tiempo y en un espacio. (111)

Por último, estableceremos las fuentes formales.

---

110. Estas teorías más que jurídicas, son económicas, y se han extendido a otros estados ya socialistas.

111. Villoro Toranzo. Introducción al Estudio del Derecho. -- pág. 188.

### 2.3.3. Fuentes Formales

De acuerdo a la tradición jurídica diremos que las fuentes formales son las formas obligadas y predeterminadas ineludiblemente que deben revestir los preceptos de conducta exterior, para imponerse socialmente, en virtud de la potencia -- coercitiva del derecho. Siendo éstas la costumbre, la legislación, la jurisprudencia, los principios generales, la doctrina. (112)

Estas fuentes formales son las formas obligadas a obedecer, en consecuencia, las estudiaremos en forma breve dentro del contexto general de los estudios comparativos, ya que como lo establecimos al principio de este tema, las fuentes van a estar en razón del derecho positivo, las cuales estarán dadas en diferentes medidas, pues la importancia de las fuentes varía de acuerdo a los elementos determinantes y a las condiciones de cada uno de los sistemas jurídicos dentro de las materias comparativas.

#### 2.3.3.1. La Costumbre en el Derecho Comparado

En términos generales podremos establecer que la costumbre es una de las más antiguas de las fuentes formales del derecho, siendo ésta la forma que revisten los sistemas primi-

---

112. García Maynes. Ob. cit. pág. 51.

tivos del derecho, aunque existen en la actualidad sistemas jurídicos en que la costumbre continúa siendo la fuente principal de su norma jurídica, ya que la costumbre es "...el uso existente en un grupo social que expresa un sentimiento jurídico, con la convicción de que está bien comportarse así, por los individuos del grupo". (113)

Estas costumbres dentro de las sociedades primitivas actúan dentro de grupos todavía no estructurados y por lo tanto no tienen un sistema judicial organizado, basando su fuerza en coerción, en la sanción de la reciprocidad, o de una sanción derivada de reverenciados antepasados, o temidas divinidades.

Pero para poder establecer que la costumbre sea considerada como fuente formal del derecho, es necesario que se reúnan dos elementos: y un objetivo y otro subjetivo, siendo el primero la "inverterata consuetudo" y el segundo la "ópinio iuris seu necessitatis".

La inverterata consuetudo es la costumbre que se ha arraigado durante largo tiempo en un grupo social, aunado a un sentimiento jurídico, es decir, se requiere de un largo período para que pueda establecerse como costumbre. ¿Pero cuánto tiempo es el necesario para que una serie de actos se con-

---

113. Ibidem. pág. 61.

vierta en costumbre!-. El canon 27 del corpus iuris canonici fija un periodo de cuarenta años, en tanto que el common-law exige que la costumbre sea anterior a 1189 es decir desde el fin del reinado de Enrique II, donde los tribunales ingleses han optado por establecer que la costumbre procede desde tiempo inmemorial, -es decir desde 1189-. Pero todo uso practicado en memoria del hombre, admite sin embargo prueba en contrario, en tanto que las legislaciones modernas que optan por esta fuente como creadora de su norma jurídica no establecen periodos tan rígidos ni criterios objetivos tan precisos; asimismo el derecho privado exige a la costumbre las características de generalidad, uniformidad, continuidad, publicidad y frecuencia, características que no operan en el derecho público, en virtud de que no podríamos hablar de un comportamiento general en el momento que al ser el órgano constitucional uno solo, no se daría la generalidad, ni tampoco la frecuencia -- pues por un solo acto constituirá la frecuencia y el precedente. (114)

El segundo elemento, la *opinio iuris seu necessitatis*, requiere el reconocimiento convencido de que se somete voluntariamente a ella, de que está ajustado a su conducta a una norma obligatoria de la comunidad. Entonces se establece que -

---

114. Lozano Mario. Los Grandes Sistemas Jurídicos. pág. 208-215.

la costumbre puede entrañar ámbitos sociales, pero no jurídicos necesariamente implica el conocimiento de saber separar los conceptos sociológicos de los jurídicos, existiendo ésta cuando la opinión le da esta cualidad, así pues es la opinión de considerar una costumbre jurídica cuando se le otorgue.

Hemos visto que la costumbre como fuente de nuestro derecho nutre a diversos sistemas jurídicos, y es fuente primaria en la creación de la norma jurídica, tal es el caso de los países que han adoptado el common-law, que no es un derecho consuetudinario como gran cantidad de personas lo aseveran, sino que es un sistema jurídico que basa su estructura social y jurídica, en un régimen de precedentes judiciales, que van a asentar las bases para la formación de su derecho, así Castan Tobeñas (115) señala "...el common-law tuvo distintas fuentes, tales como el derecho sajón, el derecho danés, el derecho normando y quizá algunas costumbres todavía más antiguas, los países que han adoptado este sistema son de habla inglesa, así como existen países dentro de Asia que adoptan la costumbre como fuente de su derecho".

---

115. Castan Tobeñas José. Los Grandes Sistemas Jurídicos. pág. 80.

### 2.3.3.2. La Legislación en el Derecho Comparado

La legislación es otra fuente formal del derecho, ésta -prevalence esencialmente en los países continentales, los cuales se vieron favorecidos con el derecho romano, el cual está tomando gran auge entre los países anglosajones, es decir dentro del common-law; así vemos que existe una contraposición -del common-law con el status-law. Y en los países continentales que abarcan la totalidad de la Europa en América latina y las provincias de Quebec y Louisiana, debido a la influencia francesa y española que sufrió este sistema.

Entonces estableceremos que la legislación es un proceso "por el cual uno o varios órganos del estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general - que se les da el nombre de leyes. (116)

Dentro del proceso de la legislación tendremos que analizar el fenómeno de la codificación (117), el cual ha sido definido de varias maneras, en distintas épocas (118) y en distintos sistemas jurídicos, por lo que de acuerdo a la tradición romanista diremos que es "La forma de recoger la legislación sistematizándola y elaborándola científicamente, es reducir una rama del derecho a una ordenación sistemática de re-

116. Villoro Toranzo. Ob. cit. pág. 172.

117. González Ma. del Refugio. Estudios sobre la historia del derecho civil en México en el Siglo XIX. pág. 70.

118. Bayitch S. La codificación en el derecho civil y el - - Common Law. pág. 9 y sigs.

glas legales." (119) Esta definición deriva de la escuela del derecho racional de los siglos XVI-XVII que rompe la tradición de otorgar a las legislaciones nacionales o locales como fuente de derecho una importancia secundaria frente al derecho romano o canónico (120), y la codificación es el resultado de esta escuela racionalista del derecho natural es "una concepción de la obra llevada a cabo durante siglos por las universidades bajo el signo de la razón que gobernaba al mundo. (121)

Bayitch (122) señala que el proceso codificador sigue un patrón similar y en donde se distinguen cuatro etapas; la primera surge la idea de codificar, se hace un inventario de la legislación vigente y se dan algunas ideas; la segunda se encarga a un cuerpo o comisión el proyecto; la tercera se somete a un grupo de profesionales o sociedades ilustradas y la cuarta se presenta ante la autoridad correspondiente.

Esta forma de llevar a cabo la codificación como vemos es semejante a la formación de cualquier derecho.

---

119. González Ma. del Refugio. Ob. cit. pág. 72.

120. Rene David. Ob. cit. pág. 47.

121. Ibidem. pág. 48.

122. Bayitch S. Ob. cit. pág. 42.

### 2.3.3.3. La Jurisprudencia en el Derecho Comparado

La jurisprudencia, sea entendida como la ciencia del derecho, o como la interpretación que las autoridades judiciales hacen ordinariamente de una ley, he tenido una multiplicidad de criterios como la de Carlos Cosío (123), que establece que la jurisprudencia no es una fuente formal del derecho, ya que sólo constituye un hecho, un hecho axiológico sin duda, - pero sólo un Hecho, hasta las posturas de Alvaro d'Ors que la concibe como la más importante fuente del derecho.

Dentro del estudio del derecho comparado tiene una importancia sólida como fuente del derecho, ya que en los países - continentales, ésta constituye una fuente, que aunque no tiene la jerarquía de la legislación, tiene relevancia, ya que - de acuerdo a la Torre, no es una fuente autónoma del derecho, o al menos eso sucede en teoría, en cambio en los sistemas ingleses ésta juega un papel preponderante, ya que sienta las bases para la formación de su "Legal Rule", es la fuente más significativa del derecho, y dentro de los sistemas filosóficos las decisiones judiciales están encomendadas a personas - especializadas "Doctores", que van a interpretar a las fuentes religiosas o los libros sagrados, dándole a la jurisprudencia más que un valor jurídico, religioso, ya que sólo es -

---

<sup>123</sup> Carlos Cosío. El Derecho Judicial. Apud. Flores García. todavía sobre las fuentes del derecho, pág. 256.

un pequeño grupo de personas las encargadas de realizar esta labor interpretativa, y teniendo más que fuerza jurídica una fuerza moral o religiosa (Anal). (124)

La jurisprudencia en el derecho romano era ejercida en los primeros tiempos por los pontífices, hasta el siglo III a.c., en que la jurisprudencia deja de ser pontifical para convertirse en una materia libre, desarrollándose posteriormente por una serie de jurisconsultos que junto con la doctrina forman una base sólida que le da la jerarquía reconocida al derecho romano.

¿Pero en sí qué es lo que desea el juez o aquella persona que busca desentrañar el sentido de la norma?. Sin duda alguna el juez busca crear una objetividad jurídica, así, Flores García (125), señala "...cuando lo intersubjetivo del mandato concuerda con la intención intersubjetiva del punto de vista, el problema está resuelto, porque al juez le bastará establecer del dato las valoraciones objetivas para resolver los problemas humanos...", y más adelante señala, "cuando quiere provocar el cambio la jurisprudencia es porque hay discrepancias entre la intersubjetividad del dato y la intersubjetividad del punto de vista, para la cual el juez necesita, desde luego, que en su nuevo punto de vista haya también inte

---

124. Lozano Mario. Ob. cit. pág. 232.

125. Flores García. Ob. cit. pág. 257.

rés intersubjetivo, es decir que aquello nuevo que ve en sí, puede ser vista por otros."

Por su parte De Pina Vara, (126) nos indica que el objeto de la jurisprudencia, es la descripción de aquellos objetos y fines del derecho que son comunes a todos los sistemas, así como de aquellas semejanzas entre diversos sistemas que descansan en la común naturaleza del hombre o responde a principios iguales en sus diversas posesiones.

Entonces la jurisprudencia no debe de entenderse como cualquier aplicación del derecho aislado, sino a la repetición constante, uniforme y coherente, de modo que revele un criterio o pauta general de aplicar las normas jurídicas, la jurisprudencia se inspira con el propósito de obtener una interpretación uniforme del derecho.

#### 2.3.3.4. La Doctrina en el Derecho Comparado

La doctrina de los autores, es otra fuente del derecho, está dentro de los sistemas continentales, más que una fuente, es una base para el derecho, pues como veremos más adelante, los sistemas jurídicos continentales nacen dentro de las universidades, donde se han formulado reglas durante siglos y los principios del derecho en los que se fundan la doctrina para asentar las bases del derecho.

---

126. De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho, pág. 322.

Así Maynez (127) señala "doctrina es el nombre que reciben los estudios de carácter científico, que los juristas -- usan acerca del derecho, ya sea con propósitos puramente teóricos de sistematización de preceptos, ya sea con las finalidades de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación."

Por tanto, diremos, que la doctrina es la opinión racionada, emitida por uno o varios juristas, sobre una cuestión controvertida del derecho.

De acuerdo a estos criterios, veremos que en los países continentales es donde más se desarrolla la doctrina, pero también en los sistemas soviéticos la doctrina tiene una marcada influencia, ya que aunque ésta se apoya en una doctrina económica como lo es el Marxismo-leninismo (128) es la que va a constituir el fundamento político de los dirigentes soviéticos.

Esta idea de ver a la doctrina como base jurídica y como base económica política, también se da en la china comunista, que con las ideas de Mao, forman la ideología más que económica, jurídica para el ciudadano chino.

Dentro de las democracias populares (129) ésta tiene se

---

127. García Maynez. Ob. cit. pág. 76.

128. David Rene. Ob. cit. pág. 169.

129. David Rene. Ob. cit. pág. 237.

mejanza a los países romanistas, teniendo como misión el perfeccionar el derecho, con cuya libertad intelectual, los juristas tratan de cooperar a una mejor comprensión de los dos campos, y no tratan de ver a los derechos continentales como una "clase al acecho", estimando que la ciencia jurídica occidental puede ofrecer modelos y aunque critiquen que existan normas que ofrezcan progresos, haciendo que los principios que rigen a la legalidad socialista, sean la continuación histórica de los principios que rigen al capitalismo.

En el caso del derecho germano (130), la doctrina difundida por la escuela histórica va a hacer que los textos legales del siglo XIX tenga raíces profundas al tratar de descubrir los principios jurídicos en el desenvolvimiento histórico de las instituciones en el tiempo, encontrando la solución en la opinión de los sabios formados por la escuela histórica.

Dentro del derecho inglés, la doctrina, depende menos que en el continente, por los profesores, y más por los jueces, y éstos han realizado obras doctrinales que han recibido el nombre de (Bocks of authority), gozando de considerable prestigio, siendo considerados por los tribunales como exposiciones autorizados por el derecho de su época. (131)

---

130. Georges Cornil. Las fuentes en el derecho comparado, pág. 109.

131. Rabasa Oscar. El Derecho Angloamericano. pág. 534.

### 2.3.3.5. Los Principios Generales del Derecho

Los principios generales del derecho del mundo civilizado, son fuentes reconocidas por las naciones unidas. De tal manera que cuando no se encuentra una solución favorable para resolver un conflicto se recurre a estos principios. Por ejemplo, el artículo 38 del Tribunal Permanente de Justicia ordena entre otras reglas, aplicar los principios generales del derecho reconocidos por los estados civilizados, esto -- significa que los principales sistemas de derecho privado se rán aplicables en el porvenir de los conflictos internacionales, y éstos deben de ser obtenidos por el estudio comparativo. (132)

Este tipo de principios son sostenidos por algunas legislaciones que permiten apartarse o modificar las disposiciones legales en atención de las buenas costumbres o al orden público. (133)

---

132. Gutteridge H.C. El valor del derecho comparado, pág. 84.

133. David Rene. Los Grandes Sistemas, pág. 111.

## 2.4. LAS ESTRUCTURAS JURIDICAS DE UN SISTEMA JURIDICO

Cuando iniciamos el estudio del método comparativo, decíamos que era requisito previo el conocimiento de las estructuras jurídicas de los sistemas jurídicos, así como el conocimiento de otros requisitos previos que ya se analizaron como es el conocimiento de las fuentes, ahora bien, parece ser que los autores han estimado que este tema es un poco complicado para los estudiantes de licenciatura, en virtud de no tener una base sólida para poder realizar cualquier estudio comparativo y éste sea hecho en forma correcta, y no cometer los errores que caen todos aquellos estudiantes que intenta realizar una investigación comparativa sin reunir los conocimientos básicos.

De acuerdo al diccionario, una estructura es (134) "La distribución y orden de las partes de un edificio o de una obra de ingenio", lo que nos hace ver que todo ser corporeo tiene una estructura que le va a dar un grado de distintividad, también una obra de ingenio puede tener una estructura, así el derecho, al ser una obra de ingenio creada por el hombre en sociedad va a tener una estructura y ésta será la estructura que conforme a todo sistema jurídico.

---

134. Diccionario Porrúa de la Lengua Española. Ed. Porrúa. - México, 1986 pág. 311.

#### 2.4.1. Concepto de Sistema Jurídico

En este apartado trataremos de especificar lo que es un sistema jurídico y cómo está conformado, es decir cual es su estructura jurídica, y propiamente la relación con la creación de la norma jurídica, que hará que se adecúe a un sistema jurídico.

El profesor Castan Tobeñas nos dice que un sistema jurídico es (135), "el conjunto de reglas e instituciones de derecho positivo por las que se rige una determinada colectividad", una definición más completa, así como dentro de la misma nos señala los elementos que van a conformar un sistema nos la da Austin (136), nos dice "que un sistema jurídico -- existe si, y sólo si, su legislador supremo es habitualmente obedecido, es decir las disposiciones jurídicas del sistema son en general eficaces, su legislador supremo no obedece a nadie, su legislador supremo es superior a los sujetos de cada una de sus disposiciones jurídicas en relación con la sanción de tal disposición y que todas las disposiciones jurídicas sean efectivamente legisladas en última instancia por -- una persona o un grupo de personas".

Por su parte Kelsen, sólo sustituye el concepto de so-

---

135. Castan Tobeñas José. Los Sistemas Jurídicos Contemporáneos. pág. 5.

136. Las Teorías de Austin y de Kelsen fueron estudiadas en la obra de Raz, Joseph. El Concepto de Sistema Jurídico. pág. 35 y sigs.

berano por el de la norma fundamental y nos dice que (137) - "...un sistema jurídico es el conjunto de todas las disposiciones jurídicas creadas mediante el ejercicio de las facultades conferidas directa o indirectamente por una norma fundamental".

Por lo que de acuerdo a las definiciones establecidas, notamos que un sistema jurídico es un ser complejo que va a tener una estructura jurídica definida y delimitada, por lo que trataremos de descubrir como se conforma esa estructura que hará que un sistema jurídico sea considerado como tal.

Veremos que todo sistema jurídico descansa en el principio fundamental de la creación de la norma jurídica, que va a conformar la base fundamental de dicho sistema, por lo que estableceremos que la norma jurídica es una disposición que va dirigida al comportamiento humano, imponiéndole deberes o confiriéndole facultades, y para reafirmar esta idea de norma jurídica, estableceremos que ésta designa la unidad básica en la que un orden jurídico es dividido, por lo tanto, -- concluiremos que una disposición jurídica es el principio básico de todo sistema jurídico.

Por lo que respecta al principio de la disposición veremos que tanto Austin como Kelsen, tienen similitud en sus -- conceptos aunque existe una variante, ya que Austin define a

---

137. Raz Joseph. Ob. cit. pág. 122.

una disposición jurídica (138) como la que pertenece a un sistema si, y sólo si, fue legislada por el soberano que legisló todas las disposiciones jurídicas de tal sistema" y -- por su parte Kelsen señala (139) "...una disposición jurídica pertenece a un sistema si, y sólo si, fue creada mediante el ejercicio de las facultades conferidas por la norma fundamental, que confirió las facultades por las cuales las otras disposiciones jurídicas del sistema jurídico fueron creadas".

En base a estas definiciones podemos ver, que para Austin el concepto de sistema jurídico descansa en el principio de soberanía, en tanto que para Kelsen se establece en la -- creación de la norma fundamental.

Así, la delimitación de Austin está dada en cuanto a la soberanía (140), la cual es la base de una sociedad política independiente, en la que existe un hábito de obediencia, en la que una persona (soberano), es habitualmente obedecido y éste no presta obediencia habitual a ninguno, por lo que de acuerdo a este concepto un soberano se caracteriza por no es tar subordinado. Al poder legislativo, no puede ser revocado judicialmente; su poder legislativo es ilimitado, único.

---

138. Raz Joseph. Ob. cit. pág. 23.

139. Ibidem. pág. 124.

140. Ibidem. pág. 24.

Ambos autores consideran que para que un sistema jurfdico exista, tiene que haber una relación entre sus disposiciones jurfdicas, con el sistema jurfdico, lo que hace que exista un criterio de existencia y un criterio de identidad.

#### 2.4.1.1. Criterio de Existencia

Una disposición jurfdica existe si, y sólo si, alcanza un mínimo de eficacia.

La eficacia de Austin está dada por el mandato de un soberano a sus súbditos, así como la obediencia de éstas a - - quienes les es impuesto un deber por dicha norma o por la -- aplicación de la sanción permitida por ésta (141), en tanto que Kelsen basa su eficacia en la obediencia de aquellos a - quienes les es impuesto un deber por la norma. Para ambos - autores la existencia de una disposición se basa en un mandato, de un soberano para sus súbditos, y esto se dará sf el - que ordena el mandato desea que algunas otras personas se -- comporten de cierta forma, e intenta causar un daño para - - aquellas personas si su deseo no es satisfecho y tiene el poder para hacerlo. Dentro del criterio de existencia de Austin, existe el elemento de superioridad, el cual se da por - el poder de afectar a otros con un mal y forzarlos a confor-

---

141. Raz Joseph. Ob. cit. pág. 29.

mar la conducta de los súbditos con el deseo del soberano.

Dándose esta afectación para los sujetos que se encuentran dentro del sistema, como de aquellos que sólo se ubican en forma provisional (ej, extranjeros), los cuales aún no -- perteneciendo al sistema tienen que realizarlo, porque se encuentran parcialmente afectados por el poder del soberano.

Concluimos que la obediencia al legislador supremo implica, obediencia a sus disposiciones jurídicas, por lo tanto ambos autores hacen de la eficacia del sistema el criterio de existencia.

#### 2.4.1.2. Criterio de Identidad

El otro criterio que se desprende de un sistema jurídico, es que la disposición jurídica sea hecha por una persona o un grupo de personas, que substituyen el soberano. (142)

Este criterio de identidad marca el origen de las disposiciones jurídicas, hace que toda disposición jurídica incluya un acto legislativo, en su creación como en su culminación, este criterio es el principio de origen legislativo en la teoría de Austin, en tanto Kelsen cambia su criterio de identidad, en cuanto al origen de las disposiciones jurídicas por el de norma fundamental y por el de cadena de vali--

---

142. Raz Joseph. Ob. cit. pág. 37.

dez de los sistemas jurídicos (143).

La norma fundamental, es de acuerdo con Kelsen, la única autorizada para la creación de la primera constitución, - por lo que si una disposición jurídica no fue creada por esta norma fundamental, no pertenece al sistema jurídico.

La segunda condición de Kelsen es el de cadena de validez, la cual será el conjunto de todas aquellas normas tales que, cada una de ellas autoriza la creación de las otras normas de conjunto, con la excepción de la primera que es la -- norma fundamental.

De acuerdo a esta cadena de validez, en la que la base- la ocupara la norma fundamental, hará que de ésta se deriven otras normas jurídicas y éstas podrán autorizar a otras normas de derecho, así como establecer facultades legislativas, y donde esta cadena provocará una arborescencia jurídica, ya que la creación de una norma provocará la creación de dos o más normas, y éstas a su vez podrán crear otras tantas, haciendo que se forme un sistema jurídico. (144)

Así un sistema jurídico va a estar determinado por sus disposiciones jurídicas y éstas van a tener un criterio de existencia, es decir serán eficaces, y un criterio de identidad otorgadas por el principio de origen ya sea por la crea-

---

143. Raz Joseph. Ob. cit. pág. 126.

144. Ibidem, pág. 126.

ción de una norma fundamental que va a provocar la creación de las siguientes normas jurídicas, o en base a la creación del principio legislativo, conformará la estructura de los sistemas jurídicos, que harán que éstos existan y sean relacionados dentro de un orden jurídico dado, que conformarán una serie de elementos que les darán una característica de institutibilidad, iniciabilidad y complementabilidad, las cuales serán elementos denominados determinantes (145) y otra serie de elementos secundarios que se denominarán como fungibles.

En cuanto a la clasificación hecha de los elementos determinantes y fungibles, sólo diremos que los primeros son que van a dar a cada orden un perfil propio y una morfología específica que los distinguirá de los demás y que su modificación o alteración provocaría la alteración de ese orden jurídico, por ejemplo: la constitución del estado, la ideología oficial, el principio de separación de poderes, etc., modificarían su estructura, en tanto que los elementos fungibles, su alteración no provocará que se modifiquen las estructuras jurídicas, así por ejemplo, señalaríamos la modificación del derecho de familia, la reglamentación en cuanto al pago de algunas cuotas o derechos, etc., Ya que si éstos cambiaran no alterarían la estructura ni los órdenes jurídicos.

---

145. Constantinesco. Tratado de D.C. Tomo I. pág. 319.

#### 2.4.2. La Clasificación de los Sistemas Jurídicos

Toda vez que hemos establecido que van a existir una diversidad de sistemas jurídicos, como haremos para poder diferenciarlos? y así crear una clasificación de éstos. Ya que tienen una serie de características que hacen que se asemejen y se distingan, por lo que no será una tarea fácil la de lograr su clasificación, pues existen algunos que resisten - cualquier tipo de comparación o algunos tendrán una semejanza que harán que se confundan, por lo que entonces daremos - algunas clasificaciones que se han dado:

En el Congreso de París se distinguen: el sistema francés (corriente romanista), del angloamericano, el germánico, el eslavo y el musulmán. (146)

Esmein, distingue dentro de la civilización occidental. El grupo latino (Francia, Bélgica, Italia, España, Portugal, Rumania, América Latina); el grupo germánico, (Alemania, Suiza, Austria, Hungría y Países Escandinavos); el grupo anglosajón, (Inglaterra, Estados Unidos, colonias de lengua inglesa) y el eslavo (Rusia y los países eslavos).

Bryce, separa los grupos teutón, indostánico, mahometano y romano (147).

Taylor, diferencia los grupos romano, inglés, mahometa-

---

146. véase. Castan Tobeñas José. Los Sistemas Jurídicos, pág. 6.

147. Ibidem. pág. 7.

no, indostánico y chino.

Sarfatti, (148) expone dos grandes sistemas: Las codificaciones Romanas (Francia, Italia, España, Portugal, Egipto, Holanda, éstas son las romanas latinas) y las Romanas Germanas (Alemania, Austria y Suiza). Así como las que se inspiraron en ambos grupos como Brasil. Codificaciones Orientales (Japón y China) Y el Derecho Inglés (Gran Bretaña, Norte América, Colonias y Dominios).

Una clasificación por demás interesante nos la hace Clovis Bevilaqua, (149) los clasifica de acuerdo a un criterio histórico, haciendo las siguientes divisiones:

Las que conservaron su derecho nacional con influencias casi nulas del derecho romano (Sistema del Common Law).

Las que asimilaron más o menos el derecho romano. (España, Portugal e Italia).

Las de influencia romano-canónica e independientes del germano, (Francia, Bélgica, Holanda).

Los sistemas latinoamericanos de fuentes europeas (América Latina).

Solá de Cañizares, (150) establece la siguiente clasifi

148. Sarfatti Mario. Introducción al Estudio, pág. 102 y sig.

149. Véase Castan Tobeñas. Ob. cit. pág. 7.

150. Solá de Cañizares, Ob. cit. pág. 169 y sig.

cación. (Sistemas Occidentales, Sistemas Soviéticos, Sistemas Religiosos.

De esta larga clasificación de sistemas se pueden distinguir una gran variedad, pero casi podremos ver que existe una división entre los sistemas romanistas, del sistema inglés, y de un nuevo sistema como lo es el soviético, sin olvidar los sistemas imperantes en Asia como el sistema musulmán o mahometano.

Pero Rene David ha logrado conjuntar y conjugar todos los sistemas jurídicos en su obra "Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos", al agruparlos de acuerdo a la influencia que han recibido y a sus elementos determinantes y al denominarlos como familias jurídicas, logra su amalgación hará que al conocerlos y podremos hacer un adecuado estudio del derecho comparado, por lo que en el siguiente capítulo los analizaremos.

## CAPITULO TERCERO

### 3.1. LOS SISTEMAS ROMANISTAS

#### 3.1.1. HISTORIA DEL DERECHO CONTINENTAL

Al iniciar el estudio de los sistemas jurídicos contemporáneos lo haremos con el de los sistemas romanistas, (151), ya que por un lado representa el sistema de mayor territorialidad, abarcando la Europa continental, la América latina y aún alcanza territorios en Africa y Asia, así como es el sistema adoptado por nuestro orden jurídico (152), y su influencia ejercida para la formación del sistema jurídico soviético, como fue el antecedente del derecho inglés. (153)

Esta familia jurídica está íntimamente ligada con la formación y desenvolvimiento del derecho romano, el cual se ve favoreciendo cuando el imperio romano alcanza su auge territorial, y cuando ya no existe, y los hombres vuelven a

<sup>151</sup> He utilizado esta denominación porque enfoca las dos corrientes que se han dado del derecho romano, la romano Germánica y la romano-canónica.

<sup>152</sup> Merryman John. La tradición jurídica canónica. Introducción.

<sup>153</sup> David Rene. Los Grandes Sistemas Jurídicos. pág. 31.

creer en el derecho y en todas las ciencias y artes (Renacimiento), y se redescubre el derecho romano como la alternativa del derecho laico, que se aparta del sistema religioso; es decir, un sistema que se alejará del derecho religioso que prevaleciera durante la época del obscurantismo que había dominado durante siglos.

Porque este sistema jurídico civil (154) prevalecerá - gracias a las aportaciones que realizarán tanto las universidades como los jurisperitos.

#### 3.1.1.1. Restauración de la Idea del Derecho

La creación de esta familia está ligada al renacimiento como a la disolución de los rezagos del medioevo (155), - donde se manifiesta en todos los planos, como es el plano jurídico, ya que esta nueva sociedad piensa que el derecho es la única forma de garantizar el orden y la paz social, - abandonándose los conceptos de derecho divino (156); la sociedad civil se funda sobre el derecho, el cual acarrea el progreso de la sociedad civil, así David (157) señala "... El-

154. Esta denominación de derecho civil, es lo que lo distingue del sistema inglés. Merryman John. Ob. cit. pág.19.

155. Enciclopedia Autodidáctica Quillet. T-IV pág. 558.

156. La idea de que una sociedad debe ser fundada en base -- del derecho y justicia ya es establecida en la sociedad romana.

157. David Rene. Ob. cit. pág. 30.

sistema jurídico romano-germánico se funda sobre una comunidad de cultura, nació y sigue existiendo con independencia de todo significado político".

Este derecho creado en el occidente europeo y en donde las universidades juegan un papel predominante en el estudio de los derechos eruditos, ya que se extiende por toda Europa y después alcanza América, se ve favorecido por los centros de estudio en donde se estudia una técnica legislativa jurídica, en la que la función consistía en dictar una resolución de acuerdo a la concepción de justicia -El derecho es lo que debe hacerse y no lo que en realidad se hace- .

Esta técnica legislativa se ve fácilmente rerepresentada por el derecho romano; este derecho que exponía sus teorías en el idioma que la iglesia había conservado durante muchos años, además que se alejaba de ésta, ya que se le consideraba como un derecho pagano.

En todas las universidades, el estudio del derecho romano fue asistido por el derecho canónico, en tanto es el que se enseña en las primeras universidades europeas, y no es sino hasta posteriormente que se comienzan a realizar -- los estudios de los derechos nacionales (158) ya que en 1679, en Francia se enseña el derecho francés, y hasta el siglo - XVIII, cuando se expande el estudio de los derechos naciona

<sup>158.</sup> David Rene, Ob. cit. pág. 35.

les, así en 1707 se da en Alemania, en 1741 en España y en 1758 en Oxford, pero el estudio del derecho romano (159) siguió siendo la base de la enseñanza y el derecho nacional ocupó un plano secundario.

La enseñanza de estos derechos en las universidades empezó a crear escuelas, las cuales utilizan métodos propios de enseñanza. Así la primera de ellas es la de los glosadores la cual trata de ligar el sentido de las leyes de acuerdo a las compilaciones justineanas; la escuela de los posglosadores manifiesta una nueva tendencia, se dirige a perfeccionar y completar la ciencia jurídica romana alejándose -- del concepto justineano -Usus Modernus Pandectarum- Francia por su parte desarrolla la escuela de los humanistas; - en tanto que en Alemania surge la escuela de los pandectistas, continuando la obra de los posglosadores, culminando - con la creación de su Código Civil alemán (BGB).

Sin duda alguna una escuela que marca un gran desarrollo dentro de la concepción romanista es la escuela del derecho natural, la cual introduce la concepción de los derechos subjetivos como la idea de que este derecho natural es inmutable y común a todos los tiempos y a todos los países- haciendo fortalecer la comunidad jurídica europea mediante-

---

159. Este se dará hasta el período de las codificaciones nacionales.

la renovación de los principios de la familia romano germánica (160).

Grocio (161), que fué uno de los principales exponentes de esta escuela, justifica la aplicación del derecho romano en conformidad con el derecho natural y la razón, señala -- que todas las normas de derecho natural son provenientes -- del derecho romano.

La escuela del derecho natural exige que se acabe con ciertos métodos rutinarios, que se aplicarán con el derecho romano cuando éstos no sean acordes a la razón y a la justicia o a las necesidades de acuerdo a la concepción de su -- época (162). La escuela del derecho natural tiende a exigir la armonización de las soluciones halladas que se proponen para nuevas bases para el derecho.

### 3.1.1.2. Los Derechos Nacionales y Regionales

#### 3.1.1.2.1. Elementos Romanos

En este período se distingue por una parte el derecho erudito enseñado por los juristas en las universidades, y -- por otro lado el derecho que se aplicaba en los tribunales,

---

<sup>160</sup> David Rene. Ob. cit. pág. 35.

<sup>161</sup> Molitor-Schlosser. Ob. cit. pág. 51-52.

<sup>162</sup> Merryman John. Ob. cit. pág. 22.

lo que hace entonces que exista una romanización del derecho. (163).

La idea de que el derecho era la base para la armonización de la sociedad, que se propaga en el siglo XVIII es propuesta por las universidades como la alternativa del derecho romano como el sistema ideal, pero esta posible solución había que extenderla a jueces y a quienes dependía la aplicación del derecho.

Un acontecimiento habría de marcar la pauta para lograr retomar la idea del derecho; ya que en 1215 una resolución del concilio IV de Letran, prohíbe a los clérigos intervenir en los procesos en los que se recurriese a las ordalías o al juicio de Dios, esto ocasiona un cambio decisivo, ya que no se podía concebir que la sociedad civil se rigiera por el derecho, mientras los procesos dependían de una resolución sobrenatural, por lo que se busca un proceso natural.

Una vez que se acepta la aplicación del derecho se produce una incógnita, ¿hay que aceptar un derecho en base a -

163

Esta romanización se encuentra en nuestro derecho ya que se podrá verificar que gran parte de las figuras del derecho son de origen romano, así como de las instituciones que rigieron al derecho romano. Cfr. Margadant Floris. - El derecho privado romano. Introducción.

un sistema de costumbres o sobre una base jurisprudencial?. La primera solución consistía en aceptar un derecho ya elaborado, en tanto que la segunda en irlo elaborando. Esta - segunda solución se acepta en Inglaterra donde se forma el common-law.

Pero en los países continentales se aplicó el sistema de normas enseñado en las primeras universidades el cual -- ejerció una influencia considerable. En la edad media no -- intervenían en las funciones judiciales ni en su evolución, ya que la concepción que del derecho se tenía es que es una forma de lo justo, debido a las decisiones del soberano. - Se le dio auge a la doctrina para que fuera la batuta de la jurisprudencia en el descubrimiento y formulación de las -- normas jurídicas. Podemos así concluir que las universidades tienen una función decisiva en la creación de la familia jurídica romanista; por su parte David, (164) señala "El renacimiento de los estudios de derecho romano constituye - el derecho decisivo que señala el nacimiento de la familia jurídica romana. Los países que la integran son aquellos - juristas y profesionistas que se han formado en las universidades, se apropian de sus concepciones jurídicas y forjan sus métodos de análisis y de razonamientos en la escuela de los romanistas".

---

<sup>164</sup> David Rene. Ob. cit. pág. 37.

### 3.1.1.2.2. Elementos No Romanos

Hemos visto que el derecho se ve enriquecido gracias - al trabajo de las universidades y a la recepción que se hizo del derecho romano, pero también existen elementos que no son romanos y que de alguna manera influyeron en la recepción del derecho, los cuales fueron tomados de otras - fuentes, siendo especialmente el derecho canónico, las costumbres no romanas y la legislación.

El derecho canónico es una fuente de este derecho, el cual en los siglos XII y XIII, con las jurisdicciones eclesiásticas gozaron de una considerable competencia y las jurisdicciones que les remplazaron se sirvieron de este derecho. El derecho secular sufre algunas modificaciones respecto al derecho sustantivo, incluso la propia Inglaterra aplica el derecho canónico en materia matrimonial y sucesorio. En Francia también se dan estas influencias, ya que existen países de derecho escrito y derecho costumbrista.

Una segunda fuente son las costumbres locales de origen no romano, siendo fundamentalmente el origen de estas costumbres de descendencia germana, asimismo los estudios realizados de derecho comparado han mostrado que existen -- una serie de costumbres de pueblos que no habían tenido en ningún momento contacto con el pueblo germano; asimismo se han descubierto importantes diferencias entre los derechos-

de los pueblos y tribus germanas, aunque hay que hacer notar que los pueblos franceses que se consideraban como pueblos de derecho costumbrista, tuvieron esta influencia o -- contacto germano. (165)

La tercera fuente no romana del derecho es la legislación; esta fuente va a marcar la pauta para la creación de otro período que prevalecerá dentro de la formación de esta familia jurídica, ya que el derecho existe independientemente de los mandatos de la autoridad soberana (166), las decisiones del soberano se encaminan unilateralmente como interpretativas del derecho y en tanto establecen ordenanzas que afectan al derecho sustantivo.

La escuela del derecho natural del siglo XVIII ve en el soberano a un legislador, le atribuye la función de reforzar al derecho; los países del continente se encomiendan hacia una nueva fórmula de clasificación, y ya no es un trabajo copilador, en donde el derecho se desarrolla en un solo plano y en una sola persona", el legislador". (167).

---

165

David Rene. Ob. cit. pág. 44.

166

respecto a si el soberano tiene un poder autónomo de determinación véase las teorías de John Austin en El concepto de Sistema Jurídico. Raz Joseph. págs. 198 y sigs.

167

Molitor. Ob. cit. pág. 58.

### 3.1.1.3. El Período del Derecho Legislativo

La escuela del derecho natural, ha alcanzado su cúspide en esta etapa, con la elaboración de una nueva técnica jurídica (la codificación), esta etapa es la que marca una revolución dentro de la ciencia jurídica romana, asimismo - se inicia en esta época la etapa de un derecho público que ya existía anteriormente, pero sólo como una forma de exclusión del derecho, pues existe la tradicional teoría romana del interés en juego (168), y es sino a efecto de sacar al derecho público del estudio de los juristas, si es que realmente existía (169) en su dominio, es decir, esta situación sólo prevenía a los juristas de cualquier intromisión de -- una materia tan peligrosa, y reservada sólo para el estado romano.

Así Merryman señala, "...que el derecho público realmente se inicia bajo el período de la revolución, como lo es la revolución francesa y la independencia de los Estados Unidos de América en que en si surgen las materias públicas, ya que el derecho penal se desarrolla con Beccaria (1776) y el derecho constitucional nace con los principios de la revolución francesa, en la que es también aquí donde se desarrolla el derecho administrativo, pues en este país en don-

168. García Maynes. Ob. cit. pág. 132.

169. David Rene. Ob. cit. pág. 47.

de mayor se han desarrollado éstos". (170)

Otro punto que marca la pauta en este período es la codicación, que es la consumación lógica de la concepción y de la obra llevada a cabo por las universidades, ya que éstas enseñaban desde siglos atrás un modelo de justicia y de razón, que lleva la voluntad de convertirlo de un derecho - ideal a un derecho real y tangible.

La codificación entonces, es la culminación de estas - tendencias idealistas, y a las cuales mediante el proceso - de recoger la legislación sistematizándola y elaborándola - científicamente, se llega a reducir las ramas del derecho - en una ordenación sistemática de reglas legales. (171)

Esta codificación contribuirá a terminar con los ar- - caísmos y la fragmentación del derecho y la mutliplicidad - de las costumbres, distinguiéndose ésta de las anteriores - compilaciones oficiales y privadas (172), ya que ésta, debe- de realizarse por un soberano ilustrado, con el afán de consagrar los principios de justicia, libertad y dignidad del- individuo, a los cuales la escuela natural consideraba como

---

170

Merryman John. Ob. cit. págs. 35 y sigs.

171

Bayetich. Ob. cit. pág. 9.

172

Si recordamos todas las codificaciones que se realizaron en el derecho romano eran de tipo privado u oficiales.

la base de la nueva sociedad política. Todo esto constituye el instrumento que se expande hacia el interior de Europa como fuera de ella, lo que permite la expansión del derecho romano.

### 3.1.2. LA EXPANSION DEL DERECHO ROMANO

Hemos analizado que el derecho romano es la fuente del derecho actual de muchos países contemporáneos, aquí trataremos de intentar delimitar de acuerdo a algunos autores la división entre derechos romano-germánicos y los derechos romano-canónicos, veremos como se establecen éstos.

#### 3.1.2.1. Derechos de Europa Central

Dentro del contexto de la Europa Central lo caracterizan las codificaciones alemanas o de origen alemán, así el desarrollo de la ciencia pandectista alemana se enmarca por una pauta de un sistema jurídico moderno con un estado nacional (173), caracterizándolo las codificaciones alemanas o de idioma alemán pertenecientes propiamente a Alemania, Australia, Suiza, como aquellos ordenamientos de los estados - en los que o a consecuencia de la unidad geográfica, de la sucesión política jurídica, o bien más allá de estos cana--

---

173.

Sarfatti Mario. Ob. cit. pág. 127.

les de comunicación, por el camino de una recepción dirigida se introducen a los sistemas jurídicos de los estados o eran asimilados como modelos. (174)

### 3.1.2.1.1. Códigos Netamente Germanos

#### 3.1.2.1.1.1. Código Civil Suizo

Después de la caída de Napoleón, en Suiza cada cantón suizo se da su propia legislación, pero el espíritu era el de una unificación del derecho privado, y sobre la base de la constitución de 1874 se crean algunas leyes civiles, así como un código de obligaciones. Pero estas legislaciones no complacían el espíritu suizo, por lo que en 1884 la asociación de juristas suizos encomienda a EigenHeber la elaboración de una obra que quedó plasmada en cuatro volúmenes, esta legislación no fue aceptada, así que en 1904 se redacta un nuevo código, que es el código civil actual (ZBG), redactándose éste en los tres idiomas administrativos (alemán, francés e italiano) y entra en vigencia en 1912. (175)

El ZBG, es de un sistema abierto que otorga libertad al juez a decidir sobre alguna laguna legal. Asimismo este código (ZBG) hizo que se modificara el código de obligaciones de 1881.

---

174. Molitor-Schosser. Ob. cit. pág. 124.

175. Ibidem, pág. 124.

Este código alcanza tal prestigio que en 1922, el mustafa Kamal Pascha adopta este código, y así el código civil turco será casi una traducción de este código suizo.

#### 3.1.2.1.1.2. Código Civil Austriaco

El código civil austriaco (ABGB), entra en vigencia en 1812, este ordenamiento fue producto de una serie de trabajos codificadores que se realizaron desde 1753 ya que se habían realizado una serie de codificaciones, pero es hasta los trabajos de Zeiller en que se culmina esta obra. (176)

Debido a la fortuna política de Austria este ABGB, se extiende por varios estados europeos, y por algunos otros es después abandonado.

El mayor mérito de esta legislación es debida a la exclusión de toda casuística acompañada de conceptos fundamentales, así como el legislador recurre a abatir toda norma de derecho constituido, aceptando sólo como fuente secundaria el derecho natural, este ordenamiento se divide en personas, cosas, y de las normas comunes a los derechos de las personas, y de las cosas.

#### 3.1.2.1.1.3. El Código Civil Alemán

El código civil alemán (BGB), de 1900 fue objeto de --

<sup>176</sup> Sarfatti, Ob. cit. pág. 126-129.

una serie de procesos legislativos meticulosos y delicados, ya que antes de su promulgación pasa por dos proyectos, - - siendo aprobado en el tercero. (177)

El primero se auna a una serie de leyes imperiales de 1877 y la reunión de una comisión de 1874, este proyecto -- asf como las leyes imperiales se ve subordinado a una segun da comisión que se le conoce como el segundo proyecto de -- 1890, en la que se desarrolla una buena técnica legislati-- va; asimismo la realización de sesiones públicas que logra ran un buen antecedente del tercer proyecto en las que se - ven culminados los trabajos de elaboración del código y su promulgación en 1900.

Este BGB, amalgama la solidez del código prusiano con la redacción del Code Civil, superando a éstos en dogmáti ca jurídica, la cual constituye un modelo de técnica de regulación social, es este código la base para la elaboración de otros ordenamientos tales como el Código Civil Griego de 1940-1946; el de Brasil de 1916; el Tailandés de 1925; el - Peruano de 1936; y el de China de 1912, aunque éste tuvo vi da efímera.

---

177, Molitor-Schosser. Ob. cit. pág. 115.

### 3.1.2.1.2. Códigos Netamente Latinos

#### 3.1.2.1.2.1. Código Civil Francés

En Francia existían regiones de derecho escrito y de derecho costumbrista, los primeros se regían por el derecho romano traído desde Italia, y los segundos son introducidos por los francos.

Este código fue el fruto de una pluralidad de pensadores y de ideas que se apoyan en el derecho canónico, es la obra de los doctrinarios que desde 1505 se decidieron a alcanzar la unificación legislativa. (178)

El Código Francés se elabora mediante una comisión en 1800, la cual después de una serie de conflictos realizan tres ediciones oficiales, el código civil francés de 1804; el Código de Napoleón de 1807; y el Código de la monarquía de 1816.

Este Código Civil Francés de 1804, en 1852 vuelve a tomar el nombre de Código de Napoleón, y se compone de un título preliminar, un libro de personas, de las cosas, de las formas de adquirir la propiedad y de las obligaciones.

Se extiende a lo que ahora es Bélgica, Ginebra, y en -

---

178. Sarfatti Mario. Ob. cit. pág. 103.

algunos ducados europeos, así como en Portugal, Egipto, Holanda y los Países Bajos. (179)

### 3.1.2.1.2.2. Código Civil Italiano

Después de que Italia cae bajo el imperio de Napoleón, esta legislación penetra en todos los estados italianos, y aunque su presencia fue breve (1804-1814), deja entre los gobernantes el deseo de una codificación. Muchos estados adoptan legislaciones extranjeras, hasta que en 1865 se publica su primer código, así como la elaboración de una reforma al derecho de obligaciones de 1931. (180)

Este país inicia sus trabajos preparativos desde 1923, adquiere forma en 1939, año que se da la decisión de unificación de todo el derecho privado, y en 1941 cada uno de los libros por separado van entrando en vigencia hasta la total integración de todos en 1942, este código italiano es copia del alemán en lo referente a obligaciones y para algunos autores puede servir de ejemplo para la uniformidad del derecho europeo.

---

179 Molitor-Schossler. Ob. cit. pág. 76.

180 Sarfatti, Ob. cit. pág. 116.

### 3.1.2.1.2.3. Código Civil Español

España desde 1811 tiene ideas codificadoras, este país sufre directamente el conflicto de los elementos romanos y germanos, a los que se les ve inmersos como en las compilaciones de Alarico, y la invasión de los árabes hace que se establezca la formación del Código. Alfonso X los toma en consideración y redacta el fuero real (1221-1255) de derecho germánico y el código de las siete partidas de carácter romano.

Desde los reyes católicos, se hacen una serie de compilaciones que van desde 1484 hasta la Novísima Recopilación de 1805.

Estas compilaciones hacen que se remarque la necesidad de una unificación legislativa, y en 1851 se concluye un proyecto, aunque por decreto de 1880, se dejan subsistentes las legislaciones forales. Este Código entra en vigencia en 1899, pero tiene una serie de defectos en virtud de que algunas materias importantes se dejan a leyes especiales de origen germano, este ordenamiento se compone de un libro preliminar y cuatro libros más; personas, bienes, propiedad, forma de adquirirla y de obligaciones. (181)

---

<sup>181</sup> Ibidem, pág. 118.

### 3.1.2.2. Los Derechos Extraeuropeos

La extensión de los sistemas romanistas no es propio de Europa, sino que se extienden fuera de sus fronteras, dándose éstos en el resto del mundo (182)

Encontraremos que en América se da el estudio de los derechos romanistas, y éste también se desarrolla en las universidades que existen en América Latina desde el siglo XVI, pues la primera se da en Lima en 1551 y la de México en 1553.

En América estos derechos se encuentran en los dominios y colonias francesas y españolas, siguiendo la misma tradición que en Europa, en los que se da un proceso legislativo y un sistema codificado, y en algunos países americanos esto se da posteriormente después de la confluencia europea (183), siendo casi toda América Latina la que adopta estos sistemas romanistas, aunque hay países en que existe el sistema inglés, como Estados Unidos y Canadá, pero en estos países que en algún tiempo sintieron el dominio español o francés han mantenido algunas instituciones del derecho colonial.

Esta misma colonización se ve en Africa y Madagascar,-

<sup>182</sup> David Rene. Ob. cit. pág. 57 y sig.

<sup>183</sup> En México en primer Código Civil se promulgó en 1870 aunque ya se habían creado algunos proyectos.

los estados del imperio francés, como en el Congo Ruanda, y Burieni, así como las colonias españolas y portuguesas se adhieren a los sistemas romanistas, las islas de Mauricio y las Seychelles, pertenecen a esta familia. Etiopfa con la promulgación de sus códigos entre 1957 y 1960 se encuadran dentro de un sistema romano, hoy socialista, la Unión Sud-africana debido a la colonización holandesa y la soberanía inglesa se consideran una legislación mixta.

En Africa del norte, algunos estados han seguido legislaciones francesas, pero también existe influencia musulmana por lo que también se da un sistema mixto.

En Asia también se nota, ya que Turquía desde 1914 pertenece a esta familia con la promulgación de los códigos -- traducidos del suizo así existen como un sistema mixto: -- Egipto, Iran, Irak, Siria.

Esta influencia en el extremo oriente se establece en China hasta la revolución comunista, pero se deja sentir en Formosa, Corea, Vietnam, Camboya, Laos, Filipinas que adopta un sistema mixto con el inglés.

Indonesia por su parte se observa un derecho romanista, con influencia musulmana, por lo que se le considera también como un sistema mixto.

### 3.1.3. La Estructura Jurídica de la Familia Romanista

#### 3.1.3.1. Derecho Público y Derecho Privado

Dentro de esta familia jurídica, una característica es la existente entre la dicotomía que existe entre derecho público y derecho privado, cuyos conceptos son ampliamente conocidos por los juristas continentales, así como la gran diferencia entre la vieja tradición de derecho civil y derecho público. (184)

Dentro del derecho público sólo estableceremos que todavía se encuentra en sus inicios respecto al derecho privado, ya que aunque Francia ha desarrollado un procedimiento contencioso-administrativo, no ofrece suficientes garantías a los particulares; también podemos decir que este derecho-administrativo es frágil de acuerdo a las bases con las que se apoya el derecho civil. (185)

Otra característica que se hace patente en cuanto al derecho público francés es que éste mantiene ciertas semejanzas de estructura, debido esencialmente a que el pensamiento jurídico-político del sistema, se ve reflejado en el pensamiento de Rousseau y Montesquieu, en lo que hace la constitucionalidad del derecho público, así como Beccaria --

---

184. Merryman John. Ob. cit. pág. 35.

185. David Rene. Ob. cit. pág. 63.

asienta las bases de un derecho penal moderno.

El derecho privado tiene en cambio, una gran tradición jurídica, esta tradición civil divide al derecho civil en - derecho civil canónico, que abarca los derechos latinos y - el derecho civil germano, los cuales se analizaron anteriormente.

La división que se hace del derecho privado es similar en todas las legislaciones civiles, y de acuerdo a algunos- autores las obligaciones (186), constituye el núcleo cen- tral del derecho privado, cuya importancia se ve enmarcada- en cuanto al derecho nacional, como al internacional.

Dentro del derecho privado existieron los países de derecho escrito y los países de derecho costumbrista, la que descansa en una base canónica que va a influir en su legis- lación esencialmente al derecho de familia. Asimismo, hay- que hacer notar que los sistemas observados tienen ciertas- deformaciones conceptuales que operan en cada ordenamiento, porque las diferentes figuras jurídicas se ven alteradas en cuanto a su significación, pues por ejemplo, la noción ale- mana de enriquecimiento ilícito no concuerda con la noción- francesa de enriquecimiento sin causa.

---

186. Ibidem, pág. 45.

### 3.1.3.2. La Norma Jurídica

Cuando estudiamos las estructuras jurídicas, vimos que la noción de norma jurídica es lo que va a cimentar el edificio jurídico en la que se asienta el orden social. Dentro de esta familia la estructura en que se concibe la norma jurídica asegura la unidad del sistema, y la cual en todos los países de esta familia es analizada y caracterizada en forma semejante, en donde la doctrina es la que se ha de dicado a ordenar y sistematizar las decisiones de la forma en que se elabora ésta, se le ha considerado como una norma de conducta, la cual está dotada de generalidad, lo que - - creará los principios jurídicos que nutren a esta familia.

La elaboración es por demás minuciosa y delicada, la que se realiza mediante un proceso legislativo, por lo que los jueces no la crean, sino mediante determinadas técnicas sólo la interpretan y la adecúan al caso concreto. Mediante este proceso legislativo es como se genera, se establece rán normas de conducta generales, siendo este tipo de generalidad y si concreta, para la aplicación de los problemas que se presentan dentro de la esfera jurídica de los particulares tanto como dentro de los órganos del Estado.

### 3.1.4. Las Fuentes del Derecho

Dentro de esta familia todos los países se presentan. -

como de derecho escrito, en la que el legislador será el que dará la pauta para la creación de la norma jurídica, y el juez parece ser que sólo se le asigna una tarea interpretativa.

Este análisis no es del todo correcto ya que el legislador no es la persona que crea en si el derecho, ya que como anteriormente analizamos, es la escuela del derecho natural la que ha exigido al legislador que sancione las leyes-producto de una tradición jurídica, pues nuestros códigos-comparables a obras doctrinales, son cuadros o espejos en que los juristas ejercen su actividad creadora en busca de soluciones justas.

Así, para incoar un procedimiento ante un tribunal es preciso demostrar la adecuación a la norma jurídica y el juez sólo tendrá que aplicar el derecho a la violación de esa norma jurídica.

#### 3.1.4.1. La Ley

La ley es sin duda alguna dentro de esta familia la principal fuente formal del derecho, es la forma primaria para la creación de la norma jurídica, tanto que en el siglo anterior en que todos los países continentales alcanzan sus logros legislativos, con la creación de sus códigos y constituciones escritas, las cuales son redactadas con tal-

precisión jurídica que algunos países los han tomado como modelo, llegando esta influencia hasta los países americanos en la que se han copiado algunas disposiciones de éstos.

Estos ordenamientos son escritos o redactados por la creación de un poder que se encarga exclusivamente de realizar esta función, y que se basa en los principios de los liberales franceses del siglo XVIII.

Vemos que esta familia jurídica sigue dos corrientes a saber, por un lado se trata de utilizar una técnica jurídica lo más precisa posible a costa de convertirse en una ciencia esotérica como lo es la corriente francesa o la Romano-Canónica; y por otro lado la que intenta expresarse en forma más comprensible incluso para el vulgo como lo es la corriente germana o la Romano-Germánica.

Pero ambas familias suelen dividir sus ordenamientos en constituciones, códigos, las leyes, los reglamentos y las circulares.

#### a) Normas Constitucionales

De acuerdo a la concepción Kelsiana o la de Austin ya anteriormente estudiadas, encontramos en primer plano a las constituciones o leyes constitucionales, gozando éstas de una jerarquía especial tanto jurídica como políticamente.

Estas constituciones suelen dividirse en una parte dogmática y una orgánica, en donde la primera establece los -- principios y derechos del hombre y del ciudadano, la segunda es la que se encarga de establecer el equilibrio y la división de poderes, como la organización, atributos y obligaciones de estos poderes. Asimismo dentro de estas constituciones existe el principio de control de constitucionalidad de las leyes, esto va a garantizar al individuo o a cualquier entidad jurídica la posibilidad de que no se violen - ni perjudiquen los derechos humanos y el equilibrio de poderes.

#### b) Códigos

Las leyes que les siguen en jerarquía a las constitu-- ciones son los códigos, los cuales son compilaciones que -- pretenden exponer los principios del ius comune moderno. - El que se declaraba formalmente aplicado al estado con la - pretensión de ser aplicado dentro del estado.

Dentro de algunos países, la codificación se encierra-- dentro de los mismos límites de creación y aplicación de -- las normas jurídicas, aunque en algunos se dan algunas mate-- rias fuera de estas codificaciones.

Estas grandes codificaciones se han expandido en todo-- el mundo, y de las cuales algunas sirvieron como los mode--

los de creación para legislaciones posteriores.

c) Leyes

Las leyes son disposiciones jurídicas, que van a regular las restantes clasificaciones jurídicas, así las encontramos en derecho fiscal, administrativo, etc. y las que se desarrollarán en el campo público o privado.

d) Reglamentos

Las leyes a veces necesitan de una ordenación en cuanto a sus funciones o en cuanto a su división orgánica, esto traerá como consecuencia que se den los reglamentos, los --cuales van a regular y delimitar las funciones y las categorías de los sujetos o entidades a las que les toca aplicar estas leyes.

e) Circulares

Muchas veces a los funcionarios a los que les corresponde aplicar las leyes se guían por circulares; las que --son disposiciones de los superiores jerárquicos, en las cuales se darán las instrucciones de servicio, evitando con esto todo tipo de irregularidades e ilegalidades que los organismos puedan llegar a cometer.

### 3.1.4.2. La Costumbre

La costumbre representa una fuente valiosa para el estudio de esta familia jurídica, en la que si bien legislativamente no tiene gran influencia, el legislador, el juez o los autores, son guiados más o menos concientemente por la opinión y por la costumbre de la comunidad en la formulación y la aplicación del derecho.

Esta costumbre se analizó de acuerdo a la escuela positiva, en la que no se identifica con la actividad del legislador. Dentro de las corrientes que se dan en esta familia jurídica, la escuela francesa parecía verla como una fuente un tanto anticuada, en tanto que la escuela histórica o la escuela alemana la trataban de poner en un mismo plano con la ley.

En la actualidad la ley es la fuente exclusiva o casi-exclusiva del derecho, aún cuando la costumbre tiene o debe de tener una relevancia jurídica que haga que el derecho se aplique de acuerdo a las concepciones más que jurídicas, sociales que marca la sociedad para que ésta tenga la jerarquía a la que tiene y ha tenido derecho.

### 3.1.4.3. La Doctrina

Siendo las universidades las que han formado y forjado a esta familia y de las que se deriva nuestro derecho ac-

tual. Encontraremos que esta fuente es fundamental ya que se ha formulado desde el siglo XIII y alcanza su meta en el siglo XIX, al ser una escuela doctrinal la que concibe la compilación de las normas jurídicas que regulan y deberfan regular a las sociedades.

El derecho encuentra en las universidades y en las obras doctrinales las teorfas por él previstas, las normas que harán que el derecho formara y forjara el vocabulario y los conceptos que van a ser utilizados por el legislador, así como la creación de los métodos con los que se van a descifrar y descubrirse el derecho e interpretarlo.

La doctrina será entonces la herramienta que incite al legislador y a los jueces, siendo en este caso sólo la fuente mediata que establecerá el derecho dentro del periodo legislativo en la que se verá la influencia de aquella.

#### 3.1.4.4. La Jurisprudencia

Esta fuente dentro de esta familia está supediata a la decisión que harán los jueces al aplicar y al interpretar el derecho, ya que éstos deben cierta sumisión a los textos legales, y el papel creador de la jurisprudencia queda disimulada tras la apariencia de una interpretación en la que algunos legisladores y legislaciones le otorgan un poder creador, aunque dichos efectos no quedan como formación ge-

nérica, ya que éstas son normas frágiles y susceptibles de ser abrogadas o derogadas en cualquier momento al presentarse un nuevo diferente caso concreto.

### 3.2. LOS SISTEMAS DEL COMMON LAW

El sistema del common-law se establece y nace en Inglaterra, se extiende a los Estados Unidos y a los dominios de éstos, para precisar el ámbito de este sistema jurídico, -- hay que hacer un análisis del sistema inglés, y de la historia de Inglaterra ya que es aquí donde se dan las instituciones y en los Estados Unidos donde se difunde, aunque -- existen otros países que recibieron su influencia, en menor grado, como el caso de la India y Sudán.

El derecho inglés es la cuna del Common-law, limitándose a Inglaterra y al país de Gales, ya que no es el derecho del Reino Unido, puesto que Irlanda del Norte, Escocia, Las Islas de la Mancha y la Isla de Man, no están sometidas al derecho inglés. (187)

#### 3.2.1. La Historia del Derecho Inglés

Para los historiadores ingleses, la historia se inicia en el año de 1066 d.c., que es la fecha en que los normandos conquistan Inglaterra, cuando diversas tribus de origen germánico, sajones, anglos, jutos, daneses, se apoderan de Inglaterra por Guillermo el Grande, y cuando debido a San Agustín de Cantorbery se convierten al cristianismo, y se -

---

<sup>187</sup> Lozano Mario. Ob. cit. pág. 167.

elaboran algunas leyes, semejantes a las leyes bárbaras.

Las primeras leyes son las de Edelberto rey de Kent, - redactadas en las lenguas anglosajonas en el año 600, y cuatro siglos después se dan las leyes del rey Danes Canuto el Grande (1017-1035), en que se redactan leyes más elaboradas y con influencia feudal.

Estos normandos que se encuentran en un país conquistado y cuya lengua desconocen (188), permanecen dentro de un espíritu de organización, en la que se manifiesta en la redacción de un documento conocido como el "Domasday" en que se relacionan los 15,000 dominios (manors) y los 200, mil - hogares que existían en la época. Siendo esta organización la que permite se desarrolle el common-law.

Este common-law, llamado en la lengua normanda comune-law, perdurará hasta el reinado de Eduardo Primero hasta el siglo XVII (189), es el derecho común a toda Inglaterra.

En esta época (1066), la asamblea de los hombres libres denominada Country Coirt o Hundred Court, aplica las - costumbres locales, es decir aplica las decisiones establecidas por un modo de prueba que no pretende ser racional. - Estas asambleas serán remplazadas por los (Courts Baron, -- Courts Leet, y Manorial Courts) y también su aplicación se-

<sup>188.</sup> Esta lengua es el francés, que es la usada en los Tribunales Ingleses.

<sup>189.</sup> David Rene. Ob. cit. pág. 244.

rá de acuerdo a la costumbre local.

La elaboración del comunne lay será exclusivo de los tribunales reales de justicia, cuya denominación debido a su sede a partir del siglo XIII será el de los Tribunales de Westminster.

### 3.2.1.1. Los Tribunales Reales

El rey ejerce su alta justicia sólo a través de los tribunales reales, los cuales no tienen en un período posterior a la conquista normanda una competencia universal. La competencia del rey se limita cuando la paz del reino es amenazada o cuando no se puede realizar la justicia mediante los tribunales locales. La curia regis, es el órgano en que el rey se estatuye con sus servidores más próximos, así como de los grandes del reino, siendo el tribunal de los grandes personajes y de las grandes causas, no abierto a cualquiera. y su competencia se limita a tres categorías de causas.

- Asuntos que interesan a la Hacienda Real.
- Asuntos que atañen a la propiedad territorial.
- Asuntos penales graves que ponen en peligro la paz del Reino.

Siendo tres los tribunales los que conocerán en un principio la aplicación de estas materias.

- Tribunal de la Hacienda
- Tribunal de las causas comunes
- Tribunal del banco del Rey.

Esta distinción de tribunales desaparecerá y serán los tribunales de Westminster los que podrán conocer estas materias, así como los Country Courts o los Hundred, los que seguirán conociendo la administración de justicia, aún en ferias y mercados.

A final de la edad media, será cuando los tribunales reales tendrán los medios efectivos para ejercer y ejecutar sus propias decisiones; asimismo, junto con la iglesia el rey puede obligar a prestar juramento, para obligar a declarar en los tribunales.

### 3.2.1.2. Los Writs

Para pedir justicia al rey, es necesario acudir a un oficial de la corona, "El Canciller" y solicitaba se le expediese un "Writ" (breve), que será lo que le proporcionará la vía de jurisdicción real. Así el canciller examinaba el caso en cuestión (aunque a veces se concedía sin previo examen) y se establece una lista a disposición de los particulares mediante el pago de derechos a la Cancillería.

Otra forma de obtener un Writs es acudir a los jueces por vía de queja o petición, así es como se establece una -

lista de Writs -brevia cursu- que no son muy numerosos, ya que hasta el siglo XIX no exceden de 72. (190)

En 1215 se crea un segundo estatuto de Westminster, -- sin lograr trascendencia jurídica alguna. Dentro de la -- edad media en los tribunales reales el procedimiento era -- más importante que el derecho sustantivo, conocida esta época como la de "Remedies Precede Rights". Marcándose desde aquí la formulación de un derecho basado en un sistema de -- precedentes judiciales.

### 3.2.1.3. El Common Law y la Influencia de la Equidad

El derecho equidad o la equidad inglesa, surge como -- una forma de jurisdicción capaz de lograr una solución cuando el common law no era capaz de ello, y ésta era una forma de subsanar esas insuficiencias. (191).

A partir del siglo XIV, los particulares que no habían podido obtener justicia ante los tribunales, recurren al -- canciller para solicitarle que intervenga por vía de gracia y de satisfacción a la conciencia y al espíritu de caridad, y éste se lo transmitía al rey.

Esta equidad, desarrolla la actividad del canciller al

<sup>190</sup>. Ibidem. pág. 246.

<sup>191</sup>. Castan Tobeñas, José. Ob. cit. pág. 94 y sig.

aplicar este tipo de jurisdicción que se basa en los principios del derecho canónico y son el fondo de este derecho, - su eficacia la aseguraba la prisión del contraventor o el - secuestro de bienes, los que se consideraron actos legítimos, el cual tiene fuerza ejecutoria hasta que en 1616, el rey Jacobo I, se pronuncia a favor de la Cancillería y le da fuerza legal a estas decisiones, dando al derecho inglés una estructura dual al aplicar las dos jurisdicciones, y será en 1875 en donde se aplique únicamente por la cancillería.

### 3.2.2. Estructura del Derecho Inglés

El sistema inglés es diferente al continental por lo que sus fuentes serán distintas, lo mismo que sus estructuras jurídicas, por lo que la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la norma jurídica serán diferentes en ambos sistemas.

El uso del vocabulario jurídico fundamental, encontrará grandes diferencias entre ambos derechos, así el jurista continental dentro de este sistema no encontrará la dicción de derecho público y derecho privado como las divisiones entre derecho civil mercantil, o administrativo, y en su lugar encontrará conceptos como el de Common-law o equity, así como el de algunas figuras jurídicas como el de - trust, estoppel, que le son del todo desconocidas.

Otro concepto en el que se enmarca una diferencia es en la concepción de la norma jurídica, ya que la "Legal - - Rule" representada en el derecho inglés, está situada a nivel menor que en los sistemas continentales.

Existe una división entre las categorías jurídicas de ambos sistemas, pues las divisiones de civilistas o penalistas se ven remplazadas por las de common-law y equity, así como la diferencia de los textos utilizados en este sistema son denominados como el de "Trust, Sale of Goods, Domestic-Relations".

Este evidente cambio de estructura deriva de su historia en virtud que ha sido ordenada al margen de toda conformación jurídica y basada en bases procedimentales.

#### 3.2.2.1. Common Law y Equity

Dentro del derecho inglés todo es derecho público, justificando su competencia de los tribunales reales en razón del interés que tuviera la corona en el litigio en cuestión, y esta diferencia de common law y equity es el punto distintivo del sistema inglés, las cuales fueron fusionadas a partir de la decisión de las Judicature Acts de los años 1873-1875, y que le va a dar a este sistema su característica propia. (192)

---

192. Castan Tobeñas. Ob. cit. pág. 97.

A partir de estas Judicature Acts, se plantea cual es el procedimiento a usar ya que, por un lado está el common-law y por el otro la equity, por lo que los jueces y los juristas tendrían que determinar cuando usar los derechos - - equidad y cuando el common-law, cuando un procedimiento escrito del primero y el procedimiento oral del segundo.

El common-law abarca por lo tanto el derecho penal, el de los contratos y el de responsabilidad civil, y por su -- parte la equidad abarca en forma exclusiva o concurrente -- las siguientes.(193) .

a) Derechos Equitativos

Patrimonios y títulos de propiedad creados y regidos - por el derecho equidad, los trust o fideicomisos, hipotecas y gravámenes, cesión de derechos, protección de bienes e intereses de personas incapacitadas, administración de bienes pertenecientes a las sucesiones, subrogación, caducidad y - penas convencionales, el caso fortuito, el error, el dolo, - la lesión, la violencia en relación con las obligaciones nacidas de los contratos o la ley, la doctrina del estoppel, - fianzas, sociedades en nombre colectivo y la compensación.

---

193. Rabasa Oscar. Ob. cit. pág. 238 y sigs.

b) Remedios Equitativos

Son las normas básicas de su procedimiento como el man  
damiento de injuccion, la acción para exigir y reparar los-  
actos ilfcitos, la acción para reclamar el cumplimiento de-  
las obligaciones nacidas de los trust, rescisión, nulidad y  
reposición de las obligaciones, documentos y actos jurfdi--  
cos en general, acciones reales que tienen por objeto la di  
visión de la cosa común, la convalidación y el perfecciona-  
miento de los títulos de propiedad, juicios hipotecarios y-  
el derecho del deudor, rescatar, o redimir el bien hipoteca-  
do, acciones o procedimientos referentes a prelación de cré  
ditos, rendición de cuentas, consignaciones, sindicatos, --  
arraigos, medios preparatorios a juicio y todos los procedi-  
mientos incidentales.

3.2.2.2. Importancia del Derecho Adjetivo

El derecho adjetivo inglés es importante en virtud de-  
que es un derecho de tipo práctico, ya que el proceso se de  
sarrolla ante un jurado del cual rinde veredictos, éste se-  
prepara cuidadosamente, para presentar con claridad a las -  
partes en discusión, el procedimiento conlleva a una audien-  
cia pública en la que se desahogan las pruebas oralmente pa  
ra llegar a una decisión, también existe la exclusión de de  
terminadas pruebas, siendo éstas, decisiones eficaces en --  
tanto tratan de asegurar el respeto al derecho, y en cuanto

se considere que un acto administrativo es ilegal, mediante un mandato de Habeas Corpus es puesto en libertad el detenido o se intenta no violar los derechos de los ciudadanos. (194)

### 3.2.2.3. La Norma Jurídica

La norma jurídica inglesa conocida como la "Legal Rule" es diferente a la concepción que nosotros tenemos, pues al establecer que el sistema inglés es un sistema jurisprudencial, las normas se encuentran en las decisiones judiciales, colocándose en el nivel del caso concreto con la que se ha formado y formulado ésta, a fin de encontrar una solución - al mismo, la cual estas decisiones equivalen a lo que en -- nuestro sistema se les da a las disposiciones dictadas por el legislador.

En los sistemas continentales existe el principio de - aplicar la norma jurídica general al caso concreto, y en el derecho inglés esta norma tiene un alcance más preciso, - - pues hay que buscar una norma capaz de dar forma inmediata a la solución del litigio, conociendo de antemano todos los elementos del litigio, por lo que la hace más eficaz y exacta.

---

194. David Rene. Ob. cit. pág. 276.

### 3.2.3. Las Fuentes del Derecho Inglés

La existencia de las familias jurídicas, va a determinar una variante en cuanto a sus fuentes de derecho, así, - el sistema inglés basa sus fuentes fundamentalmente en los tribunales de Westminster y en el Tribunal de la Cancillería, siendo un derecho de tipo jurisprudencial basado en -- los casos legales "Case Law", donde esta jurisprudencia es la fuente primaria que nutre al derecho inglés dejando en -- segundo lugar a la ley, a la que se le asigna un papel corrector o complementario, aunque en la actualidad la ley ha venido ganando terreno basado en una elaboración distinta a la concepción romanista. Así iniciaremos el estudio de las fuentes iniciando con el estudio de la organización judicial.

#### 3.2.3.1. La Organización Judicial

El tribunal de Westminster y el de la Cancillería - - crean la actual jurisdicción inglesa formando la Corte Superior y la cual se divide principalmente en las siguientes - divisiones. (195)

##### a) La Suprema Corte de Justicia

Actualmente esta Suprema Corte es la siguiente:

---

195. David Rene. Ob. cit. pág. 285 y sig.

- Corte Superior de Justicia
- Corte de Apelación

Los asuntos se dirigen normalmente a la Corte Superior de Justicia, siendo recurribles ante la Corte de Apelación, a su vez la Suprema Corte se divide en:

- División del Banco de la Reina.
- División de la Cancillería.
- División de testamentos, divorcios y asuntos marítimos.

Esta división es sólo convencional pues cada división es competente para conocer de cualquier causa sometida a dicho tribunal, aunque sistemáticamente los contratos se dirimen en la División del Banco de la Reina, quien aplica las normas del Common-law o de la equidad.

b) La Cámara de los Lores

Contra las decisiones pronunciadas por la corte de Apelación puede recurrirse a la Cámara de los Lores sólo en casos excepcionales, pues son pocos los que se revisan anualmente sometido a un número inferior a tres Lores. De todos los Lores sólo tienen capacidad el Lord Canciller de manera general, y los restantes sólo en determinadas funciones enumeradas por la ley. Así los recursos son revisados por 5 ó 7 y cada uno emite su opinión por separado para ver si se -

admite o se rechaza, si no es mayoría la decisión.

c) Las Restantes Jurisdicciones

En materia civil existen las Cortes Estatales las cuales desempeñan un papel fundamental en la administración de justicia pues les es asignada una extensa competencia.

En materia criminal las jurisdicciones son variadas, - si son infractores menores o son mayores, las cuales son -- juzgados por justicia de paz, donde los jueces ejercen sus funciones asistidos por un secretario, y sólo en las grandes ciudades existen magistrados donde actúan como jueces - únicos, y sus decisiones son recurribles ante el Tribunal - del Banco de la Reina o el Tribunal de la Cuarta Sección, y este tribunal se integra por jueces de paz, en número varia ble o por un juez del Tribunal del Banco de la Reina, donde estos jueces exigen la presencia de un jurado cuando el acu sado sostiene su -no culpabilidad- o en ciudades de más de 50,000 habitantes.

Asimismo existe una administración contenciosa en mate ria administrativa que resuelve las dificultades que se ori ginan por ciertas leyes para poder dirimir conflictos a la Suprema Corte de Justicia.

### 3.2.3.2. La Jurisprudencia

La jurisprudencia ha sido una de las principales fuentes del derecho inglés, va a marcar los precedentes judiciales, las cuales son la creación de sus normas jurídicas.

En los países continentales, se han establecido una serie de principios jurídicos que van a estar delimitadas en un cuerpo de normas previamente establecidos, llámensele códigos o leyes, existe un principio para los jueces que es el de aplicar un precepto legal ya establecido, así como lo explica Lozano (196)... los jueces al aplicar el derecho lo hacen en base a una serie de normas que se asemejan a una "receta de cocina", por lo que la jurisprudencia desempeña en estos países un papel secundario, que aunque llenen las lagunas del derecho, dejan al derecho escrito la creación de las normas jurídicas.

En Inglaterra el common-law primero y la equidad fueron creadas por los tribunales reales, siendo entonces un derecho jurisprudencial, cuyo papel no sólo consistía en aplicar las normas jurídicas sino en descubrirlas, por lo que la autoridad de la jurisprudencia debe de ser obedecida en base a las decisiones judiciales.

Esto es conocido como la regla del precedente, y con--

---

196. Lozano Mario. Ob. cit. pág. 45.

siste en la base de respetar las normas elaboradas por los jueces. Así en un caso concreto el juez debe de analizar como se han resuelto precedentemente casos análogos, y si existiera alguno que se adecúe, el juez dictará una sentencia que entrará a formar parte del common law, constituyendo una declaratoria precedental. Pero si no existiera ningún precedente que sirva al juez, entonces se decidirá de acuerdo a los principios generales de derecho.

### 3.2.3.3. La Ley y la Costumbre

Las restantes fuentes del derecho inglés son la ley y la costumbre, y de las cuales la ley constituye la segunda fuente del derecho inglés.

Inglaterra no tiene una constitución escrita, entendiéndose ésta como un conjunto de normas agrupadas en un solo cuerpo jurídico, sino que son el conjunto de normas de origen legislativo y, más frecuentemente, jurisprudencial que garantizan las libertades fundamentales de los ciudadanos, y en donde la teoría clásica ve a la ley (LATO SENSU) una fuente secundaria del derecho.

La costumbre en el derecho inglés no constituye una verdadera fuente, ya que éste no es un derecho consuetudinario. La costumbre general inmemorial del Reino, sobre la que se asentó el Common-Law, nunca pasó de ser una simple

ficción ya que el proceso de constitución del common-law ha consistido en la elaboración de un derecho jurisprudencial, fundado sobre la razón, con el fin de sustituir el derecho de la época anglosajona, fundado sobre la costumbre.

### 3.3. LA FAMILIA JURIDICA SOVIETICA

Rusia en el año de 1917, se separa de la concepción jurídica occidental, iniciándose la construcción de una nueva sociedad, caracterizada por la colectivización de los medios de producción, aunque conserva rasgos del sistema romano, se aparta de éstos ya que cuando se atraviesa una frontera socialista (197) los conceptos de democracia, elecciones, etc., adquieren un significado distinto al acostumbrado por nosotros, así como los conceptos de propiedad privada se ven modificados por el de propiedad personal o propiedad familiar, entendiéndose por ésta, la consistente en la necesaria para poder satisfacer necesidades y anular cualquier afán de lucro.

La importancia de este sistema reside en que algunos estados de Asia y de Europa se adhieren a este sistema, tales como los denominados "Estados de las Democracias Populares" como son Checoslovaquia, Yugoslavia, Rumania y Polonia o los pertenecientes a los Estados Balcánicos como lo son Albania, Bulgaria, Serbia, que se someten a esta corriente, así como la China comunista y la Isla de Cuba en América.

---

197. David Rene. El Derecho Soviético. T. I. pág. 15.

### 3.3.1. La Doctrina del Marxismo-Leninismo y el Estado y Derecho

Karl Marx y Friedrich Engels, fueron los fundadores en que se asienta la doctrina filosófica del materialismo histórico, estos pensadores apartan todos los conceptos extraños que no tengan cabida dentro del materialismo en la que desarrollan su doctrina del socialismo científico, tomando de Hegel la dialéctica histórica, cual se fundaba en que la evolución humana era producto del espíritu humano Marx y Engels pensaron que al aplicar el materialismo a la vida social, crearía la determinación del espíritu - la realidad - es lo que da nacimiento a la idea- , pues el hombre antes de ser homo-sapiens es homo-faber, por lo que el modo de -- producción de la vida material condiciona el progreso de la vida social. La idea es el mundo material traducido al espíritu humano. (198)

Asimismo los conceptos de infraestructura y superestructura crean las bases económicas de la sociedad socialista, donde el derecho viene a ser un instrumento para oprimir a la clase trabajadora, es decir, el derecho es la negación de la justicia. Por lo que los conceptos de derecho y estado, no se conciben dentro de la sociedad socialista como lo son dentro de los sistemas burgueses. (199)

---

<sup>198</sup>. Marx Karl. Prefacio a la Economía Política. F.C.E.

En las sociedades primitivas los medios de producción estaban a disposición de todos, no existían las clases sociales, pero cuando empieza a existir la división de trabajo, se fueron diferenciando y surgen éstas. La primera se apodera de los medios de producción y la segunda empieza a vender su fuerza de trabajo, siendo en este momento en donde surge el estado y el derecho, ya que ambas ideas parecen relacionadas para la teoría marxista. (200) El derecho es una norma de conducta humana que implica una coerción del estado, y siendo éste la autoridad encargada de ejercer su coerción asegura el cumplimiento a dicha norma. Esto es, no existe un estado sin derecho, ni un derecho sin estado, dando la existencia de una lucha de clases, en la que el derecho es el instrumento que va a salvaguardar los intereses de la clase dominante.

La historia de la humanidad es la historia de la lucha de clases, para tener el dominio de los bienes de producción y de consumo.

Esta concepción de Derecho y Estado, se considera dentro de las doctrinas marxistas como el instrumento que transforme a la sociedad enfocándola hacia el ideal comunista, de acuerdo a estas ideas desarrolladas por Marx y Engels, -

---

200. Engels Federico. Los Orígenes de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado. Conceptos que se encuentran dentro de la obra.

la finalidad o meta por alcanzar es la concepción de una so ci ed ad sin derecho y sin estado, así como la abolición de - la Propiedad privada y la colectivización de los medios de producción, ya que es la división de clases la que ocasiona todos los males que aquejan a la sociedad. (201)

En los sistemas socialistas la concepción del derecho, es simplemente la forma de opresión del hombre, y es diferente a la idea desarrollada por los países continentales, - en la que el derecho es la base de la sociedad en que se -- funda para la armonización y la paz de las clases sociales, y claro, el sistema socialista al desconocer la división de clases desconoce, la división existente en los países capitalistas, en la que vemos que para éstos la creación de la base jurídica o estructura jurídica está dada por los principios del derecho natural, en tanto que para los sistemas socialistas consiste en la colectivización de los medios de producción y la división de la propiedad privada ocasionando la división de las clases.

### 3.3.2. Historia del Derecho Ruso y Soviético

En Rusia la historia se inicia a fines del siglo IX, - cuando una tribu -Veregos- se instaura sobre la Rusia de -- Kiev, floreciendo ésta hacia el año de 1236, que fue des- -

---

201. El Comunismo Fase Superior del Capitalismo. Marx-Engels.

truida por los mongoles, aunque perduraron algunas costum-- bres redactadas en el siglo XI, éstas, que perduraron hasta el siglo XIX son conocidas por el nombre de Ruskaia Pravda- (202). Pero este pueblo ruso también tiene influencias del derecho bizantino, ya que en el siglo X se implanta el cris- tianismo el que dejara influencias profundas.

Durante la invasión mongólica que perdurará hasta el - año de 1480 Moscú sucede a Kiev, y se provoca un aislamien- to de Rusia hacia el occidente que hace que el dominio mon- gol influya en forma negativa, provocando un estancamiento- del derecho y un incremento de la influencia del clero y -- del derecho bizantino.

Al terminar el dominio mongol e iniciarse el imperio - zarista, (203) la Rusia preserva su independencia contra -- las agresiones de occidente. La justicia no se desarrolla, sólo se trata de reorganizar judicialmente los libros de -- justicia que se crearon entre 1497 y 1550. Existe el inten to de poner al día el Ruskaia Pravda y la Kormtchaia. En - 1649 a iniciativa de Alexis Mikailovich, se trata de consoli- dar el derecho secular con el canónico en 1649 mediante - una recopilación, que se llevó a cabo en 25 capítulos y 963 artículos.

202. David Rene. El Derecho Soviético. T.1. pág. 25.

203. David Rene. Los Grandes Sistemas Jurídicos, pág. 130.

Desde la accesión de Pedro el Grande, Rusia vuelve a tener relaciones con occidente, así se organiza la justicia, siguiendo el modelo occidental, creándose un organismo conocido como la procuratura, y en el derecho privado se sigue viviendo de acuerdo a las costumbres.

En 1832 se crea una recopilación conocida como la Svod Zakonov, semejante a la recopilación napoleónica sin embargo desde la Russkaia Pravda al código de 1649 y de éste al Snov Zakonov de 1832, sólo son obras de consolidación y exposición, pero no son obras jurídicas concisas, sólo hasta la segunda mitad del siglo XIX se desarrolla un movimiento que acarrea la abolición de la servidumbre, y una reforma judicial que origina un código penal en 1855, pero no se desarrolla código civil alguno.

Esta situación prevalecerá hasta la revolución de 1917, se ve que existió la influencia de un derecho romano bizantino, así como la influencia de costumbres autónomas. (204)

Las primeras universidades son las de Moscú de 1755, y la de Petersburgo de 1802, así como la organización de un colegio de abogados, y la existencia de un derecho administrativo propio para las ciudades, ya que los campesinos siguen viviendo de acuerdo a sus costumbres, en las que sólo-

---

204. Ibidem, pág. 134.

existe una propiedad familiar o comunal desconociendo la propiedad privada. En cuanto al derecho, éste es obra de un monarca autócrata que está encima de la ley y de los juristas, ya que éstos sólo son sus servidores, inexistiendo la idea de un estado de derecho.

### 3.3.3. El Derecho a partir de la Revolución de 1917

La revolución rusa acarrea el triunfo de los bolcheviques, los que tratan de edificar una sociedad de acuerdo al Marxismo, pero dicha doctrina sufre diferentes modificaciones, ya que Marx pensó que el triunfo de la revolución se desarrollaría en un país altamente industrializado y no en un país rural y feudal como se presentaba Rusia en aquel momento. Haciendo que se dé un sistema de desarrollo económico, que se divide en tres periodos. (205)

El primer período es de 1917 a 1921, en el cual Rusia tiene que hacer frente a una doble guerra tanto interna como externa, la desorganización es total, el partido trata de mantener la estabilidad del poder, se proclama una declaración de los pueblos rusos, se nacionaliza la tierra, las minas, fábricas y la banca, se prohíbe el comercio privado, se desconffia del jurista y la justicia, la obra así realiza

---

205. Ibidem, pág. 136 y sig.

da parecía que se quería edificar una sociedad comunista - automáticamente.

La segunda etapa es la conocida como la Nueva Política Económica (N.E.P.), que se llevara a cabo entre los años -- 1921-1928, para poder restaurar un país que a consecuencia de la revolución se encontraba devastada, esta nueva política trata de atraer capital del extranjero, hace concesiones para estimular el trabajo de los campesinos, mediante - los Kulaks, que eran una clase de campesinos acomodados que empleaban fuerza de trabajo ajeno.

También se quiere hacer creer que se plantea la posibilidad de crear un estado democrático con la creación de una serie de códigos, la reorganización de la justicia, se afirma un principio de legalidad y se crea la procuratura.

Esta N.E.P. alcanzó el éxito imaginado creando reanimar la economía, y una vez obtenidos estos resultados, se abandona, dando marcha atrás a todo lo que fuera contrario a los principios socialistas y pusiera en peligro el sistema, así los Kulaks desaparecen iniciándose con esto el tercer período.

La tercera etapa se inicia con la elaboración de los planes quinquenales, los cuales se inician con la colectivización de la industria y el comercio, y la supresión de las

concesiones a los particulares. En 1930 desaparecen los Ku laks y se constriñe a los campesinos a reagrupar sus asocia ciones en cooperativas agrícolas, aunque se concede la - - crianza de algunos animales y el cultivo de algunas legum-- bres de acuerdo a lo estipulado por la ley. En 1935 se pro hibe el comercio y la propiedad privada se considera como - propiedad personal, entendiéndose por ésta la necesaria pa-- ra satisfacer las necesidades individuales y no con el afán de lucrar.

Pero el derecho sigue vigente en la U.R.S.S., con la - creación de una constitución que se promulga en 1936, la -- cual expone que la explotación del hombre por el hombre se-- encuentra fuera de este sistema, y que las fuerzas de pro-- ducción se encuentran a disposición de la colectividad, con solidando el estado y el derecho socialista, principios que recoge su actual constitución que tiene sólo once años de - vida ya que fue promulgada en octubre de 1977, (206) que -- permite afirmar los ideales del pueblo soviético, siendo -- preciso señalar que este derecho soviético es importante pa ra el jurista continental, así como para el inglés en vir-- tud de la concepción jurídica, ya que el ideal soviético es el de la creación de un estado sin derecho, en la que la -- simple observación de los fenómenos jurídicos que se presen ten o que pretendan realizarse resultarán de gran interés -

---

206. Grigorian, L. Ob. cit. pág. 53.

para el jurista observador.

### 3.3.4. Estructura : del Derecho Soviético

Al hacer un estudio de la estructura en que se compone el derecho soviético, es necesario el de introducirse al análisis del principio de legalidad socialista, ya que esto es lo que lo relaciona con los sistemas anteriormente estudiados, además que dicho principio se encuentra inmerso dentro de la actual constitución, en la que se señala en qué forma los ciudadanos soviéticos y los extranjeros gozan de derechos respecto al estado.

#### 3.3.4.1. Principio de Legalidad Socialista

Este principio del cual se integraba la doctrina marxista, hace analizar si en la U.R.S.S. existe un derecho, y si el estado preceptúa un principio de legalidad, ya que de acuerdo a la constitución vigente de la U.R.S.S. (207) en su cuarto artículo establece que "El estado socialista y todos los órganos actúan sobre la base de la legalidad socialista, aseguran el orden jurídico y la protección de los intereses de la sociedad y los derechos y libertades de los ciudadanos. Las instituciones estatales, las organizaciones sociales y los funcionarios están obligados a observar-

<sup>207.</sup> Leyes y Reglamentos Fundamentales de la U.R.S.S. en la que se contienen las principales leyes soviéticas.

la constitución de la U.R.S.S. y las leyes soviéticas".

De acuerdo a esto el derecho soviético la base jurídica se asienta en un estricto cumplimiento de las leyes y -- los derechos, como las libertades de los ciudadanos, el -- cual es inseparable del cumplimiento de sus deberes. (art.- 59)

En base a esto David (208) señala "en la U.R.S.S. no - existe aún una sociedad comunista en la cual va a imperar - un sentimiento espontáneo de solidaridad y de deber social, en todos los campos, la consigna actual es la disciplina en la que el ciudadano tiene el deber de cumplir la constitu-- ción y las leyes soviéticas, respetar las normas de benevo-- lencia socialista y llevar con alto título la dignidad so-- cialista".

La legalidad es un elemento de la democracia socialis-- ta y expresa la igualdad ante la ley, el carácter obligato-- rio de la ley para todos, y la obediencia igual de todos a-- la ley, considerando a todos los ciudadanos de la U.R.S.S.S. iguales, independientemente de su origen, posición social y económica, raza, sexo, facultándolos a recurrir a las accio-- nes de los funcionarios, (art. 34).

Se reconoce bajo la existencia de la legalidad socia--

---

208. David Rene. Ob. cit. pág. 147.

lista que la constitución posee la máxima fuerza jurídica - (art 173) en la que las leyes y otros actos de los órganos del estado se promulgan sobre la base y en correspondencia con la constitución teniendo en cuenta al carácter de repúblicas federadas (art 76) o sobre las repúblicas socialistas autónomas (art. 82).

Este principio de legalidad debe de acatarse históricamente en la época del N.E.P. en la que se trataba de un período compromisivo, en la que bajo un temor de los elementos capitalistas, tratarán de hacer uso en su propio beneficio de las leyes existentes.

Este principio de legalidad se ve falseado cuando la constitución de 1977 plantea en su artículo 137 que éste se impone a todos los órganos de la U.R.S.S. con la única excepción del soviet supremo, quien a su vez es el órgano supremo del poder a todas las personas, ya sean públicas o privadas, así como a administradores y a empresas estatales.

#### 3.3.4.2. Garantías del Principio de Legalidad Socialista

El aseguramiento de la legalidad hacia los administradores y administrador de justicia se da por una serie de instituciones estatales y la propia voluntad del pueblo, ya que se predica la instauración de una sociedad liberada de toda conexión en la que la garantía funciona de acuerdo a -

la armonía entre los intereses individuales y el interés social y de las cuales consideramos a las más importantes dentro de nuestro estudio a las siguientes.

#### 3.3.4.2.1. La Abogacía

La profesión de abogado se consideró con desconfianza en la U.R.S.S., los colegios de abogados se suprimieron después del triunfo de la revolución, pues no se necesitaban ni tribunales ni auxiliares de la justicia. En la época -- del N.E.P. se les reconoce aunque con desconfianza, y en la actualidad se les considera como auxiliares de la justicia -- cuyo fin es el de vigilar el principio de legalidad, antes que defensores o representantes jurídicos.

En la ley del 25 de julio de 1962 se les regula, y en la actualidad tienen su fundamento en la actual constitución en su artículo 158 que señala "Se garantiza al acusado el derecho a la defensa", y el 161 del mismo ordenamiento -- establece que "...los colegios de abogados funcionarán para asegurar jurídicamente a los ciudadanos y a las organizaciones". La ley de la abogacía de la U.R.S.S. como el reglamento de 1980 (209) preceptúan que a efecto de asegurar la instrucción preparatoria y el juicio, así como la garantía de la representación y la defensa, se establecerán colegios

---

209. Terebiflov V. El Sistema Judicial en la U.R.S.S. pág. 96.

de abogados en todas las repúblicas autónomas, los territorios, las regiones y las ciudades de las repúblicas socialistas federadas y éstas se establecerán de acuerdo al territorio.

Estos colegios funcionarán con los recursos de los fondos que se formen de las sumas que descuentan las oficinas de los pagos realizados por la asesoría jurídica hacia los particulares o asociaciones, de los cuales sólo una pequeña parte va al abogado consultante y lo restante al colegio, estableciendo de esta manera que la asesoría llegue en forma gratuita hacia las personas que por su nivel económico no puedan erogar los gastos de un abogado.

Las funciones de éstos, propiamente son la asesoría jurídica, dentro del área civil o penal, donde se desenvuelven, y las cuales sólo salvo algunas diferencias es igual a la función que desempeñan los abogados continentales, ya -- que cuando exista la presunta responsabilidad de su defensa deberá notificarlo para que se esclarezcan los hechos y donde de aquel puede renunciar a la defensa.

El abogado soviético tiene las mismas funciones que el continental, aunque su ideología es diferente ya que aquél se considera sólo como una parte del sistema en la que deberá cumplir que se le ha encomendado y siguiendo los principios que rigen a la legalidad socialista.

### 3.3.4.2.2. La Comisión de Control Popular

Este organismo facultado igualmente por la constitución soviética de acuerdo a su artículo noveno el que establece "El desarrollo del sistema político de la sociedad soviética se orienta fundamentalmente a seguir desplegando la democracia socialista; participación cada vez más amplia de los ciudadanos en la administración de los asuntos del estado y de la sociedad, perfeccionamiento del aparato estatal, elevación de la actividad de las organizaciones sociales, -intensificación del control popular".

El control popular es una forma de democracia socialista, combinada por el control estatal y el control social de los trabajadores, las organizaciones e instituciones. Se integra por representantes del estado, obreros, empleados, intelectuales, informadores, dirigentes, etc. (210)

Dentro de las actividades de estos organismos son las de controlar el cumplimiento de los planes estatales de desarrollo económico, conocer las reservas de la economía nacional y procurar coadyuvar a incrementar la producción, la introducción de la ciencia y la tecnología, evitar la mala administración y menoscabo de la propiedad socialista, así como controlar el funcionamiento de las leyes, examinando -

---

210. Ibidem, pág. 102 y sig.

las solicitudes y quejas de los ciudadanos, y la verificación de las instituciones jurídicas.

Este organismo tiene su ámbito dentro de todo el sistema socialista soviético, existiendo un Comité de Control Popular de la U.R.S.S.; dentro de cada una de las Repúblicas-Federadas, dentro de los territorios Regionales, Comarcas - Autónomas, en los Distritos de Ciudad y Urbanos. (211)

#### 3.3.4.2.3. El Ministerio Fiscal

Este organismo data del año de 1922, semejante a la figura creada por Pedro el Grande en 1722, en la que se establecieron agentes para poder vigilar la legalidad de los actos de administración. Se estableció en la Constitución de 1936 y fue confirmada mediante un decreto de mayo de 1955. (212)

Actualmente se encuentra regulada por la constitución de 1977, bajo el mismo nombre y regulada por los artículos 164 al 168, así como la existencia de una Ley sobre el Ministerio Fiscal de la U.R.S.S.

Este organismo es autónomo y el cual tiene el control supremo del cumplimiento de las leyes de todos los órganos de los Soviets, actividad controlada por el Fiscal General-

<sup>211</sup>. Ibidem, pág. 104 y sig.

<sup>212</sup>. David Rene. Ob. cit. pág. 157.

de la U.R.S.S. Los Órganos del Ministerio Fiscal son independientes de todo Órgano local, ejercicio dentro de sus -- funciones y subordinados al Fiscal General de la U.R.S.S.

Este Ministerio Fiscal, lo mismo que la comisión de -- Control Popular, tiene jurisdicción tanto en materia gen-- ral como lo es el Ministerio Fiscal de la U.R.S.S., como -- dentro de las Repúblicas Federadas, en las Repúblicas Autó-- nomas de los Territorios, en las Regiones y Comarcas Autóno-- mas y los Ministerios Fiscales Distritales y Urbanos. (213)

#### 3.3.4.3. Las Clasificaciones del Derecho Soviético

La familia jurídica soviética ha heredado de la concep-- ción romanista las nociones de norma jurídica, así como al-- gunas categorías y conceptos, aunque algunos otros han sido sometidos a una renovación total.

El derecho soviético concibe la norma igual que la tra-- dición romana, pero las divisiones son distintas, ya que en el derecho soviético no existe la división de derecho públi-- co y derecho privado, ya que esta división es netamente bur-- guesa y de acuerdo a la idea soviética que basa su doctrina en el marxismo, no existe el derecho privado, pues éste es--

---

213. Terebflor V. Ob. cit. pág. 96 y sig.

tá encaminado a la protección de intereses capitalistas, - tampoco existe la división de derecho mercantil, ya que ésta encaminado a la obtención y acumulación de los bienes de producción y de consumo y su único fin es la obtención de un lucro. (214)

Las restantes ramas del derecho soviético se han conservando como el derecho penal, el laboral, el de seguridad social, el de invenciones y marcas, como el constitucional, pero hay que señalar que en este sistema todo derecho es público y el cual está basado en la concepción marxista y de la cual incluso, la materia familiar se ve modificada, ya que hay algunas figuras jurídicas civiles que su incumplimiento ocasiona conflictos penales.

Una forma de poder apreciar la característica pública del derecho es la que respecta a la propiedad, ya que aquí no existe la propiedad privada, y ésta se ve modificada por el de propiedad personal, la cual se ve entendida como la que el individuo necesita únicamente para satisfacer sus necesidades personales.

Existe una propiedad familiar, la cual se encomienda a la familia jurídica soviética, y la propiedad de las cooperativas, las cuales estarán dadas respecto a los medios de

---

<sup>214</sup>. David Rene. Ob. cit. pág. 197.

producción e implican determinadas obligaciones para estas cooperativas. Por último existe la propiedad socialista, ésta pertenece a todo el pueblo socialista y al estado soviético.

### 3.3.5. Las Fuentes del Derecho Soviético

El derecho soviético entiende por fuente del derecho, no las manifestaciones jurídicas creadoras de la norma, sino la infraestructura económica, basada en la colectivización de los bienes de producción y la dictadura del pueblo. Y sólo en forma secundaria, se entiende por fuente los procedimientos técnicos mediante los cuales se descubren o precisan las normas jurídicas en un país o en una época determinada.

Así entonces, estudiaremos estos procesos técnicos en los que se basa la concepción soviética para la creación de la norma jurídica.

#### 3.3.5.1. La Ley

La ley constituye sin duda alguna la forma más sencilla de expresar la voluntad del pueblo, representada por el soviet supremo que es el que se encarga de manifestar esta voluntad.

Dentro de la ley cabe mencionar el principio de unidad de poderes, en los cuales se aleja de la concepción burguesa del equilibrio de poderes, por lo que la ley sólo va a estar representada en la U.R.S.S. por el Soviet Supremo, y más que hablar de un derecho escrito, habría que hablar de un derecho estatal soviético, en la que éste, mediante la constitución vigente de 1977, manifiesta la supremacía de la ley y espacialmente por el sovietsupremo otorgándose como el órgano superior de la U.R.S.S. (art. 108). (215)

Existen constituciones de las Repúblicas Socialistas - Federativas Soviéticas y Leyes Federales y Leyes de las Repúblicas, así como la creación de una serie de códigos y reglamentos de reciente promulgación que van a mantener la vigencia del derecho estatal soviético, y que van a estar basados en las teorías marxistas y el principio de legalidad-socialistas. (216)

La U.R.S.S. ha mantenido su jerarquía estatal con la creación de códigos tanto civiles como penales, así como leyes y reglamentos en las distintas ramas del derecho, los cuales fueron promulgados a consecuencia de la actual constitución soviética, ya que éstas no alcanzan en la mayoría

---

215. Grigorian L. Ob. cit. pág. 16.

216. Leyes y Reglamentos Fundamentales de la U.R.S.S. 2 Tomos.

de los casos, más de 10 años de vida.

Otra fuente que encontramos dentro de ésta, son las Ordenanzas del Presidium, las cuales son dictadas por este órgano del Soviet Supremo y son publicadas en los diarios oficiales tanto de la U.R.S.S. como de las Repúblicas Soviéticas. (217)

### 3.3.5.2. La Jurisprudencia

Esta fuente del derecho se concibe en forma muy distinta a la concepción burguesa, ya que decíamos que la ley es la fuente principal del derecho soviético y a la jurisprundencia, sólo se le asigna un papel interpretativo, restringido, ya que no puede modificar la ley.

El papel reservado a la jurisprudencia se esclarece si se toma en cuenta la concepción imperante del derecho en este país, en el que el derecho está vinculado a la política de los gobernantes y en el que está vivo el deseo de realizar la soberanía del pueblo, por lo que debe de confiarse a la jurisprudencia un papel estricto de interpretación de la ley, con la misión de exclusión de cualquier creación de -- norma jurídica, posición inclinada a una casta judicial, a eregirse en un poder plenamente independiente ya que los --

---

217. David Rene. Ob. cit. pág. 164.

jueces han sido considerados como simples funcionarios y no como un cuerpo judicial celoso y autónomo. (218)

### 3.3.5.3. La Costumbre

A la costumbre en la U.R.S.S. se le asigna un papel limitado, ya que ésta tendrá importancia sólo en la medida -- que sea útil o necesaria será utilizada para la interpretación o aplicación de la ley, o en los casos poco numerosos en los que la propia ley se refiera a la costumbre o a los usos, abandonando su regulación a una cierta esfera.

La decadencia de la costumbre en la U.R.S.S., debe de ser únicamente de carácter transitorio, el ideal del marxismo es construir una sociedad sin derecho en que las relaciones humanas estén reguladas exclusivamente por la costumbre, la que en el futuro esté llamada a desempeñar un papel importantísimo una vez que se llegue a un estado social en el que pueda prescindir del derecho. (219)

### 3.3.5.4. La Doctrina

La doctrina en este sistema está íntimamente ligada al marxismo, ya que como vimos toda la infraestructura del sis

<sup>218</sup>. David Rene. Ob. cit. pág. 186.

<sup>219</sup>. Ibidem. pág. 188.

tema descansa en la doctrina económica.

Ahora bien, la doctrina propiamente jurídica como se entiende en los países burgueses desempeña un papel diferente, ya que tanto profesores como doctrinarios no tienen como misión la crítica del derecho, sino que deben esforzarse en facilitar su conocimiento y aplicación, esclareciendo la voluntad del legislador, deben al igual que los jueces tratar de asegurar el éxito de la política y el gobierno, poniendo en relieve el carácter eminentemente prudente y justo del derecho. (220)

---

220. Ibidem, pág. 192.

### 3.4. LOS SISTEMAS FILOSOFICOS Y RELIGIOSOS

La concepción de las tres familias estudiadas anteriormente, representan sin duda alguna, los sistemas que mayor importancia tienen en el mundo, debido al desarrollo tanto territorial como económico, así América o Europa se adhieren a alguna de éstas, incluso dicha influencia se encuentra en parte de Asia y Africa, pero es en estos continentes en que existen ordenamientos jurídicos que se apartan de los anteriores sistemas, y encuentran sus principios jurídicos dentro de sus doctrinas religiosas, como el caso del derecho musulmán o el hindú; o dentro de sus principios tradicionales como el caso del derecho chino o japones; asimismo encontramos que se establece dentro de sus ideas legendarias y costumbres tribales. (221)

#### 3.4.1. El Derecho Islámico

El derecho musulmán se basa fundamentalmente en una facta de la religión (el Islamismo), y constituye sin duda -

---

221. En la actualidad casi la totalidad de estos sistemas -- tiene gran influencia dentro de algunos de los sistemas anteriores, y donde se ha desarrollado un proceso legislativo, tanto en derecho público o privado, siendo esencialmente dentro de la materia familiar o estatutos personales donde se deja sentir la influencia religiosa-filosófica.

alguna la base en todos los países en que esta doctrina los rige, ya que fué la base del movimiento religioso revolucionario iniciado en el año de 1341 de la Heriga Solar, (222)- y en los últimos años por el Iman Jomeni (El Ayatola), en contra de la revolución blanca de los Estados Unidos, es -- sin duda el ejemplo más tangible de la influencia que representa para los musulmanes el Derecho Islámico, siendo la base de ésta, los libros sagrados como lo son el Coran y la Sunna, por lo que estudiaremos cómo se inicia y se expande el islamismo.

#### 3.4.1.1. Nacimiento del Islam y la Expansión Arabe

Es sin duda alguna en Arabia donde nace el Islam, donde sus primeros pobladores los constituyeron los Aditas establecidos al Sur, y los Arameos establecidos en el Norte de Arabia, quienes eran tribus sedentarias y con una organización en forma de castas y feudal, quienes en la ciudad de la Meca, establecieron la Kaaba, templo sagrado en cuyas murallas se grabaron las obras de sus profetas, y entre ellos la de Mahoma el más grande, quien en el año 611 d.c. inicia sus doctrinas, encontrando oposición para difundirla, sufriendo burlas y persecuciones por más de 10 años, huyendo de la Meca a Yathreb, llamada después La Ciudad del Pro-

---

222. Constitución de la República Islámica de Iran. Introducción.

feta" siendo esta huida la que marca el inicio de la era Mu sulmana (la Heriga). (223)

Mahoma hizo de la Kaaba el templo del nuevo culto al - que llamó Islam, y propagó esta doctrina por Arabia incluso con la fuerza de las armas, asimismo considero que no era - conveniente separar el poder religioso con el civil, por lo que propuso la unión de ambos. Así Mahoma se apodera de la tribu de los Koresitas, dominando toda Arabia, luego mandó-embajadores a Persia (224), Abisinia y Egipto, invitándolos a que abrazaran el Islamismo, y después de una expedición a Siria, enferma y muere en la ciudad de Medina en el año de 632.

Los sucesores de Mahoma recibieron el nombre de Cali--fas, o jefes de los creyentes, quienes extendieron sus domi--nios durante la última mitad del siglo VII y la primera del siglo VIII, dominio que se extendió desde Afganistan hasta-Egipto, a donde llevaron sus doctrinas religiosas.

#### 3.4.1.2. Las Fuentes del Derecho Musulman

El derecho musulman como establecíamos, tiene su base--en el Islam, el cual se funda en tendencias religiosas-jurí--dicas, además en los libros sagrados y la interpretación de

---

223. En esta fecha se inicia el calendario Musulman.

224. Actualmente Irak.

que de ellos se hace.

a) El Coran

El Acoran o Coran, es el libro sagrado de los Arabes, redactado después de la muerte de Mahoma, constituye la primera fuente del derecho Musulman, está constituido por el conjunto de revelaciones de Allah, el último de sus profetas - Mahoma -, este libro predica la religión, el monoteísmo y la inmortalidad del alma y prescribe a los creyentes - reglas prácticas, como plegarias, ayunos, limosnas, etc.(225)

b) La Summa

Otra fuente del derecho musulman es la Summa, que representa el modo de ser y de conducirse del profeta, cuyo recuerdo debe servir a los creyentes de gufa, se constituye por el conjunto de H'adith, que son las tradiciones relativas a los actos y palabras de Mahoma, según se han transmitido por una cadena de intermediarios. Así en el siglo IX de nuestra era cristiana, se buscaron los verdaderos H'adit para establecer bases sólidas dentro de la doctrina musulmana. (226)

---

225. David Rene. Ob. cit. pág. 356.

226. Ibidem, pág. 358.

c) El Idjma

El idjma es el acuerdo unánime de los doctores intérpretes de los libros sagrados), y constituye sin duda alguna otra fuente del derecho musulmán, tratando de llenar las lagunas que podrían ocasionar el Corán o la Summa.

Asimismo cuando no era posible encontrar la solución a un litigio presentado dentro de la comunidad musulmana, se desarrollaba un dogma y cuando la opinión es unánime un h'adit establece "Mi comunidad nunca será unánime en el error" y un versículo de una sura "El que establece un camino distinto al de los creyentes está condenado al infierno", por lo que en base a estos dogmas se permite dar solución a asuntos que no pudieran ser resueltos por cualquier otra fuente.

Estas fuentes son las que constituyen la base dogmática del derecho musulmán, siendo éstas de tipo histórico, estableceremos más adelante que en la actualidad se ha desarrollado una occidentalización del derecho sagrado, aunque de alguna manera influya en algunas materias, especialmente en la materia familiar. (227)

---

227. Losano Mario. Ob. cit. pág.

### 3.4.1.3. El Derecho Musulman Moderno

El sistema jurídico musulman cuenta en la actualidad con una gran cantidad de adeptos, en la que numerosas constituciones siguen afirmando la fidelidad a la doctrina musulmana, la que podemos ver de una manera tangible en la constitución de la República Islámica de Iran, aprobada en marzo de 1979, la que se basa en la justicia coránica (228). la cual se establece por principios jurídicos religiosos, en la fe de un dios único, (229), así como la expedición de las leyes y decretos que deben ser promulgados basándose en los preceptos islámicos. (230) Pero este derecho ha pretendido lograr una modernización permitiendo que los particulares de acuerdo a la reglamentación administrativa, logre dar solución satisfactoria a las necesidades de cualquier sociedad moderna. Como la costumbre, la cual logra que se desarrolle una etapa de modernización manteniendo fidelidad al islamismo, ya que el derecho musulman contiene escasas disposiciones imperativas dejando al hombre iniciativa y libertad. (231)

---

228. Constitución de la República Islámica de Iran. Principio 10.

229. Ibidem. Principio 2o.

230. Ibidem. Principio 4o.

231. David Rene. Ob. cit. pág. 366.

#### 3.4.1.4. El Derecho en los Países Musulmanes

El derecho musulmán adopta en la actualidad tanto la costumbre como la legislación, las que complementan o derogan a este derecho. Y no obstante que es un derecho basado en una religión, existen derechos positivos, ya que al igual que en los países cristianos existe una separación de las sociedades civiles de las religiosas, viviendo bajo el imperio de la costumbre o de las leyes que se apoyen en los principios musulmanes.

En teoría, todas las ramas del derecho musulmán han establecido una separación del derecho de la familia y de las personas, junto con las normas rituales y religiosas que son carácter particular y que constituyen el estatuto personal (232), el cual se desliga de las otras materias que han admitido su laicación en mayor o menor grado, dentro del derecho público como es el caso del penal, administrativo, fiscal y constitucional.

Dentro de la organización judicial encontramos una dualidad, pues existe la jurisdicción del Cadi, de la jurisdicción civil, por lo que se asienta la deformidad del derecho religioso, del derecho civil.

---

232. El Profesor Manuel Ruiz, Investigador del Colegio de México del "Centro de Estudios de África y Asia, sostiene que este "Estatuto Personal" se sigue dando en nuestra época actual, por lo que si existe el derecho religioso.

Entonces en la época actual musulmana se contempla dentro de ésta, una serie de cambios, en la cual existe un desarrollo administrativo, así como la recepción de los derechos occidentales, ocasionando en las ciudades la eliminación de la jurisdicción musulmana, mediante la adaptación al mundo moderno, siempre y cuando no afecte al estatuto personal.

#### 3.4.2. Los Derechos del Extremo Oriente

Los derechos del extremo oriente, comprende los sistemas de los estados que se ubican al este de la India, es decir dentro del continente asiático: China, Mongolia, Corea, Birmania, Estados de Indochina - excluyendo Malasia que tiene un derecho islámico- y Filipinas que se adhiere al derecho inglés y al derecho español- y así como Japón y Formosa que presentan los derechos tradicionales.

Aunque en la actualidad algunos de estos estados abrazan al marxismo como doctrina económica, el estudio de estos sistemas está delimitado por el pensamiento tradicional, ya que las fuentes encontradas no establecen en forma fehaciente estas modificaciones.

Por lo que haremos un pequeño análisis de los sistemas chino y japonés tradicional, así como el proceso de occiden

talización de estos sistemas.

Durante muchos siglos estos derechos fueron tradiciona listas no admitiendo influencia alguna, hasta que a media-- dos del siglo XIX, las potencias occidentales, en la búsque da de nuevos mercados los lleva a enfrentarse con los impe rios de oriente, y es debido a la guerra del opio y el aco so de estos estados, en que se vieron obligados a abrir sus fronteras y a realizar los tratados que les obligaban a ate nuar sus prescripciones aduaneras en beneficio de las gran des potencias y en sustraer a los tribunales locales las -- controversias occidentales (233). En consecuencia la euro perización del aparato judicial se presentó en China y Ja pón como un paso obligatorio.

#### 3.4.2.1. El Derecho Chino

##### 3.4.2.1.1. El Derecho Tradicional Chino

En China la obligatoriedad del derecho se deriva de -- una manifestación interna y no externa, ya que para este -- pueblo la armonía no está representada por el derecho, sino por la armonía del orden natural que se ve representada en los ritos, haciendo que exista un repudio hacia la ley, y - todo lo que ésta representa. Porque el hombre no debe de -

<sup>233</sup>. Con la invasión occidental se establecen tribunales ta les como el "Tribunal de los E.U.A. en China. Oscar -- Rabasa. Ob. cit. pág. 503.

hablar de derechos subjetivos, ya que el hacerlo, es que - trata de establecerse encima de la sociedad y de sus seme- jantes, por lo que el hombre sólo debe de hablar de deberes que lo guiaran a las normas morales y establecerán la con- ducta humana dentro de los conceptos jurídicos, por lo que- estos sistemas se encaminan a la represión del comportamien- to en base a los dictámenes de la moral. (234)

La existencia de un proceso es de esencia represible, - pues toda alteración interpersonal hace que se rompa la ar- monía, haciendo que se busquen por todos los medios posi- - bles el llegar a un acuerdo común mediante el arbitraje.

Recurrir a un juez para la decisión de un litigio de-- muestra un espíritu de impotencia para las partes al no po- der llegar a un común entendimiento, y aun al momento de -- llegar a una sentencia judicial, no es bien visto que se -- exija su cumplimiento mediante una ejecución inmediata o me- diante el uso de la fuerza pública, debiendo ser ésta en -- forma moderada y obrando en forma que el adversario no se - sienta ofendido, quedando en aptitud de que las partes reco- bren la armonía y se restablezca la paz social.

Esto hace que para el pueblo chino sea una forma deplorable, ya que su uso ocasiona la alteración de la paz so-

---

234. Losano Mario. Ob. cit. pág. 279 y sig.

cial. El pensamiento jurídico no atrae a los filósofos sino que se esfuerzan en la búsqueda de las normas de la moral de la conducta y la armonía de la sociedad.

De acuerdo a estas concepciones, la costumbre es la -- fuente que puede precisar los derechos y obligaciones de cada uno, siendo estas costumbres tan variadas como comunidades existan, donde la ley sólo ocupe un lugar secundario, y en la medida que sea posible no darla a conocer para evitar que el sentimiento de los hombres prevalezca y el derecho sea aplicable como último recurso. Y donde éstas no -- existan, deben ser aplicables en todo su rigor, ya que esto implica romper el orden social, acarreado la consecuencia de quien incoa un procedimiento, rompe el orden, por lo que el juez para que sea considerado como buen juez, lo será si dicta el menor número de sentencias.

Esta armonía que marca la concepción china está marcada por una serie de Ritos, los cuales aluden la idea de uso social, de conducta honesta, de acto conforme con el sentimiento popular con la moral, y el sentimiento de la equidad (235), la vida armoniosa será con la observación de éstos, en la cual el emperador tenía como función proporcionar el ejemplo, ya que toda la vida del príncipe, está orga

---

235. David Rene. Ob. cit. pág. 409.

nizada siguiendo la concepción cósmica del universo y el orden que la naturaleza le marca, donde la ley, lo abstracto, y lo incondicional están excluidas, y el universo es lo único tanto en la naturaleza como en la sociedad y a la infinita variedad de fenómenos naturales debe de corresponder una infinita variedad de comportamientos humanos. (236) El hombre virtuoso es la fuente del derecho y éste será el que -- reinará aunque no existan leyes.

En el siglo III, se da la escuela de los legistas - - quienes pretendan instaurar un gobierno de las leyes, y donde afirman la necesidad de las leyes, pero éstas teorías no penetran dentro del pensamiento de la moral china.

#### 3.4.2.1.2. La Legislación en la China Moderna

Sin embargo, la china moderna ha visto la necesidad de reformar sus antiguas tradiciones, por lo que el Código de los siglos XVII, es revisado en 1910, suprimiendo las sanciones penales que conllevan a la sanción civil y después - de la proclamación de la república en 1912, se elaboran una serie de códigos, iniciándose con la elaboración de un código civil que abarca la materia mercantil, así como códigos-procedimentales en 1932. (237)

---

<sup>236</sup>. Ibidem, pág. 411.

<sup>237</sup>. Sarfatti, Ob. cit. pág. 151.

Dentro de la etapa de modernización de la legislación china, mencionaremos el código civil chino, el cual fue producto de una comisión presidida por el Dr. Wang en 1911, y el cual tuvo que ser sometido a dos proyectos y los cuales culminaron en mayo de 1929, con la creación de un libro sobre los principios generales, otro de obligaciones y derechos reales en 1930, uno más sobre familia y sucesiones en mayo de 1931. Esta legislación conservan algunos principios basados en las costumbres y fueron abolidas las disposiciones para suplir el silencio de las partes, así como se realizó una adaptación a las necesidades en vía de renovación, en cuanto se haya producido algo mejor por la ciencia jurídica occidental, asimismo esta codificación sigue el ejemplo de los códigos alemán y el japonés. (238)

#### 3.4.2.2. El Derecho Japonés

##### 3.4.2.2.1. Derecho Antiguo

La cultura japonesa tiene en un inicio sólo contactos con China, influyendo de alguna manera dentro de su cultura y su religión, ya que en el siglo II a.c. aparecen codificaciones fragmentarias en la que se ven las influencias chinas. (239)

---

238. Ibidem, pág. 152 y sig.

239. Losano Mario, Ob. cit. pág. 281.

En el Japón tradicional aparecen una serie de figuras-jurídicas en las que se realiza un reparto de tierras en forma individual.

En el derecho arcaico japonés se desarrolla una división de clases, en las que cada una tiene una serie de obligaciones, constanding éstas de una cantidad de normas represivas, y unas normas de administración. Existe la figura del Gran Señor, el cual ejerce poderes jurisdiccionales y se encuentra exento de cargas fiscales así como exige una renta que se pagaba en arroz.

En el año 1185, aparecen los Señores Militares que ejercen un poder de manera autónoma y, con la ficción de que el poder pertenece al soberano, las disposiciones dictadas por el soberano aunque no fueron derogadas no se aplicaron. Por lo que el Gran Señor, sigue siendo reverenciado debido a cuestiones de orden tradicional y sagradas, pero el poder de hecho lo ejercen estos guerreros militares quienes gozaban con un fuero privilegiado decidiendo los litigios, y creando un derecho que variará de territorio a territorio, siendo lo más importante de esta época la pena de muerte debido a las luchas internas y externas existentes en el Japón, así como la pena a la hoguera, el descuartizamiento y la crucifixión.

Esta etapa vive con un derecho consuetudinario mediante un código de honor militar, que se funda en un deber de fidelidad hacia el señor, así como se excluye la idea de derechos y obligaciones para el vasallo, en la que no tiene ninguna garantía hacia la arbitrariedad del señor. (240)

Entre los siglos XIV al XVI, se consolida la superioridad del guerrero representante de la clase militar y el Gran Señor sólo percibirá una parte de las rentas, las cuales eran acumuladas por la clase guerrera.

A finales del siglo XVI, se crea una clase de vigilancia denominada de los Goningumi a los cuales se les encomienda el vigilar y denunciar los delitos, mantener el orden, así como el de vigilar a los extranjeros, se les plantea el acuerdo de unificación de criterios para intentar cualquier proceso, intervienen en la vida familiar proporcionando consejos, controlar la explotación de la tierra. Este orden es establecido como natural e inmutable, la que se funda en la separación de clases correspondiente, a la que pertenecerán siempre y estarán dadas de acuerdo al color del vestido, casa y aún de los alimentos y no existiendo derechos entre clases inferiores a superiores.

Así la existencia de derechos de esta época abarca la

---

240. David Rene. Ob. cit. pág. 417.

instrucción dada por los superiores a los inferiores, el pueblo se encuentra en un estado de ignorancia, no tiene garantía alguna, las funciones judiciales no se distinguen de las funciones públicas, no existen escuelas de derecho ni jueces o abogados.

Esta estructura no igualitaria del Japón se ve más acentuada hacia el siglo XVIII, en la que se realiza una política de aislacionismo en reacción de la influencia europea, en la que el confucionismo se reconoce como doctrina oficial tratando de contrarrestar al cristianismo.

La idea de derechos es inexistente a personas que sean de clase inferior, ya que el Japón al igual que China crea un sistema que deriva tanto de los usos como de la moral, siendo éstas parecidas a los ritos chinos y de los cuales cada individuo tiene un papel a cumplir, así el hijo tiene una función a desempeñar distinta a la del padre o de la madre, el del propietario o del prestamista. Estas funciones conocidas como *Giris*, sustituyen al derecho, incluso a la moral, pues para éste pueblo japonés al respetar este *giri* significa respetar su honor y no respetarlo acarrea la vergüenza. (241)

En 1867, con la caída de la última familia se acarrea-

---

241. *Ibidem*, pág. 497 y sig.

la occidentación del derecho japonés, el cual deja de vivir en sus costumbres legendarias y el imperio de sus Señores - Feudales y de los Militares Guerreros.

#### 3.4.2.2.2. La Occidentación del Derecho Japonés

El estado feudal de antaño ha sucumbido a un estado - democrático de tipo occidental, un desarrollo espectacular - ha transformado al Japón en una de las primeras potencias co - merciales de nuestra época, y se crea una legislación moderna que se emparentan con la legislación occidental y de modo especial con los derechos romanistas.

Con la idea de poner más igualdad a los tratados comerciales, a partir de 1869, se inicia un período de codificación en la que se realizan traducciones de códigos especialmente el francés, en 1882 se promulga un código penal y en 1890 un código procesal copiado del modelo alemán, así como un código civil, el cual fue promulgado entre 1896 y 1898.- Este fue producto de una serie de proyectos que se llevaron entre los años de 1830 y 1883, éste es copiado del modelo - alemán aunque tiene algunas influencias francesas, cuenta - con determinadas figuras tomadas de las costumbres locales; contiene cinco libros, el primero son disposiciones generales, el segundo de derechos reales, el tercero de obligaciones, el cuarto es derecho familiar y el quinto sucesiones. (242)

<sup>242</sup>. Sarfatti Mario. Ob. cit. pág. 151.

Dentro del derecho público también existen cambios de estructuras, en donde se da la libertad de cultivos, la creación de una constitución, una reforma administrativa, así como la promulgación de leyes en las provincias japonesas.

### 3.4.3. El Derecho Africano

El sistema jurídico africano debe de ser analizado en tres diferentes etapas, la primera es la del derecho consuetudinario africano, la cual se basa esencialmente en las costumbres que predominaban en las tribus africanas, las cuales eran transmitidas de generación a generación y en forma oral, ya que no se cuenta con ningún documento que pueda señalar como es que realmente se desenvolvía éste, aunque se basaba propiamente en un derecho de clase y una concepción religiosa. (243)

La segunda etapa la marca la colonización de este continente por las potencias europeas, en donde la influencia se deja sentir por el derecho continental y por el derecho inglés, marcándose en esta etapa una dualidad de derechos, ya que algunos estados guardan algunas categorías jurídicas basadas en su derecho consuetudinario, con la influencia del derecho dominador, o bajo un simple protectorado, como

---

243. David Rene. Ob. cit. pág. 436 y sig.

sucedió en algunos países africanos por el dominio inglés.

La tercera etapa son los estados independientes, en la que éstos toman la decisión de su organización en sus propias manos, marcando en esta etapa la situación actual en que la mayoría adoptan la influencia a la que se vieron sometidas por la occidentación de los derechos, mediante la adopción de legislaciones romanistas o sistemas basados en el derecho inglés, y donde el derecho consuetudinario ha desaparecido casi en forma total.

#### 3.4.3.1. Derecho Consuetudinario

El Africa negra ha vivido durante siglos bajo el imperio de la costumbre, (244) donde ésta se determinaba de acuerdo a cada grupo, y su obediencia era espontánea y general, la cual debían mantener según el comportamiento que se había mantenido por sus antepasados, bajo el temor de potencias sobrenaturales y la agresión de la opinión pública.

Estas costumbres eran múltiples y cada grupo o comunidad tenía sus usos y costumbres propias. Las diferencias eran secundarias, el africano se regía por tribus de origen democrático como aristocrático, no faltando otras en un estado primitivo carecieran de toda organización donde algu--

---

244. Ibidem, pág. 437.

nas veces se daba un parentesco patrilineal o matriarcal.

Ahora bien, dentro de estas tribus existían una dualidad de costumbres a las que denominaremos por un lado las - costumbres sociológicas y por el otro las costumbres jurídicas, y donde la primera consistía en que los individuos se sometían en forma voluntaria a ésta, y en cuanto a la segunda era que esa era la forma de resolver los litigios. (245)

En lo que concierne a la noción sociológica se observa que el africano antes que individuo es miembro de un grupo, y el comportamiento de éste está encaminado al grupo.

La noción jurídica está encaminada a lo justo para garantizar la cohesión del grupo y lograr el buen entendimiento de las relaciones de éste.

Asimismo esta etapa recibe influencias del cristianismo y el islamismo, la primera produciéndose en el siglo IV, en tanto que el islamismo llega posteriormente y se marca - ésta sobre todo en el Africa occidental, dejando estas doctrinas una influencia considerable y variada, ya que la costumbre se ha seguido practicando aunque se opusieran a la nueva fe, ocasionando a su vez, que la costumbre se convirtiera en un símbolo de la sociedad y ya no con el carácter so-

---

245. Losano Mario. Ob. cit. pág. 191.

brenatural de antaño. Trae como consecuencia que la costum  
bre aunque conserve su valor sociológico, su potestad, se -  
vea disminuida, ya que sólo es concebida como un orden so-  
cial y moral, este proceso evolutivo es parecido al renaci-  
miento europeo, ya que el derecho pierde su fundamento eso-  
térico y mágico y subsistiendo sólo algunas costumbres loca  
les y regionales. (246)

#### 3.4.3.2. El Período de la Colonización

Esta etapa desarrollada en el siglo XIX, y que perdura  
rá hasta hace poco más de cuarenta años, en la que los esta  
dos salen del dominio de las potencias colonializadoras, --  
marca la pauta para la creación del derecho que rige actual-  
mente en los estados africanos.

En el inicio de la colonización, Africa está dominada-  
por Europa, con el establecimiento de colonias inglesas, es-  
pañolas, francesas, holandesas y portuguesas, llevando una-  
política de asimilación basada en la superioridad del esta-  
do dominante y donde los estados colonizados adoptan el sis  
tema jurídico de los países colonizadores.

Por ejemplo en el Congo Belga, los dominios franceses-  
asimilan el derecho francés y la administración de gobierno.

---

246. Ibidem, pág. 442.

Los ingleses por su parte, tratan de prevalecer sus derechos en los territorios que han ejercido su soberanía y - sólo algunas veces se inclinan a establecer un simple protectorado.

En esta época la costumbre abarca en su totalidad la - vida social, en su aspecto económico, político, familiar y - comercial, así como el derecho penal y el procedimiento.(247)

Por lo que esto provoca en sí dos situaciones, la primera es que para poder gobernar por parte de los estados -- europeos ha sido necesario acudir a los estados orientales- donde en todos estos países se establece una dualidad de ju - risdicciones, en la que propiamente es en el estatuto perso - nal donde se mantiene el derecho africano así como la im - plantación de cortes nacionales, así como jurisdicciones de tipo europeo, competentes en todos los casos en que las ju - risdicciones de tipo tradicional no podían ser aplicadas.

Por otro lado esto ocasiona que se vaya restringiendo - el ámbito del derecho consuetudinario, y va dando paso a ju - risdicciones de tipo europeo, así como a la implantación de algunos códigos tanto penales como civiles, a la formación - de un procedimiento occidental, por lo que la jurisdicción-

---

247. Ibidem, pág. 442.

actual es de tipo occidental.

En la Unión Sudafricana y el sudeste africano se da un derecho romano holandés.

El Africa inglesa prescribe la aplicación en principio de un derecho inglés, y la salvaguarda una cláusula en la que se establecía que sólo éste podía aplicarse en la medida en que las condiciones se presentan y se podía por lo tanto excluir alguna norma del derecho inglés que no se estimase apropiada.

#### 3.4.3.3. Los Estados Independientes

La evolución llevada en la colonización se ve culminada con la creación de los estados independientes africanos, los cuales tratan de establecer las transformaciones jurídicas necesarias para llevar a cabo la actualización de sus derechos, reformas que se ven dentro de todas las ramas del derecho, se dan estas modificaciones tanto en el derecho público como en el derecho privado, surge en esta etapa la ola codificadora, ocasionando con esto el rompimiento de los rasgos que se guardaban dentro del derecho consuetudinario africano. (248)

Con la necesaria adaptación de los derechos africanos-

---

248. Ibidem, pág. 446.

a las concepciones europeas, se da una corriente a favor de la creación de un derecho legislativo, esencialmente en los países que fueron dominados por las colonias francesas, y - la creación de un derecho jurisprudencial en los países del derecho inglés, en donde inclusive algunos estados adoptan este sistema totalmente, provocando con esto que el derecho africano sea concebido como una pluralidad de sistemas en - donde los estados africanos adopten las tendencias europeas actuales.

## CAPITULO CUARTO

### 4.1.- LA IMPORTANCIA DEL DERECHO COMPARADO

En los anteriores capítulos hemos analizado los conceptos de derecho comparado, sus tendencias, los usos del método comparativo, así como los sistemas jurídicos, ¿Pero, para qué estudiar derecho comparado?. Ya que parece ser que las actuales tendencias de las generaciones de abogados y de juristas están encaminadas a convertirse en prácticos del derecho.

Así entonces, nos preguntaríamos si es que realmente con vendría estudiar derecho comparado, o sólo sería una más de las materias introductorias o complementarias, como algunos profesores califican a las materias que se llevan dentro de los programas de estudio de derecho, como la Introducción al Derecho, la Filosofía del Derecho, la Sociología, o la Teoría Económica.

Ya en las actuales tendencias están encaminadas principalmente a desarrollar un derecho nacional, olvidándose de los diferentes sistemas de derecho, sin meditar que nuestro derecho no nace como un derecho nacional, sino que encuentra su semilla dentro del derecho romano, sistema que se desarro-

lla desde 750 años antes de nuestra era, y que las diferentes disposiciones jurídicas no nacen en forma espontánea y casuística sino que son el fruto de una tradición jurídica que se ha venido desarrollando, y consecuentemente nuestro derecho privado nace por la influencia de las universidades europeas, las cuales tratan de elaborar una forma de mantener la armonía de la sociedad, armonía que se encuentra en el derecho como una solución para mantener a la sociedad civil, y gracias al trabajo de estas universidades se redescubre al derecho comparado como la solución a esta situación.

Este último capítulo de nuestra investigación lo dedicaremos a analizar y descubrir la importancia que tiene el derecho comparado dentro de las aulas universitarias, así como para los juristas, abogados, investigadores y jueces en nuestro y en cualquier otro sistema jurídico.

El estudio del derecho comparado cuando está dirigido a los estudiantes, les abre un nuevo campo y nuevas perspectivas, porque mediante él, se ve puesto en contacto con otros derechos, y llevando a comparar las estructuras y las soluciones de esos derechos con la estructura y las normas de derecho nacional a través de esos estudios, se puede ceñir la eficacia de las instituciones, conocer su desenvolvimiento, los resultados de su aplicación, su adaptabilidad al medio y su

valor técnico como elemento comparativo. (249)

Por lo que hace concretamente a las facultades de dere--  
cho su misión no debe consistir simplemente en formar aboga--  
dos con un criterio de utilitarismo profesional, ni debe limi--  
tarse tampoco a la provisión de catedráticos para sus propias  
aulas, ya que todas las facultades de derecho, por su propia  
índole de su plan de estudios por su tradición histórica y --  
por naturaleza intrínseca de las disciplinas intelectuales --  
que se desarrollan en su seno, debe ser también un núcleo de  
formación de los hombres que aspiran a las direcciones supe--  
riores de la sociedad. (250)

Así entonces veremos que la importancia de derecho com--  
parado está dada en cuanto a ampliar el conocimiento de los -  
derechos externos, y buscar solución a los problemas del dere--  
cho nacional, tendencias que han sido olvidadas, ya que pare--  
ce ser que un práctico del derecho, no puede tener por lo ge--  
neral demasiada curiosidad para otros sistemas legales, su --  
principal preocupación es la de dominar las leyes nacionales,  
primordial finalidad de su vocación, y no suele tener tiempo  
o inclinaciones suficientes para enzarzarse en un estudio que  
la mayor parte de las veces exige mucho esfuerzo y no acostum--  
bra ser remunerativo, en el sentido profesional de la pala--

<sup>249</sup> Ballivan Luis. La importancia del Derecho Comparado. pág.16.

<sup>250</sup> *Ibidem.* pág. 16.

bra. (251)

Por lo que veremos como es que ha influido el estudio -- del derecho comparado dentro de la ciencia jurídica, y de los estudios de derecho extranjero, y como influyeron estos dentro de nuestro sistema jurídico.

Así determinar la importancia que tiene el derecho comparado en nuestro sistema sería una tarea amplia y larga, como el intentar descubrir los principios que rigen a la ciencia jurídica, ya que ésta va a determinar la formación de un sistema jurídico como lo es el nuestro. Así nuestro derecho se determinará por la creación de la norma jurídica, las fuentes y las clasificaciones y figuras jurídicas para en base a éstas jerarquizar y determinarlas, y en último de los casos estudiarlas en base a otros sistemas.

Por ejemplo al establecer la importancia de las fuentes dentro del derecho comparado en la que nuestro derecho es un derecho escrito, y que se remarca dentro del derecho penal en la que se prohíbe imponer pena alguna que no esté demarcada dentro de alguna ley exactamente aplicable al delito del que se trata y la sentencia definitiva dentro del orden civil, deberá ser conforme en cuanto a la ley, de acuerdo al artículo 14 de nuestra constitución.

---

<sup>251</sup> Gutteridge H.C. ob. cit. pág. 46.

Por lo que vemos que nuestro sistema al pertenecer a la familia jurídica romana, se establece el principio de derecho escrito, en tanto que el sistema inglés se basa en un sistema de precedentes judiciales, en la que los jueces tienen la batuta del sistema jurídico para la creación de su norma jurídica (Legal Rule).

La costumbre por su parte en nuestro sistema, es una -- fuente supletoria o de orden secundario, ya que nuestra legislación civil establece en su artículo 10 "Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario", dándose sólo algunas excepciones en materia contractual, laboral, comercial y bancaria.

En tanto que los sistemas orientales, ésta juega un papel importante, y no obstante de la influencia que ha contado últimamente por los sistemas continentales, ésta es la base de formulación para la formulación de sus estatutos personales o de nuestro derecho familiar.

La jurisprudencia por otro lado juega en nuestro sistema un papel importante para la creación de las normas jurídicas "in concreto", y de las cuales contamos con un amplio repertorio con la publicación de obras jurisprudenciales, en la que -- los litigantes y jueces van a contar con una herramienta utilísimas para poder dirigir los litigios por el camino que ésta les ha marcado, aunque no hay que olvidar que esta fuente es

frágil y concreta, ya que las decisiones judiciales pueden -- ser modificadas en cualquier momento.

En tanto que ésta es la base en la que gira el derecho - inglés, en tanto que en el sistema soviético las sentencias - jurídicas, tienen más que una intención jurídica, una intención propagandística, ya que el sistema juridical soviético - está inspirado como un órgano del estado y el cual sólo está encaminado a cumplir el fin de servir al sistema. (252)

Así esta importancia asignada a las fuentes del derecho o a tales elementos es muy variable, según los supuestos casos, se trata en gran parte de un problema de instituciones y fórmulas creadas incapaces de analizar todos los matices o deseos cuando se dirijan a las personas que deben aplicarlas, -- exigiéndoles una preparación amplia en la que puedan valorar éstas y en última instancia utilizarlas adecuadamente. (253)

Otra forma de ver la importancia que tiene el derecho - comparado, es para la creación de la legislación vigente. En donde en algunos países se llevó a cabo por un proceso de absorción y en otros por asimilación, las primeras son adoptadas por los estados asiáticos como el derecho Hindú, el cual adopta su actual sistema jurídico en el derecho inglés por el

---

<sup>252</sup> David Rene. El Derecho Civil Comparado. pág. 30.

<sup>253</sup> Ibidem. pág. 32.

que fue dominado, y otros en que la influencia se deja sentir por la adopción de códigos europeos, y especialmente por el modelo de todos los sistemas latinos, como lo fue el modelo francés, aunque existen países como Perú, Brasil y Argentina (254), en la que adoptan el criterio germano, como nuestra legislación adopta una serie de normas de varios códigos pero la influencia se ve reflejada por el modelo francés. (255)

La importancia que se refleja con la sola lectura de la exposición de motivos de nuestra legislación civil que establece (256) "...Se ha dicho que la legislación no debe ser más que un trasunto de las costumbres, una cristalización de las necesidades de una sociedad, y por eso se condena la adopción de leyes e instituciones existentes en otros países. Opinión que encierra un fondo de verdad, pero como toda idea universal y exclusivista, no expresa toda la verdad. Para legislar no basta tener en cuenta las necesidades actuales de la sociedad que es preciso descubrir y remediar, porque el legislador debe tener los ojos fijos en el porvenir".

Así en base a esta premisa los legisladores ven la necesidad de adoptar criterios que se han acogido otras legislaciones y consideraron que iban de acuerdo a las necesidades,

<sup>254</sup> Martínez Paz. Ob. cit. pág. 197 y sig.

<sup>255</sup> Batista Rodolfo. Las Fuentes del Código Civil de 1928. - -  
pág. 13.

<sup>256</sup> Exposición de Motivos del Código Civil de 1928. pág. 7.

que nuestra actual sociedad estaba exigiendo que se modernizaran. En virtud de los movimientos revolucionarios y que provocan una revisión completa de los principios básicos de la organización social, y han echado por tierra dogmas tradicionales conservadas por el respeto secular.

Haciendo que nuestro actual código civil cambie sus tendencias de individualistas y de intereses particulares, a un código de interés social en que predomina la necesidad de cuidar y distribuir la riqueza, la protección de los débiles y los ignorantes, así como extender la esfera de los derechos - del rico al pobre, del propietario al trabajador, del hombre a la mujer, así como preservar uno de los fines del derecho - comparado como lo es la de armonizar los derechos y los intereses individuales con los sociales. (257)

En base a esto vemos que el punto de partida de los estudios comparativos debe constituirlos el derecho nacional, aún cuando es preciso distinguir claramente el sistema normativo u ordenamiento jurídico nacional de estudios sobre un mismo sistema, pues sólo en forma figurada podemos calificar estos últimos de nacionales, pues cuando se habla de "Doctrina Jurídica Nacional" o de "Ciencia Jurídica Nacional" en realidad - lo que se pretende mencionar son sólo los estudios realizados

---

257. Ibidem. pág. 6-8.

por los tratadistas de un país sobre su propio derecho, ya -- que no es posible sostener la existencia de una verdadera -- ciencia jurídica, con carácter exclusivamente nacional. (258)

Así entonces, el valor del derecho comparado consistirá en ver los cambios jurídicos de los fenómenos sociales que se han dado respecto a nuestra legislación.

Ya que ésta se encuentra en todas las áreas del derecho y dentro de todas las figuras jurídicas, sólo basta ver la -- doctrina que ha alimentado a nuestra legislación y a nuestros autores, en todas las ramas del derecho (259), así como las -- múltiples traducciones que se han hecho en que se ha ampliado la doctrina de los autores y ver las fuentes del código civil, que se ve influenciado por una serie de legislaciones, pro- - yectos y obras para la creación de dicho ordenamiento jurídi- co. (260)

---

258 LXXV Años de Evolución Jurídica en el Mundo. Vol. II. pág. 162-163. Fix Zamudio Héctor. El D.C. en la Ciencia J. Méx.

259 David René. El Derecho Civil Comparado. pág. 455 y sig. y Fix Zamudio Héctor. LXXV Años de Evolución Jurídica en el Mundo. Ob. cit. pág. 171-179.

260 Batista Rodolfo. Ob. cit. pág. 9 y sig.

#### 4.2.- EL OBJETO DEL DERECHO COMPARADO

De acuerdo a David, uno de los principales intereses que reviste el derecho comparado consiste en utilizar el conocimiento que se adquiriera de un derecho extranjero para poder llegar a un mejor conocimiento del propio derecho nacional.

Así enfocaremos que uno de los principales objetos que reviste el estudio del derecho comparado es el de llegar a un mejor conocimiento de nuestro derecho positivo en los que se someten tanto los particulares como los estados.

Recordando que las universidades empiezan a partir de la segunda mitad del siglo XVIII a enseñar un derecho nacional, y en la que de acuerdo a Martínez Paz (261) las cátedras del Código Civil se convierten en cátedras de derecho civil.

Esta influencia también se reconoce en el derecho extranjero, el cual va a ayudar a conocer mejor el derecho nacional, así David señala (262) "El esfuerzo por comprender la solución extranjera de un problema que no es familiar se ve com--pensado a menudo por comprender en una forma más clara nuestro propio derecho".

---

261 Martínez Paz. Ob. cit. pág. 185.

262 David René. Ob. cit. pág. 79.

Entre ciertos países existe respecto al derecho una comunidad particularmente estrecha de tradición y de principios que hace que los derechos de los mismos pertenezcan a un mismo sistema, y que las soluciones válidas en uno puedan ser invocadas en otro, bajo reserva de circunstancias especiales, con un valor comparable al que tendrían si hubieran sido proclamados en ese país desde siempre. Cuando dos derechos provienen de una fuente común como lo es el caso del derecho Romano, que proviene la legislación francesa, Belga, Holandesa, Chilena o la Mexicana, no son del todo absoluto extraños entre sí.

Así por ejemplo el caso del código civil francés que no ha sido sólo consultado, sino que ha inspirado directamente legislaciones de varios países -y del cual encontramos a la nuestra-, las cuales la han adoptado casi sin modificaciones.

Así vemos que esta legislación tiene gran influencia para la creación de la nuestra, en cuanto a lo que hace en materia obligacional y en materia contractual, incluso esta influencia francesa se marca en otras áreas como el caso del derecho penal y derecho administrativo que es donde se desarrolla mayormente en la legislación francesa. (263)

---

263 Cadere Víctor. Algunas reflexiones sobre los estudios de Ciencias Jurídicas Comparadas. pág. 200 y 201.

Por lo que dos derechos pueden pertenecer por consiguiente, a un sistema jurídico, como lo prueba la experiencia. Sucede así cuando ambos están fundados sobre la misma tradición, cuando técnica y los procedimientos de los trabajos de los juristas son semejantes, cuando el vocabulario y los conceptos que emplean son los mismos, cuando son idénticas las clasificaciones por ellos adoptados, lo esencial en esto es la comunidad de formación profesional. (264)

La comparación de los derechos extranjeros hace comprender mejor la fisonomía, la originalidad, el alcance de las -- instituciones y las reglas del derecho nacional. El conocimiento de la ley extranjera puede ser considerado como indispensable para la comprensión sistemática de la ley nacional, solamente por comparación puede verse una ley nacional, y solamente por ésta puede verse a su verdadera luz, lo que en -- apariencia es general, se encuentra por la comparación es limitado, y lo que es particular es general.

El estudio de las legislaciones emparentadas con la - - nuestra nos indicará a veces nuevas consecuencias de nuestros principios. Puede sugerirnos asimismo mejor explicaciones de nuestros textos, por la comparación de legislaciones más originales de las influencias marcadas por nuestra legislación,-

---

<sup>264</sup> David René. Ob. cit. pág. 211.

permitiendo aclarar mejor el espíritu de nuestro propio sistema.

Intimamente ligada a esta idea se encuentra la de perfeccionar nuestro propio derecho nacional. Así recordemos las leyendas, las cuales estuvo Solon viajando diez años; y Licurgo recorrió Asia Menor, Creta y Egipto y los decenviros Romanos la Magna Grecia en los tiempos antiguos para buscar ahí modelos de la legislación que dieran a Atenas, Esparta y Roma. (265)

En realidad cuando se piensa principalmente en el perfeccionamiento de nuestro derecho, se piensa en mejorar la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, encontrando en leyes extranjeras como las únicas posibles, con las que obtener una concepción estrecha y limitada de su propio ordenamiento jurídico; y si por el contrario, acude a éste para ampliar sus horizontes, comprender con mayor precisión el avance de los problemas jurídicos y obtener una mayor sensibilidad para poder resolverlos. Perfeccionando los instrumentos, el utilizar la experiencia y los conocimientos derivados de otros sistemas jurídicos. (266)

Así la idea de observar lo que sucede en el extranjero y

---

265 Ibidem. pág. 112.

266 Fix Zamudio Héctor. Ob. cit. pág. 160.

de estudiar las leyes de otros países no puede menos que imponerse al legislador cuando se trata de reformar o perfeccionar el derecho de ese país, la ley interviene con brutalidad y parece realizar de golpe reformas radicales en el derecho.

Puede decirse que, en todo tiempo y lugar, el legislador se ha inspirado frecuentemente en ejemplos extranjeros, desde el momento en que se ha iniciado su actividad legislativa. -- El derecho griego y los orientales han ejercido una influencia cierta sobre el derecho romano en la época bizantina; -- las leyes bárbaras se han inspirado en unos y otros; los Fueros copian igualmente ciertos modelos; los Decretos de Gregorio IX proporcionan su plan a las ordenanzas del reino portugués, y Pedro el Grande sueña en Rusia con adaptar el Código Sueco de 1734. (267)

A fines del siglo XVIII y en el XIX, se hace cada vez -- más frecuente, y más sistemático, el examen de los derechos extranjeros para extraer de ellos los modelos deseados. Esta concepción parecía natural en la época en que dominan la Escuela del Derecho Natural y el culto a la razón, y en la que cada día es más necesaria en todos los países una modificación profunda del derecho que tuviera en cuenta los cambios de todo orden producidos por la sociedad. La codificación emprendida entonces y de la que Francia iba a proporcionar el -

---

<sup>267</sup> David René. Ob. cit. pág. 114.

modelo, se distingue de todas, y en la que sólo se trataba de ordenar y exponer sistemáticamente el derecho existente, sin pretender modificarlo ni mejorarlo. Así el codificador Argentino Vélez Sarsfield, consideró de igual modo que su misión era aspirar todo aquello que la moderna ciencia jurídica considerara como lo más avanzado de las legislaciones extranjeras. (268)

Esta misma tendencia codificadora se ve dentro de nuestros ordenamientos jurídicos existentes desde el siglo XIX, ya que las diferentes constituciones que rigieron en México en el siglo XIX, ya que sólo basta ver en ellas la forma en que se regulaba la creación de códigos tanto de carácter civil, mercantil y criminal. (269)

Así como se ve dentro de nuestros actuales ordenamientos jurídicos en los que se basan en los diferentes sistemas jurídicos europeos, e incluso dentro de algunas legislaciones latinoamericanas, como la brasileña.

Todo esto no quiere decir, naturalmente, que se debe copiar sin discriminación alguna cualquier legislación e inspirarse en ella sin espíritu crítico. Aquellos que conviene a

<sup>268</sup> Cf. Martínez Paz. Ob. Cit. pág. 195.

<sup>269</sup> Respecto a la creación de las diferentes codificaciones que se regularon en México en el Siglo XIX, se recomienda las obras de González María del Refugio. Estudios sobre el Derecho Civil en México durante el siglo XIX. México. UNAM. 1981.

una sociedad, no puede servir a otra, y algunas veces es necesaria alguna acomodación de las soluciones externas teniendo en cuenta las condiciones del propio país, sus necesidades. - Ya que incluso dentro de las propias legislaciones latinoamericanas existen cambios de figuras jurídicas, así por ejemplo la legislación Peruana no acepta la disolución del vínculo matrimonial sino sólo la separación de cuerpos. (270) En tanto que la nuestra admite la disolución del vínculo por mutuo consentimiento de los cónyuges, inscrito mediante un acto que se levanta ante el Registro Civil (Art. 272 del Código Civil del Distrito Federal). Este tipo de divorcio parece ser de creación nacional, ya que no se registran antecedentes de fuentes que sirvan de base para la concesión de este tipo de separación. (271)

Así entonces vemos que la obra del legislador se encamina a tratar de mejorar y perfeccionar nuestro sistema mediante el análisis de las diferentes legislaciones de las cuales va a tomar los elementos que le sean familiares, va a tener que adaptarlos a la situación que exija la sociedad.

Pero esta labor debe de estar naturalmente encaminada por la doctrina, a la que le corresponde estudiar las solucion

---

270 Cordeiro Alvarez Ernesto. Unificación Legislativa en Latinoamérica. pág. 166.

271 Batista Rodolfo, pág. 320.

nes de los derechos extranjero y cuando parezcan útiles darlos a conocer.

Así la creación de las dos diferentes corrientes romanistas (La Francesa y la Alemana) son el fruto de un largo trabajo de preparación doctrinal, en la que la segunda se busca -- mediante una delicada técnica jurídica.

Así la doctrina puede extraer enseñanzas fecundas de estudio con los cuales se han esforzado a resolver con los diferentes sistemas extranjeros. Ellas son las que han aflorado en todos los países nuevas ramas del derecho, y exigen en todas partes, antes de que puedan llegarse a soluciones bien fecundas, un esfuerzo de investigación y de ajuste realizado en colaboración con el legislador, la doctrina y la jurisprudencia. Pues sería irrisorio intentar dar solución a un problema basado únicamente en la legislación nacional, a problemas que se plantean en todos los países. La doctrina, de manera especial, no puede prescindir del estudio de los derechos extranjeros para buscar en ellos el modo de tener al día y perfeccionar el derecho de cada país, como es necesario hacer -- siempre.

### 4.3.- APLICACIONES DEL DERECHO COMPARADO

Los estudios del derecho extranjero y la comparación de los diversos derechos ofrecen gran interés práctico dentro de la vida jurídica, sin embargo, el estudio del derecho comparado se inicia por intereses científicos, ya que éste nace propiamente por la tarea de historiadores y por filósofos del derecho.

Estos empiezan a aplicar el método comparativo a la historia y a la filosofía, en la que el historiador busca la reconstrucción de las Instituciones jurídicas de una época desaparecida; intenta comprender su mecanismo, deducir su espíritu, mostrar el papel que han jugado y la evolución que han sufrido, en la que la mayoría de las veces las fuentes disponibles son fragmentarias e insuficientes, además que la ciencia que se estudia cuenta con lagunas, por lo que el historiador, debe de construir hipótesis para poder llenar esas lagunas o para poder dar una explicación de un fenómeno que se ha descubierto.

Así entonces vemos que el derecho comparado puede ser -- aplicado para conocer cualquier área del derecho en la que -- sea difícil conocer de una manera más comprensible por la mente humana el estudio del derecho. Así como conocer los diferentes sistemas y tratar de aplicarlos y enfocarlos para des-

pués aplicarlos a nuestro sistema.

Así el derecho comparado, no nos permitirá reconstruir y conocer verdaderamente el derecho babilónico o el primitivo Romano, pero nos puede permitir comprender lo que pudieron -- ser el Código de Hamurabi o la Ley de las Doce Tablas para hacernos de su origen, su naturaleza y su valor.

Entonces el estudio de los derechos de la antigüedad, el método ayudará para controlar el valor a la significación de las fuentes, por esta razón ser aplicado en forma científica para el mejor conocimiento de aquellos derechos en los que poseemos una información precaria o fragmentaria.

Así para el conocimiento del derecho Romano, vital para conocer nuestro sistema, puede ser aplicado mediante el empleo del método comparativo, y aunque éste tenga un fin modesto, que es el de esclarecer la evolución de estos derechos, va a ayudar a dilucidar el período más antiguo de este derecho, del que se poseen datos y conocimientos menos abundantes que, además deben manejarse con el mayor cuidado.

Así David (272) señala "Lambert aplica el método para derribar los dogmas de la ciencia Romana, comparando la leyenda con los derechos germánicos, ataca la tradición que ve en las

---

272. David René. Ob. Cit. pág. 186.

doce tablas una verdadera ley, y declara que se trata de aforismos jurídicos, establece una relación de la Ley de Citas - del Bajo Imperio con la Respona Prudentium de la época Clásica".

Asimismo se ha reconstruido la fisonomía de la litis con testatio con la ayuda de la historia comparativa del derecho Romano, por lo que vemos que ésta no está representada, y no puede estarlo, sino por ingeniosas conjeturas, que por muy -- agudas y prudentes que éstas sean, no serán más que conjeturas. (273)

El Derecho Comparado permite suplir con prudencia la insuficiencia de los documentos antiguos y comprender su evolución surgida por el derecho en los períodos sobre los que estamos mal informados de modo directo. Y así como puede utilizarse para conocer el derecho romano, puede ser aplicado para conocer los derechos Germánicos. Y a que esta civilización - en la época en que entran en la Historia, presentaba verosíblemente los mismos rasgos esenciales en las diversas tribus; en tal situación podemos utilizar estos conocimientos para aplicarlos a las leyes Burgundias, Visigodas, Sajonas, Frisonas e incluso escandinavas para conocer como se gestaron estos derechos.

---

273. Ibidem. pág. 189.

La misma aplicación puede darse para el estudio del derecho medieval. El régimen feudal, la esfera de acción y la influencia del Derecho Canónico, las instituciones particulares, como las de las ordelias, son cuestiones que se comprenderían mejor en su aplicación, incluso a un país determinado, si se estudian en un cuadro más general, es decir: haciendo derecho comparado.

La historia del derecho no puede prescindir del método comparativo, y si este método ha sido empleado en numerosos casos sin prudencia y sin tino, debe ser criticado el historiador que trabajó tan mal; y no considerar que la aplicación del método comparativo es el culpable de dicha investigación.

Además el derecho comparado puede ser aplicado al campo de la filosofía y la historia y la teoría del derecho.

Así la historia se ha formado el proyecto de describir la evolución general de las instituciones jurídicas en relación con todos los otros aspectos de la civilización, de los tiempos más antiguos hasta nuestros días; al escribir esta historia universal del derecho se esperaba, en particular, descubrir las leyes que rigen el desarrollo de la humanidad, el sentido profundo de ese desarrollo, y el fin último que le está señalado, o hacia el que se dirige. (274)

---

274. Ibidem. pág. 192.

Pensando que esta labor, sólo puede ser realizada comparando los múltiples derechos que existan, así como el número de materiales con las que se cuenten. Así como determinar la naturaleza del espíritu humano y el carácter accidental de -- las diferencias existentes entre los derechos, (de acuerdo a la concepción de la Escuela del Derecho Natural) o para demostrar la diversidad necesaria de los derechos (de acuerdo a la escuela Histórica), y el estrecho lazo que une cada derecho a la nación en que nace. Podrá ser el demostrar que el derecho depende, ante todo, de factores económicos (Tesis Marxista) o podrá reconocer la existencia de una ley de progreso, o de un plan divino que gobierna la evolución de la Humanidad (Tesis Teocráticas).

Respecto a la Teoría General del Derecho, creemos que está consagrada a definir la noción misma del derecho y a precisarla en la esfera de lo abstracto, así como a delimitar los dominios del derecho en relación con el de ciertas nociones distintas. Una vez fijado el contenido del derecho busca el mostrar cómo pueden clasificarse y ordenarse las normas jurídicas, y cuál es el principio de las divisiones fundamentales que se admiten, y la relación entre sí de los conceptos y las instituciones jurídicas, ya que por medio de la comparación de los diversos sistemas jurídicos contemporáneos nos enseña el carácter relativo de las concepciones que sostenemos referentes a la noción del Derecho, y el papel otorgado a esa - -

idea en vista de la organización de las relaciones sociales. Esa comparación nos muestra que nuestra noción de derecho - está ligada a todo el conjunto de conceptos que hemos heredado del pensamiento de nuestra familia jurídica, y en los países en que no ha penetrado ese pensamiento, en aquellos en -- que su influjo ha sido menor, la noción de derecho, que nos - parece tan fundamental, o no existe, o bien está recibida con tales alteraciones que la desfiguran completamente a nuestros ojos.

El derecho comparado enseña lo relativo de los conceptos jurídicos; pero sirve igualmente para revelarnos por encima - de lo accidental de las reglamentaciones nacionales la exis-- tencia, en cada rama del derecho, de principios generales que son los únicos que importan para una nación y que les son co-- munes a otras.

Así David (275) señala "Esto se ha experimentado, sobre todo en la esfera del Derecho Público, en que los juristas se han dedicado a extraer, en los diversos países, los principios del Derecho Constitucional General, o de un Derecho Adminis-- trativo General; asimismo este objetivo debería tender, en ma-- teria del Derecho Privado, los tratados o manuales; mostrar - por encima de una regulación o reglamentación a menudo difu--

---

275 Ibidem. pág. 197.

sa, cuáles son los principios generales del Derecho en un - -  
país dado, en tanto si esos principios expresan la ideología  
puesta en ese país, como si constituyen los fundamentos de la  
técnica jurídica empleada a tal efecto\*.

#### 4.4.- LA UTILIDAD DEL DERECHO COMPARADO

Por último, veremos la utilidad que puede revestir el estudio del derecho comparado, proyectado a la tendencia de - - crear una unificación legislativa, ésta ha sido por demás discutida por algunos tratadistas, incluso existen adversarios - respecto a la creación de esta unificación, convirtiéndose en adversarios del derecho comparado, y olvidando los servicios que pueden servirse del método comparativo.

Ahora para poder determinar la importancia de la unificación legislativa, la cual no ha sido examinada adecuadamente y más aún en la formación de la familia Romana, ya que se ha partido del postulado, de la omnipotencia del legislador. Pero ya hemos analizado que éste no legisla a su capricho, sino que debe considerar las condiciones económicas, sociales, políticas de la sociedad gobernada.

Así, para poder considerar esta unificación, debemos en -- primer lugar establecer las diferencias que existan y separen a los derechos a unificar, como los que los aproxima; en -- segundo lugar, ya analizadas las diferencias, ver cuáles son -- las razones de éstas, si provienen por causas accidentales, o son de causas profundas, y si es posible su eliminación y; en tercer lugar se deben investigar las mejores técnicas con las que sea posible realizar una unificación.

Por lo que una vez que se ha precisado el alcance real - de estas diferencias existentes en la práctica, más que en el derecho, habrá que analizar como se explican éstas y cuál es su razón de ser, y cómo las toman en cuenta los países interesados. La misión de la comparación para llevar a cabo la unificación es determinar si las diferencias observadas son profundas y cuál es la naturaleza de los obstáculos que encontraremos.

Ahora bien, para poder cumplir esta tarea es preciso liberarse de todo tipo de tendencias que se mantienen respecto a la causa de la diversidad de estos derechos, y más sobre -- los de orden filosóficos, olvidándose de las diferentes concepciones doctrinarias como en todo caso la concepción de una escuela histórica o una del derecho natural. Esto nos permite recordar el pasaje escrito por Montesquieu (276) en su obra - el "Espíritu de las Leyes", que establece que "éstas deben -- ser adecuadas al pueblo que se hacen, que es una gran casualidad que puedan convenir a otra".

Luego entonces, las leyes deben adecuarse a las diferentes condiciones de vida, tanto geográfica como ideológico de cada nación, y oponiéndose las leyes de los pueblos sedentarios a los nómadas, los agrícolas a los ganaderos, los burgueses a los socialistas. Es pues, el determinar de acuerdo a -

---

<sup>276</sup> Montesquieu. Ob. cit. pág. 6.

la concepción de Geny, que el derecho es parte de lo dado y lo que es parte de lo construido, queriendo establecer con esto, que el derecho va a estar determinado por la forma de vida y la geografía que se establezca en la región y determinar así la formación de una estructura jurídica. (277)

Respecto a las cuestiones de tipo ideológico, conviene ligar los diversos países en su estructura y el espíritu de las instituciones jurídicas, por lo que pueden distinguirse varias categorías, a cada una de las cuales se les atribuirá un papel predominante, e incluso exclusivo. La estructura económica o política de un país, la religión, la raza serán circunstancias que han de considerarse para marcar las diferencias entre los distintos sistemas.

La unificación del derecho debe estar preparada mediante un estudio tanto sociológico como jurídico. Por lo que respecta especialmente a los juristas es preciso, que no se subestimen la fuerza de la tradición, en virtud de la cual ciertas instituciones se encuentran aclimatadas en un país de tal forma que no podría renunciarse a ellas bruscamente, aun en el caso de otras instituciones que parecerían más -- conforme a las aspiraciones actuales, de la creación incluso de nuestro derecho. (278)

---

277. David Rene. Ob. cit. pág. 145 y sig.

278. Ibidem, pág. 167.

Asimismo tiene que estar basada dentro de una técnica-jurídica, ya que ésta va a determinar el entorno del sistema, pues algunas veces está tan enraizada en la vida de un país que parecen formar parte de ese rol de vida y que no puede ser tocada sin tomar en consideración la misma estructura de las instituciones jurídicas, y sin comprometer la ideología sobre la que aquella está fundada, de igual modo es difícil fijar cuáles son las reglas jurídicas impuestas por la misma naturaleza, y cuales son las que están en relación con la civilización y la ideología predominante en un país, también es casi imposible trazar la línea de separación entre la ideología y la técnica, y asignar, bien a una, bien a otra, la justificación de numerosas reglas.

Así entonces el aceptar el proceso de unificación, implicaría un gran proceso de asimilación de los derechos el buscar sus puntos comunes. Al intentar conciliarlos y vincularlos, ya que la vida jurídica actual busca el modernizar los sistemas jurídicos, el establecer lazos de unión entre los pueblos en relación a las diferentes materias sociológicas, económicas y especialmente el tratar de que el derecho sea el eslabón que una la cadena de unión de los pueblos civilizados, ya que quien más, si no es el derecho, el que puede lograr esta igualdad jurídica de los distintos países del mundo contemporáneo.

La vida comercial, el derecho internacional, y las re-

laciones humanas, así como los derechos fundamentales del hombre tiene que establecerse de acuerdo a lazos comunes, que logren si no una unificación, cuyo ideal aun sea utópico, bien podfa conseguirse una uniformidad del derecho, y ésta, aunque implique sacrificio para los pueblos, es indispensable en ciertas esferas, las cuales se verán recompensadas con ventajas superiores que beneficien a todos y cada uno de los miembros de la comunidad tanto nacional como internacional.

Las condiciones de vida han cambiado considerablemente en el mundo y éstas han quedado retrasadas en muchas esferas. Nuevas relaciones económicas, políticas, sociales, jurídicas, etc., se establecen progresivamente en el universo. Necesitamos revisar nuestra situación mediante un trabajo de comparación, debemos comprender que la justicia engloba los intereses locales y trasciende, los ámbitos internacionales, la paz y la libertad deben lograrse con la unión de los sistemas. La ciencia jurídica no puede y no debe limitarse a considerar exclusivamente las instituciones, los conceptos, las estructuras de un determinado país, ya que el conocimiento de ésta no se vincula a conocer una ciencia jurídica nacional, sino que ésta debe de ampliar la esfera de los conocimientos jurídicos.

Así entonces, podemos ver que el derecho comparado no es el remedio para todos los males que padezca nuestra le-

gislación o cualquier otra, sino que ésta debe de ser entendida como una forma de ayuda a todos aquellos que encuentran vinculada su vida profesional o general al derecho: -- los abogados, los juristas, los catedráticos, etc. Los cuales tendrían mejores beneficios si conocen las soluciones -- que existen en sistemas extranjeros que pueden utilizarse -- en el nuestro, y con el cual podríamos mejorar y ampliar -- nuestro derecho; el jurista debe de entender que antes de -- ser un teórico o práctico del derecho, es un profesional -- del derecho y por consiguiente debe de conjuntar su vida -- profesional al conocimiento de la ciencia jurídica, la cual no se limita a una o a dos naciones, sino que ésta trasciende fronteras y se expande por todo el mundo.

## CONCLUSIONES

- I. El derecho comparado nace cuando los hombres ven la necesidad de estudiar las legislaturas extranjeras, para poder mediante el conocimiento de éstas, mejorar su propio derecho, el cual se analizará de acuerdo al enfoque que cada pensador le dé, haciendo que esta materia sufra una serie de transformaciones y concepciones jurídicas nuevas, las cuales se encaminarán a los fines y objetivos que cada comparatista le asigne.
- II. El derecho comparado debe considerarse como una disciplina jurídica, la cual ayudará enormemente a todas las personas que estén relacionadas con el derecho y que se interesen en su estudio, ya que les ampliará el panorama jurídico y la visión respecto a considerar al derecho no sólo dentro de un plano nacionalista, sino que hará que se ubique dentro de una concepción universalista.
- III. El derecho comparado ha surgido de una serie de tendencias o escuelas, que lo han conceptuado de acuerdo a la función que cada estudioso le asigna, por lo

que esta materia cuenta con una amplia gama de clasificaciones y escuelas que están dadas de acuerdo al objeto, a los fines, a la esencia y a la naturaleza - comparativa del derecho.

IV. El conocimiento de esta materia cuenta con una serie de requisitos previos que el estudiante deberá conocer primeramente para que pueda realizar un buen trabajo de investigación comparativa, y de los cuales - se encuentra el uso de una adecuada terminología jurídica, que hará que los diferentes conceptos y figuras que se manejan dentro de esta disciplina no sean distorsionados por la confusión de términos jurídicos, tanto en forma microcomparativa o macrocomparativa, por lo que el comparatista tendrá que adentrarse y colocarse como si fuera un jurista nacional, -- con respecto al estudio extranjero, por lo que su papel consistirá en colocarse adentro de dicho sistema y no considerarse como un simple espectador de dicho sistema jurídico a estudiar.

V. El conocimiento del método comparativo, implica una serie de conocimientos previos como son: el conocimiento de las estructuras jurídicas y de las fuentes del derecho, así como la estructura de los diversos sistemas jurídicos, es el requisito mínimo indispen-

sable para conocer el derecho comparado, por lo que cualquier estudio que se haga sin reunir éstos, no podrán ser catalogados como estudios de derecho comparado, además, hay que hacer hincapié respecto al conocimiento de las fuentes del derecho, las cuales habrá que establecerlas en cuanto a su jerarquía o a la importancia que tengan dentro del sistema jurídico a tratar; hay que tener especial cuidado en valorizarlas y ubicarlas dentro del contexto jurídico general, para que el estudio jurídico que se obtenga no carezca de dichos elementos, así como el de valorizarlas, sin olvidar la jerarquía que se le otorga dentro de un contexto nacionalista.

- VI. Dentro del estudio del método comparativo, debemos asimismo analizar los diferentes métodos de interpretación que se le dan respecto a la aplicación de las decisiones judiciales, ya que estas diferentes técnicas interpretativas van a estar de acuerdo a los sistemas jurídicos en estudio. A este respecto podremos descubrir dentro de los sistemas jurídicos romanistas, una división, como es la existente entre la familia jurídica romana, que es la que pertenece a nuestro sistema jurídico mexicano, y la familia jurídica germánica, a la que pertenecen los sistemas germánicos, los sistemas jurídicos suizos y de la Euro-

pa Central, así como dentro de los países que han -  
sufrido una dominación jurídico-doctrinaria.

- VII. Las fuentes del derecho dijimos anteriormente, estarán dadas en razón directa e inmediata de acuerdo al sistema jurídico a analizar, por lo que las fuentes-formales del derecho, como creadoras de la norma jurídica estarán catalogadas y diferenciadas en jerarquías jurídicas, así como las diferentes formas de concebirlas, por lo que es necesario romper el principio de conceptuar a la legislación como la fuente-máxima creadora de la norma jurídica, principio que se aplica dentro de los sistemas romanistas, pero en otras familias jurídicas ocupará un lugar secundario, ya que por ejemplo en los sistemas jurídicos ingleses la formación y elaboración de la norma jurídica se establecerá por las decisiones judiciales y en los sistemas soviéticos le corresponde a la concepción doctrinaria económica, a través del marxismo, así también dentro de los sistemas filosóficos, será la costumbre y los usos tribales los que establecerán la forma de concebir la norma jurídica, lo mismo dentro de concepciones jurídicas religiosas, en tanto se apoyan dentro de sus libros sagrados en los que se da la creación de las normas jurídicas, ya que actualmente estos sistemas se han modificado debido a-

las diversas dominaciones que han sufrido a lo largo de su historia, ya que fuera de un sistema inglés, - francés, ruso, o incluso de un romano.

VIII. Las estructuras jurídicas van a formar el edificio - en que se asienta un sistema jurídico, éste va a variar de acuerdo al sistema a implementar, pero en to dos va a existir una cierta uniformidad que hará que éstos se asemejen, pero también que se alejen, ya -- que cada uno de ellos va a contar con determinadas - clasificaciones, conceptos y particularidades jurfdi cas, que hará que dos sistemas aunque pertenezcan a una misma familia jurídica se distinga uno de otro.

IX. Un sistema jurídico es un cuerpo orgánico-jurídico, - que comprende la formación de un estado, la creación de sus normas jurídicas, sus peculiaridades que exis tan respecto a las instituciones que la conformen, - sus categorías jurídicas y las clasificaciones que - existan al interior del mismo, las cuales se han y - se conformarán por un largo proceso evolutivo jurfdi co, ya que este sistema en su momento se valió y nutrió de otros elementos como son la historia, la cos tumbre, la economía, la sociología, etc. y se ha establecido solamente en un estado individual y parti cular, por lo que no existirá en principio un siste

ma jurídico que prevalezca en dos o más estados, y aunque estos sistemas jurídicos pudieran haber sido agrupados en familias jurídicas por determinados rasgos jurídicos que los acercan, cuentan con determinadas características y categorías jurídicas que los hacen diferentes.

X. Una familia jurídica es una clasificación que algunos autores han establecido para poder hacer una mejor comprensión del estudio del derecho comparado, y puedan así, estudiar los sistemas jurídicos con una mayor facilidad, por los determinados rasgos que los hacen semejantes, pero esta clasificación, han tenido que pasar por un largo proceso evolutivo para establecerse como una clasificación más o menos cómoda, la cual logre agrupar a las normas dentro de unas -- clasificaciones que vayan de acuerdo a la formación de los derechos, esto es, deben de agruparse de -- acuerdo a la similitud que tienen para poder crear su norma jurídica fundamental y sus distintas categorías.

XI. Dentro de los sistemas jurídicos contemporáneos podemos distinguir cuatro familias jurídicas, las cuales se dividen en: Familia Romana que abarca Europa Continental, América Latina, así como algunos países de Asia y Africa, y las provincias de Lousiana y Quebec

en Estados Unidos y Canadá respectivamente; la Familia del Common-Law comprendida en Inglaterra, Estados Unidos, colonias y dominios de estos países; la Familia Soviética que comprende esencialmente Rusia y los Países del Bloque Socialista, sistema que se basa en una doctrina económica como lo es el marxismo; y los Sistemas Filosóficos y Religiosos comprendiendo esencialmente Asia, Africa y los países de Extremo Oriente; esta clasificación debe de ser considerada como convencional, en tanto trata de encuadrar a todos los sistemas de todo el mundo.

- XII. La Familia Romana nace esencialmente del desarrollo y desenvolvimiento del Derecho Romano, es un sistema que encuentra sus orígenes en la doctrina de los autores y de las experiencias jurídicas provenientes del Derecho Romano Bizantino. Dentro de esta familia podemos considerar a dos corrientes como son; la Familia Romano-Canónica que se basa en el estudio del derecho Canónico y Romano, analizada por la Escuela del Derecho Natural, se desarrolla en Italia y Francia, se apoya en países de derecho costumbrista y escritos, en donde la concepción de la Norma Jurídica se establece principalmente por un proceso legislativo, en donde la ley es la fuente primaria creadora de éste; la segunda corriente doctrinaria -

es la Familia Romano-Germánica, ésta se desarrolla esencialmente en Alemania, y los países Centrales de Europa y que actualmente comprenden Suiza, Austria y los países de origen Teutón, aunque estas concepciones han servido como modelo a algunos países de la América Latina como Perú, y algunas determinadas figuras en Argentina, Colombia y Paraguay, esta concepción proviene de la Escuela de los Pandectistas y desarrollada principalmente por la escuela histórica a la que también se le clasifica como la "Escuela de la Ciencia Jurídica", desarrollada principalmente -- por Savigny, esta escuela establece que el derecho debe de ser analizado desde un plano de vista histórico, ya que ésta ha marcado y ha provocado en su desarrollo, nace y sigue existiendo bajo un dominio de cientificidad y de formación jurídica doctrinaria.

XIII. La Familia del Common-Law, es un sistema que nace en Inglaterra y se forma en Estados Unidos, surge de -- los Tribunales Reales, se basa esencialmente en la -- concepción de establecer una formación jurídica basada en los precedentes judiciales que se dicten en es tos tribunales. La concepción de norma jurídica "Le gal Rule", se establece de acuerdo a estos precedentes judiciales, por lo que la estructura de este sis tema no puede ser considerada con gran amplitud cuan

do intentamos realizar estudios comparativos de nuestro sistema con este sistema Inglés.

XIV. La Concepción Jurídica Soviética. Es un sistema que conserva rasgos del derecho Romano Bizantino, hoy abraza como base una doctrina económica como lo es el Marxismo el cual conceptúa al derecho como una forma de opresión del hombre por el hombre, esta ideología busca la igualdad de las clases y de los hombres, donde todos deben de estar en un mismo plano; asimismo esta concepción doctrinaria económica busca mantener la armonía de la sociedad apoyada en un principio de legalidad socialista, la cual va a asegurar el orden jurídico y la protección de los intereses de la sociedad y de los derechos y libertades de los ciudadanos.

La estructura jurídica de este sistema es parecida a los romanistas en cuanto a las divisiones de derecho civil, mercantil, etc. se aparta de algunas clasificaciones, en cuanto no considera al derecho privado dentro de su sistema, pues todo el derecho existente es derecho público y no existe tampoco la propiedad privada, ya que el marxismo considera que ésta es la causa principal que divide a las clases sociales y es la primera causa de opresión del hombre por el hombre, al considerar que el dominio de los bienes -

de producción y de consumo es lo que provoca ésta.

XV. La última familia es la de los sistemas filosóficos- y religiosos, las cuales basan sus concepciones jurídicas en las doctrinas religiosas y en los conceptos contenidos en sus libros sagrados, así como dentro - de sus costumbres tribales y los usos y creencias mi lenarias, actualmente sólo en algunos países subsisten las creencias jurídicas religiosas especialmente en lo que es conocido como el estatuto personal y -- que nosotros entendemos como el derecho familiar y - derecho de sucesiones, pero día a día estos sistemas se han ido adaptando más a los sistemas romanistas o ingleses y algunos más como la China a un sistema so cialista.

XVI. La importancia de esta materia en nuestro sistema, y dentro de la ciencia jurídica es por demás imprescin dible, ya que el conocimiento del derecho comparado nos ayudará a conocer mejor nuestra legislación permitirá conocer y estudiar los sistemas jurídicos extranjeros. Este conocimiento debe de abarcar el estudio de las estructuras jurídicas y los requisitos- que marca el estudio del método comparado, ya que -- cualquier estudio que se haga o se pretenda realizar sin reunir éstos, no será, ni podrá ser derecho com- parado.

XVII. El conocimiento de los sistemas jurídicos extranjeros, ayudará a mejorar y perfeccionar nuestro sistema, tanto hacia el ámbito nacional como su repercusión al internacional. Esto será hecho mediante el conocimiento de las fuentes del derecho, como son la legislación, la costumbre, la jurisprudencia, y la doctrina; asimismo éste nos permitirá mejorar el conocimiento de las materias que estudiamos en las universidades.

XVIII. Los estudiantes, los abogados, jueces, juristas y todas aquellas personas que tienen una relación estrecha con el derecho, deben tener la convicción de que es necesario vigorizar en forma decidida, tanto la docencia como la investigación jurídica de carácter comparativo, la que prácticamente no existe en nuestro país, la cual debe de ser encaminada a la creación de cursos comparativos, que deben comprender un examen panorámico de los principales sistemas jurídicos contemporáneos y, con esta base llevar a cabo estudios de mayor profundidad sobre las instituciones o disciplinas jurídicas, así como la enseñanza del derecho extranjero relacionada con las instituciones jurídicas nacionales o de otros ordenamientos.



Traite du Droit Compare  
"La Methode Comparative"  
Vol. II.  
Editorial Librerie General du  
Droit et de Jurisprudence  
Parfs, France, 1974.  
406 p.p.

Georges Conril

Las Fuentes en el Derecho Comparado  
"Concepto y Métodos del Derecho Com  
parado".  
Editorial Compañía General Editora,  
México, D. F., 1941  
Monografías Jurídicas No. 3  
132 p.p.

David Rene

El Derecho Civil Comparado  
Trad. Javier Osset  
Editorial Revista de Derecho Privado  
Madrid, España, 1953  
451 p.p.

El Derecho Soviético  
"Elementos Fundamentales del Dere  
cho Soviético"  
Prol. Julliot De la Moraine  
Trad. Melchor Echague  
Vol. I. Ed. La Ley, S. A.  
Buenos Aires, Argentina, 1966.  
378 p.p.

Los Grandes Sistemas Jurídicos Con  
temporáneos  
Trad. Pedro Gala Bravo  
2a. Edición.  
Editorial Aguilar  
Madrid, España, 1968  
447 p.p.

Engels Federico

El Comunismo Fase Superior del Ca  
pitalismo.  
Trad. Editorial Progreso  
Ed. Progreso,  
Moscó, U.R.S. 1978.

El Origen de la Familia, la Propie-  
dad Privada y el Estado  
"En Relación con las Investigacio-  
nes de L. H. Morgan".  
Trad. Editorial Progreso  
Editorial Progreso  
Moscú, U.R.S.S. 1978.

Floris Margadant S.

El Derecho Privado Romano  
12a. Edición. Editorial Esfinge,  
S. A., México, D. F., 1981.  
509 p.p.

Fix Zamudio Héctor

LXXV Años de Legislación Jurídica  
en el Mundo  
"Derecho Comparado en la Ciencia-  
Jurídica Mexicana".  
Vol. II. Editorial Instituto de  
Investigaciones Jurídicas.  
México, U.N.A.M. 1979.  
188 p.p.  
Serie "G" Estudios Doctrinales No.  
"26".

García Maynez Eduardo

Introducción al Estudio del Dere-  
cho. Prol. Virgilio Domínguez.  
No. ed. 37a. edición. Editorial-  
Porrúa, S. A.,  
México, D. F., 1985.  
416 p.p.

González Marfa del  
Refugio

Estudios sobre la Historia del De-  
recho Civil en México en el Siglo  
XIX.  
Edit. Instituto de Investigacio-  
nes Jurídicas.  
México, U.N.A.M. 1981.  
Serie "C" Estudios Históricos No.  
12.

Grigorian L.

Fundamentos del Derecho Estatal -  
Soviética. Trad. V. Manzurenko,  
Editorial Progreso  
Moscú, U.R.S.S. 1979.  
495 p.p.

- Gutteridge, H. C.                    Estudios de Derecho Comparado  
Trad. Instituto Nacional de Juris-  
prudencia.  
Ed. U.N.A.M. Escuela Nacional de-  
Jurisprudencia.  
México, U.N.A.M. 1953.  
259 p.p.
- Josserard                            Procès Verbaux  
"Conception General du Droit Com-  
pare"  
Tomo II. Editorial Librerie Gene-  
ral du Droit et de Jurisprudence  
Paris, France, 1905.  
521 p.p.
- Iglesias Juan                        Derecho Romano. "Instituciones de  
Derecho Privado"  
6a. Edición. Editorial Ariel,  
Barcelona, España, 1979  
711 p.p.
- Lambert Eduard                      Introduction a l'etudie du droit-  
Compare  
Editorial Libreria General de - -  
Droit et de Jurisprudence  
Paris, France, 1938
- La Function du Droit Compare  
Editorial Librerie General du Droit  
    et de Jurisprudence  
Paris, France, 1903.
- Losano G. Mario                      Los Grandes Sistemas Juridicos.  
"Introducción al Derecho Europeo y  
Extranjero".  
Trad. Alfonso Ruiz Miguel  
Editorial Debate,  
Madrid, España, 1982.  
Colección Universitaria,  
354 p.p.

- Martínez Paz Enrique      Introducción al Derecho Civil Comparado.  
Editorial Abeledo Perrot  
Buenos Aires, Argentina, 1960.  
214 p.p.  
Instituto de Derecho Comparado  
Col. Estudios. Serie General "I".
- Marx Carlos                      Economía Política  
5a. Edición.  
Editorial Fondo de Cultura Económica,  
México, D. F., 1979  
358 p.p.
- Merryman John Henry          La Tradición Jurídica Romano-Canónica.  
Trad. Carlos Sierra  
1a. Ed. 1a. Reimpresión  
Editorial Fondo de Cultura Económica.  
México, D. F., 1979  
251 p.p.  
Col. Breviarios. No. 218.
- Molitor-Schusser              Perfiles de la Nueva Historia del  
Derecho Privado.  
Traduc. Angel Martínez  
Editorial Bosch.  
Barcelona, España, 1975  
170 p.p.
- Montesquieu                    El Espíritu de las Leyes. Est. Preliminar.  
Daniel Moreno.  
7a. Edición.  
Editorial Porrúa, S. A.,  
México, D. F., 1987  
440 p.p.  
Col. Sepan Cuantos No. 191.
- Neojiro Sujiyama              Concepto y Métodos del Derecho Comparado.  
Est. Prel. Joaquín Rodríguez y Rodríguez.  
Editorial Compañía General Editora.  
México, D. F., 1941.  
132 p.p.  
Col. Monografías Jurídicas No. 3.

Rabasa Oscar

El Derecho Angloamericano  
Prol. Salvador Urbina  
2a. Edición.  
Editorial Porrúa, S. A.,  
México, D. F., 1982  
656 p.p.

Raz Joseph

El Concepto de Sistema Jurídico  
"Una introducción a la Teoría del  
Sistema Jurídico"  
Trad. y Prol. Rolando Tamayo y --  
Salmorón.  
Editorial Instituto de Investiga-  
ciones Jurídicas.  
México-U.N.A.M. 1986.  
281 p.p.  
Serie "G". Estudios Doctrinales-  
No. 93.

Sarfatti Mario

Introducción al Estudio del Dere-  
cho Comparado. Trad. Instituto -  
de Derecho Comparado.  
Edit. Escuela Nacional de Juris-  
prudencia.  
México, U.N.A.M. 1945  
227 p.p.  
Instituto de Derecho Comparado.

Sola de Cañizarez  
Felipe de

Introducción al Derecho Comparado.  
Prol. Rene David.  
Editorial Instituto de Derecho --  
Comparado.  
Barcelona, España, 1954.  
330 p.p.  
Serie "A" Estudios Sobre Derecho  
C Comparado No. 2.

Tamayo y Salmorón,  
Rolando

El Derecho y la Ciencia del Dere-  
cho.  
Editorial Instituto de Investiga-  
ciones Jurídicas.  
México- U.N.A.M., 1984.  
216 p.p.  
Serie "G" Estudios Doctrinales  
No. 86.

- Teribilov V. El Sistema Judicial en la U.R.S.S.  
Trad. O. Razinkov.  
Editorial Progreso,  
Moscú, U.R.S.S. 1986  
195 p.p.
- Villoro Toranzo Miguel Introducción al Estudio del Derecho  
4a. Edición  
Editorial Porrúa, S. A.,  
México, D. F., 1980  
440 p.p.
- Wolfgang Kunkel Historia del Derecho Romano.  
Trad. Juan M.  
4a. Edición del alemán  
Editorial Ariel  
2a. Edición del Español  
España, 1972.  
359 p.p.
- REVISTAS
- Ayasta González Tulio Eficacia del Derecho Comparado  
Revista Jurídica del Perú  
Año XI No. IV. Oct-Dic 1960.  
Lima, Perú.
- La Interpretación de la Ley  
Boletín del Instituto de Derecho  
Civil de Perú  
Año VI Abril - Sept. 1941  
No. 2 y 3  
Lima, Perú.
- Ballivan Luis La Importancia del Derecho Compa-  
rado y la necesidad de su inclu-  
sión en los planes de enseñanza -  
universitaria y formación profe-  
sional.  
Revista de Derecho.  
Año XXVII No. 51. Mayo-Agosto -  
1965.  
La Paz, Bolivia.

- Batista Rodolfo** Medios que permitan hacer del Derecho Comparado un elemento provechoso para la educación jurídica. Boletín del Instituto de Derecho -- Comparado. Año VII. May-Dic. 1954. No. 20-21. México, D. F.,
- Bayitch S.** La Codificación en el Derecho Civil y el Common-Law Boletín Mexicano del Derecho Comparado. Año IV No. 7. Enero-abril 1970, México - U.N.A.M.
- Cadere Victor** Algunas Reflexiones sobre los Estudios de Ciencias Jurídicas Comparadas. Boletín del Instituto de Derecho -- Comparado. Año II. No. 20. Enero-Diciembre - 1973. Quito, Ecuador.
- Cordeiro Alvarez Ernesto** Unificación Legislativa en Latino--américa. Revista Jurídica del Perú Año XI No. IV Oct-Dic 1960 Lima, Perú.
- Flores García Fernando** Todavía Sobre las Fuentes del Derecho Jurídica. Anuario del Departamento de la Universidad Iberoamericana. No. 5. Julio de 1973. México, D. F.
- Gallardo Rueda Arturo** Sobre el Concepto y Significación - del Derecho Comparado. Revista del Instituto de Derecho Civil. Tomo II. No. 2. Año 1951. Tucuman, Rep. de Argentina.
- Gutteridge, H. C.** El Valor del Derecho Comparado. Revista Jurídica Dominicana. Vol. II. No. 2. 2º Trimestre, 1945 Trujillo, Rep. Dominicana.

DICCIONARIOS

Diccionario Porrúa de la Lengua  
Española.  
26a. Edición.  
Editorial Porrúa, S. A.,  
México, D. F. 1986.

Diccionario de Derecho  
Pina Vara Rafael de  
12a. Edición.  
Editorial Porrúa, S. A.,  
México, D. F.,  
1984.

Enciclopedia Autodidáctica Ouillet  
Tomo IV.  
Editorial Cumbre, S. A.,  
México, D. F.,  
1977.

LEGISLACION

Código Civil para el Distrito Federal  
y para toda la República en Materia  
Federal.  
Editores Mexicanos Unidos  
Col. Nuestras Leyes No. 3.  
México, 1977.

Constitución de la República Islámica  
de Irán. Trad. La Embajada de la Re-  
pública Islámica de Irán en Madrid,  
Edit. Resalat, España,  
1985.

Leyes y Reglamentos Fundamentales de  
la U.R.S.S.  
Dos Tomos.  
Trad. F. Pita  
Editorial Progreso,  
Moscú, U.R.S.S. 1983.